

NOVOS DESAFIOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

ATAS DAS II JORNADAS LUSO-BRASILEIRAS
DE RESPONSABILIDADE CIVIL

COORDENADORES

MAFALDA MIRANDA BARBOSA • NELSON ROSENVALD • FRANCISCO MUNIZ





I



J

O presente livro foi realizado no âmbito das actividades da Área de Investigação “Risco, Transparência e Litigiosidade”, integrada no projecto “Desafios Sociais, Incerteza e Direito: Pluralidade | Vulnerabilidade | Indecidibilidade” do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (UID/DIR/04643/2019).

EDIÇÃO

Instituto Jurídico
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

CONCEPÇÃO GRÁFICA

Ana Paula Silva

CONTACTOS

institutojuridico@fd.uc.pt
www.ij.fd.uc.pt
Pátio da Universidade | 3004-528 Coimbra

ISBN

978-989-8891-56-3

DEPÓSITO LEGAL

XXX

© JUNHO 2019

INSTITUTO JURÍDICO | FACULDADE DE DIREITO | UNIVERSIDADE DE COIMBRA

**NOVOS DESAFIOS
DA RESPONSABILIDADE CIVIL**

ATAS DAS II JORNADAS LUSO-BRASILEIRAS
DE RESPONSABILIDADE CIVIL

COORDENADORES

MAFALDA MIRANDA BARBOSA · NELSON ROSENVALD · FRANCISCO MUNIZ

ÍNDICE

Nota Introdutória.....	ix
RESSARCIMENTO DOS DANOS PURAMENTE PATRIMONIAIS NO CONFRONTO ENTRE OS SISTEMAS DE <i>COMMON LAW</i> E CONTINENTAIS	1
Adelaide Menezes Leitão	
A RESPONSABILIDADE CIVIL PELO PROSPETO.....	11
Alexandre de Soveral Martins	
A ILICITUDE NA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E DEMAIS ENTIDADES PÚBLICAS: NOTAS ESPARSAS SOBRE O PROBLEMA DA FRUSTRAÇÃO DA CONFIANÇA	27
Ana Raquel Gonçalves Moniz	
DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELO TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS.....	39
António Barreto Menezes Cordeiro	

ERRO-VÍCIO CULPOSO E A FORMAÇÃO DA VONTADE NAS PESSOAS COLETIVAS.....	55
Diogo Costa Gonçalves	
ALGUMAS QUESTÕES EM TORNO DO ILÍCITO POR OFENSA AO CRÉDITO E AO BOM NOME. O ARTIGO 484.º DO CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS	69
Filipe de Albuquerque Matos	
ABUSO DO DIREITO DE AÇÃO E RESPONSABILIDADE CIVIL. UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DOS ORDENAMENTOS LUSO- -BRASILEIRO E NORTE-AMERICANO	103
Francisco Muniz	
DAS FUNÇÕES RECONSTITUTIVA E PUNITIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL. PROPOSTA DE REFORMA DO CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS	121
Henrique Sousa Antunes	
ALGUMAS NOTAS SOBRE A PROBLEMÁTICA DE DANOS PURAMENTE PATRIMONIAIS EM SEDE DE RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL SUBJETIVA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ..	145
Hong Cheng Leong	
<i>RELIANCE</i> : EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS MEMBROS DOS ÓRGÃOS SOCIAIS COM BASE NA CONFIANÇA DEPOSITADA NA INFORMAÇÃO RECEBIDA (V. 2.0)	165
José Ferreira Gomes	
RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL POR VIOLAÇÃO DOS DEVERES CONJUGAIS: À DESCOBERTA DA ILICITUDE.....	201
Karenina Tito	
ENTRE A ILICITUDE E O DANO	219
Mafalda Miranda Barbosa	
A NOTAÇÃO DE RISCO E A PROTECÇÃO DOS INVESTIDORES. UM DESAFIO AO DIREITO DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	269
Manuel Carneiro da Frada	

AS FRONTEIRAS ENTRE A RESTITUIÇÃO DO LUCRO ILÍCITO E O ENRIQUECIMENTO POR INTROMISSÃO	277
Nelson Rosenvald	
DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL E A POSSIBILIDADE DE REPARAÇÃO PELO INTERESSE POSITIVO NO DIREITO PRIVADO BRASILEIRO	317
Pablo Malheiros da Cunha Frota	
RESPONSABILIDADE CIVIL E PRESCRIÇÃO.....	357
Pedro Pais de Vasconcelos	
RESPONSABILIDADE COMERCIAL — PRIMEIRA QUESTÃO.....	379
Pedro Leitão Pais de Vasconcelos	
REFLEXÕES SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL DE PROVEDORES PELO CONTEÚDO POSTADO POR USUÁRIOS NA INTERNET	401
Rafael de Freitas Valle Dresch	
ALGUNS DESAFIOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES FAMILIARES E AS REDES SOCIAIS	415
Renata Vilela Multedo	

NOTA INTRODUTÓRIA

Nos dias 8 e 9 de novembro de 2018, realizaram-se as II Jornadas Luso-Brasileiras de Responsabilidade Civil. Esta segunda edição de um evento que começa a marcar anualmente a vida académica dos dois países teve como mote a ilicitude, os danos puramente patrimoniais e os novos desafios da responsabilidade civil. Foram muitas as questões analisadas e profundo o debate que se estabeleceu entre todos os participantes. A obra que agora se dá à estampa congrega algumas das intervenções que tiveram lugar no referido congresso. O seu objetivo é, por isso, claro: registar para memória futura um momento privilegiado de partilha de experiências judicativas e doutrinárias entre Portugal e o Brasil, em matéria de responsabilidade civil.

Os coordenadores

Mafalda Miranda Barbosa | Nelson Rosenvald | Francisco Muniz

Janeiro de 2019

RESSARCIMENTO DOS DANOS PURAMENTE PATRIMONIAIS NO CONFRONTO ENTRE OS SISTEMAS DE *COMMON LAW* E CONTINENTAIS¹

ADELAIDE MENEZES LEITÃO

I. Os danos puramente patrimoniais nos sistemas de *common law*

Os danos puramente patrimoniais configuram na *common law* um tema de origem jurisprudencial sem fronteiras bem delimitadas, tema que tem, na última década, sido importado pelos sistemas continentais de responsabilidade civil no contexto do estudo dos limites da responsabilidade delitual. Os *pure economic losses* não se apresentam nos sistemas de *common law* como uma categoria estável, em parte pelo seu tratamento através de fórmulas que um jurista continental apelidaria de vagas e indeterminadas.

Alguns autores anglo-americanos procuram as raízes históricas do conjunto de situações que fazem incluir na categoria abrangente de *pure economic loss* no direito romano. Para James Gordley, no direito

¹ O presente texto apresenta-se como uma síntese da nossa tese de doutoramento *Normas de Protecção e danos puramente patrimoniais*, Coimbra: Almedina, Janeiro 2009, 295-347 e esteve na base da conferência dedicada ao tema *Ressarcimento dos danos puramente patrimoniais no confronto entre os sistemas de common law e continentais* leccionada nas II Jornadas Luso-Brasileiras de Responsabilidade Civil — *A Illicitude, os danos puramente patrimoniais e os novos desafios da responsabilidade civil* -, no dia 8 de novembro de 2018, na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Consigna-se um agradecimento pelo respectivo convite à Professora Doutora Mafalda Miranda Barbosa, bem como a toda a Comissão Científica das Jornadas.

romano, o conceito de dano corresponderia a qualquer diminuição do *patrimonium*². O sistema dos *delicta* permitiria uma protecção dos interesses patrimoniais para lá dos referentes à personalidade. Também Mario Talamanca defende que a categoria dos danos puramente patrimoniais já era conhecida dos juristas romanos, que estabeleciam limites à sua indemnização, nomeadamente através da *actio certi*, na qual o credor de determinada obrigação não poderia recuperar os lucros cessantes decorrentes do seu incumprimento.

O direito romano não operava qualquer distinção entre danos físicos e não físicos, nem entre danos directos e danos indirectos, pelo que não se justificava a autonomização dos danos puramente patrimoniais³.

James Gordley considera que foi nos séculos XVI e XVII que a escola de direito natural começou a discutir se os danos puramente patrimoniais poderiam ser recuperados no direito delitual, não tendo, porém, desenvolvido qualquer regra no sentido da não indemnização destes danos. Por esta razão, invoca que a regra da exclusão só surgiu nos finais do século XIX. A regra da exclusão seria, assim, essencialmente resultado de um acidente histórico e não do decurso da evolução normal do sistema jurídico.

No que se refere ao conceito de *pure economic loss*, não há consenso sobre a mancha de prejuízos nele abrangida⁴. No entanto, existem algumas fronteiras que podem servir de pontos de referência. Antes de mais, por contraste, os danos puramente económicos diferem dos danos resultantes da morte ou da lesão de bens tangíveis.

Alguns sistemas desenvolveram o conceito de *consequential economic loss* para compreender as situações de danos económicos decorrentes de morte, de lesão da integridade ou da lesão da propriedade. Por exemplo, no caso dos cortes de energia eléctrica, se vier a ocorrer um dano a uma máquina, a perda de produção tem de ser dividida em duas partes: uma referente ao período de arranjo da máquina (*consequential loss*) e outra referente ao dano da produção, adveniente do corte da energia.

Há ainda uma distinção entre danos puramente económicos directamente provocados, como no caso de concorrência desleal ou de informações financeiras negligentes, e os danos puramente

² James R. GORDLEY, “The rule against recovery in negligence for pure economic loss: an historical accident?”, in *Pure Economic Loss in Europe*, Cambridge University Press, 2003, 25-55.

³ Mario TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, 1990, 657.

⁴ Fernando GÓMEZ / Juan Antonio RUIZ, “The Plural -and Misleading- Notion of Economic Loss in Tort: A Law and Economics Perspective”, *ZEUP* 4 (2004) 908-931.

económicos de tipo relacional sofridos por um terceiro em consequência de danos à integridade ou à propriedade de outra pessoa. Ambas as categorias são consideradas abrangidas no conceito de danos puramente económicos.

De forma semelhante ao direito romano, a *common law* parte de uma tipicidade de ilícitos civis, desenvolvida a partir do sistema histórico de acções, herdado da tradição jurídica inglesa. Neste modelo, cada ilícito protege um determinado tipo de interesses face a um determinado tipo de danos⁵. A insuficiência e a rigidez deste sistema fez com que, desde o século XIX, a jurisprudência desenvolvesse o chamado *tort of negligence*⁶, cujos pressupostos se reconduzem à existência de um dever de conduta diligente por parte do lesante, de um dever de cuidado em relação ao círculo de pessoas a que pertence o lesado, que o lesante tenha infringido esse dever de conduta e que o dano suponha uma consequência razoavelmente imputável a essa conduta⁷. Não há dúvidas que a extensão excessiva da *negligence* pode manietar de forma desproporcionada a liberdade individual e o desenvolvimento de actividades económicas. Daqui a necessidade de traçar limites aos danos indemnizáveis em sede deste ilícito⁸. Neste contexto, as posições sobre a indemnizabilidade de danos puramente económicos oscilavam entre dois extremos.

Num extremo, excluía-se a indemnização deste tipo de danos, salvo em casos muito excepcionais em que um fundamento material aconselhasse a indemnização. Era a chamada *the bright line rule* ou regra da exclusão, cuja vantagem era reduzir drasticamente o número de processos e de lesados com direito a indemnização. Tratava-se de uma posição marcadamente liberal do ponto de vista da promoção da li-

⁵ Oliver Wendell HOLMES, “The Common Law”, in Robert RABI, coord., *Perspectives on Tort Law*, 4.^a ed., Little Brown / Boston / New York / Toronto / London, 1995, 2 e s.

⁶ Eltjo J. H. SCHRAGE, “Negligence. A Comparative and historical introduction to a legal concept”, in *The comparative Legal History of the law of Torts*, 8 e s.; Richard A. POSNER, “A Theory of Negligence”, in *Perspectives on Tort Law*, 15 e s.; cfr. Charles O. GREGORY, “Trespass to Negligence to Absolute Liability”, in *ibid.*, 36 e s.; Robert L. RABIN, “The historical Development of the Fault Principle: A Reinterpretation”, in *ibid.*, 45 e s.; Gary T. SCHWARTZ, “The Beginning and the Possible End of the Rise of Modern American Tort Law”, in *ibid.*, 73 e s.

⁷ *The Modern Cases on Negligence* (Richard Bingham), 3.^a, London: Sweet & Maxwell, 1978, 10. Assim, FLEMING, *The law of torts*, 5, (n. 21).

⁸ J. G. FLEMING, *An Introduction to the Law of Torts*, Oxford, 1985, 34: “Most controverted of all is the question whether the law of negligence allows recovery for purely economic losses”. B. S. MARKESINIS, “An expanding Tort Law — The Price of a rigid Contract Law”, *The Law Quarterly Review* (July 1987) 354.

berdade individual e da ponderação dos riscos do excesso de processos no sistema de administração da justiça. No outro extremo, admitia-se a possibilidade de indemnizar alguns danos puramente económicos, determinando com clareza as situações em que não deveriam ser indemnizados. Tratava-se de uma posição mais proteccionista. Em nenhum caso terá sido admitida a hipótese de um ressarcimento indiscriminado dos danos puramente patrimoniais, que indiscutivelmente levantaria problemas graves, designadamente no domínio da livre concorrência num sistema de mercado, representando um entrave excessivo ao livre desenvolvimento de actividades socialmente úteis.

No direito norte-americano vigorou durante largas décadas a regra da não recuperação dos danos puramente económicos, ainda que, numa minoria de Estados, se tenha admitido que aqueles danos são susceptíveis de ser recuperados nas acções de responsabilidade do produtor. Assim, a doutrina era muito restritiva e os tribunais ainda a reduziam mais ao negar qualquer indemnização quando estivessem envolvidas partes comerciais ⁹.

A nível jurisprudencial foram utilizados dois tipos de argumentos para justificar a não indemnização dos danos puramente económicos. Nos casos em que houvesse uma ligação contratual, nomeadamente um contrato de compra e venda, só o contrato poderia decidir sobre a indemnizabilidade, ou não, de danos causados designadamente por o produto ser defeituoso. Nos casos em que as partes não estivessem ligadas por qualquer relação contratual, os tribunais sublinhavam a maior possibilidade de os lesados preverem esse tipo de perdas e celebrarem contratos de seguro. Foram acrescentados ainda argumentos de política legislativa ao tratamento desta temática jurídica: *i*) a natureza de mercado da sociedade moderna, *ii*) a possibilidade de contractualizar riscos através de seguros, *iii*) a inexistência de um dever geral de não causar aquele tipo de danos, e *iv*) a possibilidade de inúmeras fraudes poderem surgir invocando danos que não se sofreram.

Apesar da regra em relação aos danos puramente económicos ter sido, numa primeira fase, no sentido da sua não cobertura, no direito norte-americano os tribunais têm vindo a desenvolver uma série de excepções em que a indemnização é admitida. Assim, deparamo-nos hoje com uma tendência jurisprudencial e doutrinal que, salientando a erosão da regra da não recuperação dos danos puramente patrimoniais e o alargamento das suas excepções, preconiza o triunfo de um princípio de recuperação, pelo que o relevante é traçar linhas de determinação da indemnização.

⁹ Kelly M. HNATT, “Purely Economic Loss: A Standard for Recovery”, *Iowa Law Review* 73 (1988) 1187.

A perspectiva, que se subscreve, é a de que nos sistemas de *common law* os *pure economic losses* abrangem uma miríade de situações sob idêntica denominação e que, por isso, qualquer tentativa de edificar uma teoria unitária fracassará necessariamente. Na realidade, trata-se de um tema multiforme, que vai desde a concorrência desleal até à fraude, à poluição negligente de águas públicas, ao mau exercício da advocacia e de auditorias, às informações incorrectas, à destruição de edifícios pelo fogo e à compensação de lucros cessantes devido a lesões à integridade física¹⁰. No entanto, os argumentos que se têm desenvolvido na doutrina anglo-americana são semelhantes aos que nos direitos continentais são apresentados para limitar o ressarcimento de danos puramente patrimoniais.

II. Os danos puramente patrimoniais nos sistemas continentais

A origem e desenvolvimento do tema dos danos puramente económicos situou-se no espaço jurídico anglo-americano, tendo sido posteriormente exportado para a doutrina europeia continental através de trabalhos de análise comparativa dos diferentes sistemas de responsabilidade civil¹¹.

A primeira referência em legislação europeia continental aos danos puramente patrimoniais surge na lei sueca da responsabilidade civil, de 2.6.1972, (*Schadenersatzgesetz*) (1:2), que consagra como definição de dano patrimonial puro (*ren förmögenhetsskada*) o dano económico (*ekonomisch skada*) que não surge conjuntamente com qualquer dano à pessoa ou a coisas (*person- eller sakskada*)¹². A regra

¹⁰ Victor P. GOLDBERG, “Recovery for pure economic loss in tort: another look at *Robins Dry Dock v. Flint*”, *The Journal of Legal Studies* 20/2 (June 1991) 251.

¹¹ Mario BUSSANI / Vernom Calentine PALMER, *Pure Economic Loss in Europe*, Cambridge University Press, 2003; Efsthios K. BANAKAS, *Civil Liability for pure economic loss*, Kluwer Law; Willem H. VAN BOOM / Helmut KOZIOL / Christian A. WITTING, ed., *Pure Economic Loss*, vol. 9, Wien / New York: European Center Tort and Insurance Law / Springer, 2004; e Heinrich HONSELL, “Der Ersatz reiner Vermögensschaden in Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung”, in *Fs. für Werner Lorenz zum 80. Geburtstag*, München: Sellier, 2001, 483 e s., concluindo por uma convergência entre os sistemas da *common law* e da *civil law*, apesar da dualidade de sistemas de responsabilidade delitual e de uma convergência ao nível dos resultados entre o sistema inglês e alemão (p. 508).

¹² Christian VON BAR, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht*, § 2, 43: “Unter reinem Vermögensschaden wird in diesem Gesetz ein solcher wirtschaftlicher Schaden verstanden, der in keinem Zusammenhang damit steht, daß jemand Personen- oder Sachschaden erleidet”.

no direito sueco é que só excepcionalmente, quando resultam de ilícitos penais, é que estes danos são indemnizáveis (2:4), ou quando resultam de actos de auxiliares cometidos durante o serviço (3:1). No entanto, a lei da responsabilidade civil admite que o Estado e os Municípios tenham de indemnizar danos primariamente patrimoniais. Na *Verbrechensschadenersatzgesetz* estabelece-se que os danos em coisas ou patrimoniais puros apenas são indemnizáveis em casos excepcionais. Leis especiais, como a legislação ambiental e de protecção auto-ral admitem, em situações especiais, a indemnização destes danos¹³. O sistema jurídico sueco é, neste domínio, próximo da *common law*.

Em traços muito gerais, no que concerne aos sistemas de responsabilidade civil germano-românicos podem retratar-se regimes de cláusula geral, sejam eles de grande cláusula geral, como os sistemas francês, espanhol ou italiano, ou de pequenas cláusulas gerais, como os sistemas alemão e português. Há ainda sistemas que combinam uma grande cláusula geral com pequenas cláusulas gerais, como o austríaco, o suíço e o holandês, que, ainda que sejam comumente aproximados do modelo francês, revelam na sua aplicação prática proximidades não negligenciáveis com o modelo alemão.

O sistema jurídico francês não autonomiza a categoria dos danos puramente patrimoniais¹⁴. Efectivamente, esta categoria não é reconhecida como tal, dado que os interesses económicos não se consideram autónomos, uma vez que não há propriamente limites ao conceito do que pode constituir um dano para efeitos da cláusula geral de responsabilidade delitual¹⁵. O princípio da reparação integral permanece um dogma do direito da responsabilidade delitual francês. Porém, a exigência de reparação é mais forte para os danos causados às pessoas do que aos bens e aos danos económicos que destes resultam.

No entanto, o princípio de reparação integral é mitigado, na medida em que abrange apenas situações indemnizáveis de dano directo

¹³ *Swedish Law. A survey*, trad. James Hurst, Stockolm: Juristförlaget, 1994, 157-158. Bertil BENGSTSSON, *Torts and Insurance, An Introduction to Swedish Law*, 2. ed. Stockolm: Norstedts, 1988, 304-305; Folke SCHMIDT / Stig STRÖMHOLM, *Legal Values in Modern Sweden*, Stockolm: Svenska Borkförlaget / Norstedts, 37.

¹⁴ Lapoyade DESCHAMPS, « La réparation du préjudice économique pur en droit français », *RIDC* 2 (1998) 367: “Ce thème est particulièrement difficile à traiter ou même à concevoir, pour un juriste français, car celui-ci, a priori, ne connaît ni le problème, ni même l’expression”. No mesmo sentido, Stathis BANAKAS, *Liability for Incorrect Financial Information*, 261.

¹⁵ Christophe RADÉ / Laurent BLOCH, “Compensation for Pure Economic Loss Under French Law”, in Willem H. VAN BOOM / Helmut KOZIOL / Christian A. WITTING, *Pure Economic Loss*, Wien / New York: Springer, 2004, 41-47.

e certo. O artigo 1382 do Código Civil Francês limita-se a estabelecer que quem causar dano com *faute* é obrigado à sua indemnização. O conceito de *faute* restringe o interesse juridicamente protegido ao limite do dano directo e certo¹⁶.

Também no direito espanhol a noção de dano puramente económico não é usual nem aparece no domínio do direito delitual, ainda que, recentemente, tenha sido utilizada no contexto das informações negligentes e da responsabilidade do produtor¹⁷.

No direito italiano, o dano injusto reporta-se à violação de um interesse alheio tutelado pelo direito, ainda que não sob a forma de um direito subjectivo. O dano puramente económico refere-se àquele em que, mesmo com ausência de danos na propriedade, o lesado sofre uma depreciação na sua situação económica. Não há qualquer menção expressa a esta categoria no Código Civil italiano, pelo que, à semelhança do sistema francês, o conceito de “dano injusto” abrange tanto os danos materiais como as perdas económicas, desde que se esteja em presença de um interesse juridicamente protegido¹⁸.

Em algumas sentenças, os tribunais italianos têm admitido um “direito à integridade patrimonial” para indemnizar danos puramente patrimoniais¹⁹. Uma das formas utilizadas para cobrir os danos puramente patrimoniais foi através da inclusão de direitos de créditos na protecção delitual dos direitos subjectivos cuja violação corresponde a interesses puramente económicos. Em 1971, no caso *Meroni*, o Supremo Tribunal de Justiça veio permitir que o património em geral fosse protegido através da indemnização de danos puramente patrimoniais. Trata-se de um caso em que o credor é protegido em resultado da lesão do devedor²⁰. Também nos cortes de electricidade,

¹⁶ Stathis BANAKAS, *Liability for Incorrect Financial Informations*, 264.

¹⁷ Miquel MARTÍN-CASALS / Jordi RIBO, “Compensation for Pure Economic Loss Under Spanish Law”, in *Pure Economic Loss*, 62-76.

¹⁸ A ampla formulação do artigo 2043 não permite interpretações restritivas como aquelas que circunscrevem a indemnização ao dano físico, excluindo o dano económico.

¹⁹ O *leading case* é a sentença Cass., 4-Mai.-1982, Foro Italiano, (1982), I, 2864 e s. Cfr. Vincenzo SCALISI, “Ingiustizia del danno e analitica della responsabilità civile”, *RDCiv* 50 (Jan-Fev 2004) 30-31 (n. 4). Na doutrina italiana tem-se admitido que indemnização de danos puramente patrimoniais é independente de qualquer situação jurídica nominada mas pode advir somente da forma da acção, designadamente de comportamentos graves no mercado, Adolfo DI MAIO, “Tutela Risarcitoria: Alla ricerca di una Tipologia”, *RDCiv* 51/3 (Mai-Jun 2005) 265 (n. 43). Cfr. Ermanno DE FRANCISCO, “Il c.d. Diritto Soggettivo all’ integrità Patrimoniale tra Illecito aquiliano e Illecito Concorrenziale”, *RDCiv* 34/2 (1988) 683-701.

²⁰ Riccardo OMODEI-SALÈ / Alessio ZACCARIA, “Compensation for Pure

no caso *Pasticcio Puddu*, em que foi cortado o fornecimento de electricidade a uma indústria de massas, considerou-se que os danos sofridos eram indemnizáveis.

A doutrina alemã, por sua vez, refere-se aos *reine Vermögensschäden*, recusando a sua protecção sob a égide do § 823 I, mas sim com recurso às normas de protecção e aos bons costumes. Com efeito, no sistema delitual alemão pode verificar-se a indemnização de danos puramente patrimoniais se existir uma norma de protecção de um interesse puramente económico (§ 823 II BGB).

Por outro lado, a ausência de uma cláusula geral para protecção dos danos puramente patrimoniais levou a que, como já foi mencionado, a jurisprudência desenvolvesse um outro direito, o “direito à empresa”, que foi utilizado em certos casos de concorrência desleal, como boicotes e espionagem industrial. Todavia, os tribunais rejeitaram essa utilização nos danos puramente patrimoniais fora de actos directamente dirigidos a lesar a empresa. Próxima da protecção de interesses específicos está a categoria residual da responsabilidade por violação dos bons costumes (§ 826 BGB), que também protege os danos puramente patrimoniais. No entanto, como esta categoria se circunscreve aos actos intencionais, fica reduzida quase exclusivamente no sistema delitual alemão aos actos de concorrência desleal.

Efectivamente, é sobretudo nos sistemas que autonomizam uma série de interesses protegidos, ou *tätbestande* delituais, — como o alemão, o português e o holandês²¹ — que a dicotomia entre danos tangíveis e danos puramente patrimoniais adquire relevância em sede do pressuposto da ilicitude. Isto não significa que nos sistemas de grande cláusula geral os danos puramente patrimoniais sejam mais facilmente ressarcíveis, porquanto nesses sistemas é através do próprio conceito de dano, das características de ser certo e directo, e das regras de causalidade que se fixam os danos susceptíveis de ser indemnizados.

Assim, a adopção de uma grande cláusula geral permite apenas teoricamente uma abertura à reparação destes danos superior à dos sistemas com maior tipicidade de ilicitude²². Nestes últimos sistemas, a protecção delitual de interesses patrimoniais puros abrange posições jurídicas patrimoniais que não se reconduzem a direitos subjectivos, mas que são protegidas por disposições legais de protecção ou pelo abuso do direito.

Economic Loss under Italian Law”, in Willem H. VAN BOOM / Helmut KOZIOL / Christian A. WITTING, *Pure Economic Loss*, 48-55. Gennaro GIANNINI / Mario POGGIANO, *La responsabilità da illecito civile*, Milano: Giuffrè, 1996, 15.

²¹ Christian VON BAR, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht*, 38 e s.

²² Basil S. MARKESINIS, *La politique jurisprudentielle*, 32.

A verdade é que também nos sistemas continentais, em casos limitados, se têm evoluído para a indemnização dos danos puramente patrimoniais.

A doutrina mais recente que tem tratado os danos puramente patrimoniais tenta, por isso, estabelecer regras que admitam criteriosamente a sua indemnização. Helmut Koziol autonomiza o que designa como os *dez mandamentos* em matéria de indemnização de danos puramente patrimoniais: *i)* número limitado de lesados — quanto menor for o risco de um número ilimitado de lesados, mais se justifica a indemnização; *ii)* não estabelecimento de deveres adicionais — sendo que é mais razoável a indemnização quando isso não se traduza num aumento da esfera deveral e na conseqüente redução da liberdade da acção; *iii)* proximidade e relações especiais — sendo mais razoável a indemnização se for maior a proximidade; *iv)* perigosidade — sendo que quanto maior for o perigo de uma pessoa ser guiada por uma informação, mais se justifica a indemnização; *v)* dependência — sendo que quanto mais dependente uma pessoa estiver de uma informação, mais se justifica a indemnização; *vi)* carácter notório ou conhecido do interesse — sendo mais razoável a indemnização quando o lesante conheça o interesse económico; *vii)* limites claros — no sentido de que quanto mais claros forem os limites dos interesses puramente económicos, mais se justifica a indemnização da sua lesão; *viii)* negligência e dolo — justificando-se mais a indemnização quando houver dolo; *ix)* importância do interesse económico — sendo que quanto mais importante for o interesse patrimonial do lesado, mais se justifica a sua indemnização; e *x)* relevância económica do interesse — sendo que quanto mais relevante for o interesse na actividade comercial do lesado, mais se justifica a indemnização²³. Estas regras não se aplicam de igual maneira a todos os danos puramente patrimoniais, sendo que algumas parecem ser só de aplicar à responsabilidade por informações incorrectas.

Todavia, Koziol recomenda que na área dos danos puramente patrimoniais se recorra à ideia de sistema móvel, a fim de utilizar os princípios antes referidos no estabelecimento da responsabilidade, não só no sentido de determinar os factores relevantes como também de ponderar o respectivo peso, admitindo que a ausência de um dos factores possa ser compensada pela especial intensidade de outro.

²³ Helmut KOZIOL, “Recovery for Economic Loss in the European Union”, *Arizona Law Review* 48 (Winter 2006) 882-886.

III. Síntese

A matéria dos danos puramente patrimoniais não segue a tradicional distinção entre *common law* e *civil law*²⁴, porquanto a *civil law* encontra-se muito dividida, não se deparando princípios comuns neste domínio. Por outro lado, em relação à *civil law*, não existe qualquer uniformidade entre os diferentes ordenamentos, havendo uns que admitem a indemnização em algumas categorias e outros que a negam praticamente em todas.

Esta falta de uniformidade leva a que existam ordenamentos jurídicos, como o francês, que não autonomizam a categoria dos danos puramente patrimoniais, enquanto noutros, como no alemão, a categoria é reconhecida sendo a sua indemnização circunscrita às normas de protecção e à violação dos bons costumes²⁵.

Em síntese, não se verifica, tanto na *common law* e como na *civil law*, homogeneidade dos diferentes sistemas delituais na admissão do ressarcimento dos danos puramente patrimoniais, nem se pode afirmar, sem mais, que a separação estrutural entre os sistemas de modelo francês e os de modelo germânico influa na diferente orientação quanto ao ressarcimento deste tipo danos, ainda que evidencie relevância em sede do seu enquadramento ao nível dos pressupostos da responsabilidade delitual.

Com efeito, nos sistemas de grande cláusula geral a noção de dano puramente económico tende a ser inserida em sede da causalidade e nos sistemas de pequena cláusula geral, como o alemão e o português, tende a sê-lo em sede da ilicitude.

²⁴ Em sentido aparentemente contrário, Jan M. VAN DUNNÉ, “Liability for Pure Economic Loss: Rule or Exception? A Comparatist’s View of the Civil Law — Common Law Split on Compensation of Non-physical Damage in Tort Law”, *ERPL* 7/4 (1999) 399: “Interestingly enough, the divide is to be found along the civil law-common law split: pure economic loss is common in civil law, but uncommon in common law, not to say despise by the courts. Therefore, it is a true Continental Divide.” Distingue três famílias jurídicas — French/Western continental systems, German/Eastern continental systems e Common Law systems) — para a abordagem comparativa da responsabilidade civil por danos puramente patrimoniais, considerando haver poucos temas no Direito privado que constituam um tópico melhor para a comparação.

²⁵ S. MARKESINIS, *La politique jurisprudentielle*, 32 e 49-50, as excepções ao princípio de reparação são tantas que se transformam no princípio. Deste modo, preconiza a substituição da regra de exclusão por uma regra mais flexível, que permita ao juiz uma apreciação do caso concreto, o acentuar da função preventiva da responsabilidade e a modernização da responsabilidade civil que ultrapasse a distinção entre interesses económicos e prejuízos físicos ou materiais.

A RESPONSABILIDADE CIVIL PELO PROSPETO

ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS

1. Introdução. O prospeto e a importância da informação nele contida

Os litígios em torno da responsabilidade pelo prospeto, não sendo numerosos em Portugal, vão, ainda assim, surgindo. Ainda recentemente, o Tribunal da Relação de Lisboa, em Acórdão datado de 28 de setembro de 2017, tratou de um problema de responsabilidade por prospeto de OPA. Noutros países, a litigância abunda. Em 2000, a Deutsche Telekom fez uma oferta pública relativa a mais de duzentos milhões de ações. Mais de quinze mil adquirentes de ações intentaram processos alegando incorreções do prospeto. Invocaram, entre outras coisas, que tinha havido errada avaliação de imóveis e que tinha sido contabilizada como venda de participações que, na verdade, não o era.

A formação eficiente dos preços nos mercados de capitais, incorporando a informação disponível, depende da correção da informação fornecida¹. O mesmo se diga para a eficiente alocação daqueles capitais. Consequentemente, o financiamento das empresas no mercado de capitais também depende daquela informação.

O prospeto desempenha aí uma função de relevo, permitindo combater a assimetria no acesso à informação e aumentando a confiança dos investidores. A informação permitirá escolhas racionais. O prospeto já

¹ Eugene FAMA, «Efficient Capital Markets: A Review of Theory and Empirical Work», *Journal of Finance* 70 (1984) 383 e s., fazia a distinção entre eficiência «fraca», «semi-forte» e «forte».

foi mesmo considerado o «protótipo do paradigma da informação»².

A divulgação de informação é uma das vertentes da proteção do investidor em produtos financeiros³, a que poderemos juntar as regras relativas à conduta dos prestadores de serviços e as relativas aos produtos financeiros. Numa perspetiva mais ampla, caberia ainda falar da educação dos consumidores, da supervisão, da aplicação das normas em geral e dos meios ao dispor dos investidores para fazerem valer os seus direitos⁴.

2. As finalidades da responsabilidade civil pelo prospeto

A responsabilidade pelo prospeto serve, em primeira linha, a finalidade de proteger o investidor individual⁵, e tem como fundamento a violação do disposto no artigo 135.º do CVM. Aquela proteção também promove a função do prospeto como instrumento de informação e, assim, a eficiente alocação de capital⁶.

² Veerle Colaert, «Investor Protection in the Capital Markets Union», in Danny Busch / Emiliou Avgouleas / Guido Ferrarini, ed., *Capital Markets Union in Europe*, Oxford: oup, 2018, 343.

³ Sobre os objetivos da divulgação obrigatória de informações em geral (incluindo a proteção dos investidores), Luca Enriques / Sergio Gilotta, «Disclosure and financial market regulation», in Niahm Moloney / Eilís Ferran / Jennifer Payne, ed., *The Oxford Handbook of Financial Regulation*, Oxford: oup, 2015, 513 e s. V. também Seligman, «The Historical Need for a mandatory Corporate Disclosure System», *jcl* 9 (1983) 1 e s.

⁴ Veerle Colaert, «Investor Protection in the Capital Markets Union», 341 e s.

⁵ Klaus Hopt / Hans-Christoph Voigt, «Grundsatz- und Reformprobleme der Prospekt- und Kapitalmarktinformationshaftung», in Idem / Idem, her., *Prospekt- und Kapitalmarkt-informationshaftung*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2005, 9-160, a p. 13 (a p. 42, os autores também lembram que muitos investidores não procedem à leitura do prospeto), Rolf Sethe, «§§ 37b e 37c», in Heinz-Dieter Assmann / Uwe Schneider / Norbert Bröcker, «§ 6. Kapitalmarktrecht», in Roland Erne, her., *Bank- und Börsenrecht*, 5. Aufl., München: Beck, 2014, 417. Contra, Katja Langenbucher, *Aktien- und Kapitalmarktrecht*, 293. Defendendo que no artigo 5.º, 1, da Diretiva do Prospeto se trata da informação necessária para permitir a avaliação pelo investidor individual, Heinz-Dieter Assmann, «Civil Liability for the prospectus», 179. Entre nós, sustentando que «o que relevará não será o interesse do mercado e do conjunto dos investidores, onde aquele se inclui, mas o interesse patrimonial do sujeito que é tutelado [...], o que a norma pretende garantir, para além da correta formação dos preços no mercado, é que o investidor possa tomar uma decisão esclarecida», Mafalda Miranda Barbosa, *Direito Civil e sistema financeiro*, Parede: Principia, 2016, 133-155, p. 143 e s.

⁶ Heinz-Dieter Assmann, «§ 5 Prospekthaftung», Heinz-Dieter Assmann / Schütze, *Handbuch des Kapitalanalogrechts*, 4. Aufl., 2015, Rn. 2. Com dúvidas

Porém, o papel da responsabilidade civil pelo prospeto na proteção dos interesses dos investidores quanto à realização do interesse coletivo do *regular funcionamento do mercado* é discutível. Este último, se é um interesse coletivo ou público, deve ser sobretudo protegido com outros instrumentos: a responsabilidade contraordenacional e, eventualmente, a responsabilidade penal.

Se as entidades de supervisão não têm meios, deverão ser-lhes concedidos. Deixar a proteção do interesse público à iniciativa dos prejudicados é esquecer que os tribunais demoram a decidir, que as custas judiciais são elevadas e que os investidores humanos têm vidas que muitas vezes os impedem de perder tempo em litígios sem fim à vista. A responsabilidade civil só surgirá verdadeiramente como meio de tutela do interesse público se, ao mesmo tempo, aceitarmos «indenizações punitivas» (*punitive damages*).

O regime da responsabilidade civil pelo prospeto tem de ser lido procurando ver as tensões que lhe estão subjacentes e que poderão ter ditado as soluções alcançadas. Os termos em que a responsabilização é possível têm influência no dinamismo dos mercados⁷. Nestes, a produção de danos em massa (*Massenschäden*) pode ocorrer⁸. O regime da responsabilidade pelo prospeto, entre outros, pode ser utilizado como justificação para retirar tarefas às entidades reguladoras e permitir, alegadamente, a poupança de recursos públicos.

3. Algumas novidades da União Europeia

O prospeto mereceu a atenção da Diretiva 80/390/CEE e, depois, da Diretiva 2003/73/CE. Para além do Prospeito, surge nesta última referência a um sumário do prospeto. O regime da responsabilidade pelo prospeto consta do artigo 6.º, preceito que deve ser lido para a compreensão das normas nacionais⁹.

quanto à questão da utilidade da eficiência na alocação de recursos do ponto de vista da proteção de decisões individuais de investimento, Klaus Hopt / Hans-Christoph Voigt, «Grundsatz- und Reformprobleme der Prospekt- und Kapitalmarktinformationshaftung», 90.

⁷ Sobre o tema, v. Merritt Fox, «Initial Public Offerings in the cmu: A us Perspective», in Danny Busch / Emiliou Avgouleas / Guido Ferrarini, ed., *Capital Markets Union in Europe*, 269.

⁸ V., sobre isto, Martin Oppitz, *Kapitalmarktaufsicht*, Linde, Wien, 2017, p. 522.

⁹ O artigo 6.º da Diretiva dos Prospetos tem o seguinte teor: «Responsabilidade inerente ao prospeto. 1. Os Estados-Membros devem assegurar que a responsabilidade pela informação prestada num prospeto incumba, pelo menos, ao emitente ou aos seus órgãos de administração, direcção ou fiscalização, ao ofer-

Entretanto, surgiu o novo Regulamento do Prospecto¹⁰, ou Regulamento 2017/1129¹¹. A responsabilidade pelo prospecto encontra-se prevista no artigo 11.º¹². Este Regulamento, entre outras matérias,

ente, à pessoa que solicita a admissão à negociação num mercado regulamentado ou ao garante, consoante o caso. O prospecto deve identificar claramente as pessoas responsáveis, com a indicação dos respectivos nomes e funções ou, no caso das pessoas colectivas, das respectivas denominações e sede estatutária, devendo conter declarações efectuadas pelos mesmos que atestem que, tanto quanto é do seu conhecimento, a informação constante do prospecto estão de acordo com os factos e que não existem omissões susceptíveis de alterar o seu alcance. 2. Os Estados-Membros devem assegurar que as suas disposições legislativas, regulamentares e administrativas em matéria de responsabilidade civil sejam aplicáveis às pessoas responsáveis pela informação fornecida num prospecto. No entanto, os Estados-Membros devem assegurar que ninguém possa ser tido por civilmente responsável meramente com base no sumário, ou em qualquer tradução deste, salvo se o mesmo contiver menções enganosas, inexactas ou incoerentes, quando lido em conjunto com as outras partes do prospecto, ou não preste as informações fundamentais, quando lido em conjunto com as outras partes do prospecto, para permitir que os investidores determinem se e quando devem investir nesses valores mobiliários. O sumário deve conter uma advertência clara a esse respeito» (itálicos nossos).

¹⁰ As preocupações não são de agora: cfr., p. ex., a Proposta de Diretiva de 1972 (Proposition de directive du Conseil concernant le contenu, le controle et la diffusion du prospectus à publier lors de l'admission à la cote officielle d'une bourse de valeurs de titres émis par des sociétés au sens de l'article 58 alinéa 2 du traité, que deu origem à Diretiva (80390/cee), a Recommendation concerning Disclosure Requirements and Procedures to be Applicable to all Publicly Offered Securities, da ocde (1974), ou a Recomendação da Comissão de 25 de julho de 1977 «relativa a um código europeu de conduta respeitante às transações relativas a valores mobiliários (77/534/cee).

¹¹ Para uma perspetiva geral, v. Bas de Jong / Tomas Arons, «Modernising the Prospectus Directive», in Danny Busch / Emiliou Avgouleas / Guido Ferrarini, ed., *Capital Markets Union in Europe*, 237 e s.

¹² O Regulamento (ue) 2017/1129, que revoga a Diretiva dos Prospetos, só é aplicável, na sua maior parte, a partir de 21 de julho de 2019 (artigo 49.º). O artigo 11.º do novo Regulamento dispõe o seguinte: «Responsabilidade inerente ao prospecto. 1. Os Estados-Membros asseguram que a responsabilidade pela informação dada num prospecto, e nas eventuais adendas do mesmo, incumbe pelo menos ao emitente ou aos seus órgãos de administração, direção ou supervisão, ao oferente, à pessoa que solicita a admissão à negociação num mercado regulamentado ou ao garante, conforme o caso. O prospecto identifica claramente as pessoas responsáveis pelo prospecto, e pelas eventuais adendas do mesmo, com a indicação dos respetivos nomes e funções ou, no caso das pessoas coletivas, das respetivas denominações e sedes estatutárias, devendo conter declarações efetuadas pelos mesmos que atestem que, tanto quanto é do seu conhecimento, a informação contida no prospecto está de acordo com os factos e que não existem omissões suscetíveis de afetar o seu alcance. 2. Os Estados-Membros asseguram que as suas disposições legislativas, regulamentares e administrativas em matéria de responsabilidade civil são aplicáveis às pessoas responsáveis pela informação dada num prospecto. No entanto, os Estados-Membros

regula o conteúdo do sumário do prospeito (artigo 7.º, 3, e considerando 32) em termos semelhantes ao KIID da Diretiva dos OICVMs.

Com efeito, a Diretiva dos OICVMs (Diretiva 2009/65/UE) também prevê a necessidade de elaboração de um prospeito (artigo 69.º, 1). Como o prospeito é geralmente muito longo e denso, aquela Diretiva introduziu o KIID — *Key Investment Information Document* (documento com informações fundamentais destinadas aos investidores).

No Regulamento PRIIP (*Packaged Retail Investment and Insurance Based Investment Products* ou Pacote de produtos de investimento de retalho e de produtos de investimento com base em seguros), vamos encontrar o KID (*Key Information Document*), ou Documento de Informação Fundamental. Trata-se de informação pré-contratual que deve ser elaborada antes de o PRIIP ser disponibilizado aos investidores não-profissionais. Associado a esse documento está um regime de responsabilidade¹³.

asseguram que ninguém possa ser tido por civilmente responsável meramente com base no sumário por força do artigo 7.º ou do sumário específico de um prospeito ue Crescimento por força do artigo 15.º, n.º 1, segundo parágrafo, incluindo em qualquer tradução deste, salvo se: a) Quando lido em conjunto com outras partes do prospeito, o mesmo contiver menções enganosas, inexatas ou incoerentes; ou b) Quando lido em conjunto com as outras partes do prospeito, o mesmo não prestar a informação fundamental para ajudar os investidores a decidirem se devem investir nos valores mobiliários. 3. A responsabilidade pela informação dada num documento de registo ou num documento de registo universal só incumbe às pessoas a que se refere o n.º 1 nos casos em que o documento de registo ou o documento de registo universal esteja a ser utilizado como parte integrante de um prospeito aprovado. O primeiro parágrafo é aplicável sem prejuízo dos artigos 4.º e 5.º da Diretiva 2004/109/ce, caso a informação abrangida por esses artigos seja incluída num documento de registo universal». Como se vê, o novo Regulamento não transporta consigo uma total uniformização dos regimes a nível europeu. Sobre as diversas soluções alcançadas ao abrigo da Diretiva, v. o Relatório da esma *Comparison of liability regimes in Member States in relation to the Prospectus Directive*, de 2013 (esma/2013/619). E Rudiger Veil, «Prospectus Disclosure», in Rudiger Veil, coord., *European Capital Markets Law*, 2nd ed., Oxford / Portland: Hart, 2017, 281-309, a p. 301 e s.

¹³ «Artigo 11. O. 1. O criador do priip não incorre em responsabilidade civil apenas com base no documento de informação fundamental, ou em qualquer tradução deste, salvo se o mesmo contiver menções enganosas, inexatas ou incoerentes com as partes relevantes de documentos pré-contratuais ou contratuais juridicamente vinculativos, ou com os requisitos estabelecidos no artigo 8.º. 2. Um investidor não profissional que demonstre a existência de uma perda resultante de confiança depositada num documento de informação fundamental, nas circunstâncias referidas no n. o 1, ao efetuar um investimento no priip para o qual esse documento de informação fundamental foi elaborado, pode exigir uma indemnização ao criador do priip por essa perda, nos termos do direito nacional. 3. Elementos tais como «perda» ou «indemnização», referidos no n. o 2, embora não sejam definidos, são interpretados e aplicados nos termos do direito nacional aplicável determinado pelas normas de direito internacional privado aplicáveis. 4. O presente artigo não

Recentemente, surgiu uma Proposta da Comissão para um Regulamento sobre o Produto de Reforma Pan-Europeu, que também prevê a elaboração de um KID.

4. A responsabilidade pelo prospeto no CVM

Em Portugal, uma *oferta pública relativa a valores mobiliários* deve, em regra, ser precedida da divulgação de um prospeto (artigo 134.º, 1, do CVM). O artigo 135.º, 1, do CVM estabelece os princípios gerais que a informação contida no prospeto deve respeitar¹⁴: o prospeto «deve conter informação completa, verdadeira, atual, clara, objetiva e lícita, que permita aos destinatários formar juízos fundados sobre a oferta, os valores mobiliários que dela são objeto e os direitos que lhe são inerentes, sobre as características específicas, a situação patrimonial, económica e financeira e as previsões relativas à evolução da atividade e dos resultados do emitente e de um eventual garante».

Aquela informação auxiliará os destinatários na tomada de decisões de comprar ou vender (ou, se for o caso, manter). Para que assim seja, não deve a informação ser errada, incompleta, desatualizada ou enganosa¹⁵. Particularmente importantes são as previsões relativas à evolução da atividade e dos resultados do emitente e à evolução dos preços dos valores mobiliários que são objeto da oferta: o artigo 135.º, 2, exige que sejam claras e objetivas e que respeitem o disposto no Regulamento 809/2004¹⁶.

exclui outras ações de responsabilidade civil nos termos do direito nacional. 5. As obrigações estabelecidas no presente artigo não podem ser limitadas nem dispensadas por cláusulas contratuais.

¹⁴ Como lembra José Ferreira Gomes, «Responsabilidade civil pelo prospeto: a delimitação dos responsáveis perante o artigo 149.º, 1 CVM», in Idem / Diogo Costa Gonçalves, Manual de sociedades abertas e de sociedades cotadas, vol. I, Lisboa: aafdl, 2018, 202, o prospeto pode também surgir apesar de não existir o dever de o publicar.

¹⁵ Margret Böckel / Andreas Grünewald, «Portugal», in Klaus Hopt / Hans-Christoph Voigt, her., *Prospekt- und Kapitalmarkt-informationshaftung*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2005, 897-934, a p. 906. Na Alemanha, o bgh tem entendido que o prospeto deve ser olhado na perspetiva de um investidor médio: v., para um levantamento, Oliver Seiler / Bernd Singhof, «Abschnitt 6 Prospekthaftung», in Carsten Berrar et al., her., *Wppg und eu-Prospektvo*, 2. Aufl., Fachmedient Recht und Wirtschaft, 2017, 605; e Heinz-Dieter Assmann, «§ 21-23 Wppg», in Idem / Michael Schlitt / Wolf von Kopp-Colomb, her., *Wertpapierprospektgesetz. Vermögensanlagengesetz*, 3. Aufl., Köln: Otto Schmidt, 2017, 615.

¹⁶ A entrada em vigor do novo Regulamento do Prospeto certamente ditará alterações a esta remissão.

A *admissão de valores mobiliários à negociação em mercado regulamentado* também obriga, em regra, a elaborar previamente um prospepto (artigo 236.º, 1). Esse prospepto está sujeito, «com as necessárias adaptações», ao regime do artigo 135.º (artigo 238.º, 1). O artigo 243.º manda aplicar, com algumas exceções, o disposto nos artigos 149.º-154.º¹⁷.

De acordo com o artigo 154.º, o regime dos artigos 149.º-153.º não pode ser afastado por negócio jurídico. O regime de responsabilidade pelo prospepto deve ser analisado lembrando o disposto na já referida Diretiva dos Prospeptos.

Quanto às previsões relativas à evolução da atividade e dos resultados do emitente e quanto à evolução dos preços dos valores mobiliários objeto da oferta, acrescenta o n.º 2 que devem ser «claras e objetivas» e devem respeitar o Regulamento (CE) 809/2004.

Se existir *desconformidade entre o conteúdo do prospepto e o disposto no artigo 135.º* do CVM, está previsto no CVM um regime de responsabilidade pelos danos causados (artigos 149.º-154.º).

A propósito daquela responsabilidade há quem fale de uma responsabilidade pré-contratual¹⁸, de uma terceira via¹⁹, de responsabilidade por factos ilícitos²⁰, de responsabilidade pela confiança²¹, de responsabilidade por desenvolvimento da culpa *in contrahendo*²², de dever jurídico de proteção objetivo de carácter quase contratual, de relação obrigacional legal²³ ou de responsabilidade delitual por violação de deveres do tráfego²⁴. Muito dependerá do sujeito cuja respon-

¹⁷ A responsabilidade pelo conteúdo da informação publicada pelos emitentes é mencionada no artigo 251.º, que se resume à remissão para o artigo 243.º, e a responsabilidade civil pelo conteúdo da informação divulgada em ações publicitárias está prevista no artigo 121.º, que também remete para os artigos 149.º e s. O paralelismo entre os regimes é salientado por Margret Böckel / Andreas Grünewald, «Portugal», in Klaus Hopt / Hans-Christoph Voigt, her., *Prospekt- und Kapitalmarktinformationshaftung*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2005, 897-934, a p. 899.

¹⁸ António Barreto Menezes Cordeiro, *Manual de direito dos valores mobiliários*, 364.

¹⁹ Manuel Carneiro da Frada, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, Coimbra: Almedina, 2004, 751 nt. 829, 686 e s.

²⁰ Paulo Câmara, *Manual de direito dos valores mobiliários*, 736.

²¹ Norbert Bröcker, «§ 6. Kapitalmarktrecht», 417; Oliver Seiler / Bernd Singhof, «Abschnitt 6 Prospekthaftung», 579.

²² Susanne Kalss / Martin Oppitz / Johannes Zollner, *Kapitalmarktrecht*, Wien: Linde, 2015, 439.

²³ Katja Langenbucher, *Aktien- und Kapitalmarktrecht*, 3. Aufl., München: Beck, 2015, 287.

²⁴ Mathias Habersack, «Haftung für fehlerhafte Kapitalmarktinformation», in Idem / Peter Mühlbert / Michael Schlitt, her., *Handbuch der Kapitalmarktinformation*,

sabilidade está em causa: o oferente não responderá necessariamente nos mesmos termos que o seu administrador.

A responsabilidade em causa no artigo 149.º diz respeito aos danos *causados pela desconformidade* com o disposto no artigo 135.º. Nessa medida, não é qualquer desconformidade que gera o dever de indemnizar à luz do preceito em causa²⁵, mas sim a que causa danos e na medida em que os causa.

5. Os responsáveis

O artigo 149.º identifica os sujeitos que podem ser responsabilizados através do regime em causa²⁶. Por sua vez, o artigo 151.º do CVM estabelece a solidariedade entre os responsáveis.

A lista de sujeitos que podem ser responsabilizados por força do artigo 149.º, 1, é longa: o oferente; os titulares do órgão de administração do oferente; o emitente; os titulares do órgão de administração do emitente; os promotores, no caso de oferta de subscrição para a constituição de sociedade²⁷; os titulares do órgão de fiscalização, as sociedades de revisores oficiais de contas, os revisores oficiais de contas e outras pessoas que tenham certificado ou, de qualquer outro modo, apreciado os documentos de prestação de contas em que o prospeto se baseia; os intermediários financeiros encarregados da assistência à oferta; as demais pessoas que aceitem ser nomeadas no prospeto como responsáveis por qualquer informação, previsão ou estudo que nele se inclua.

A enumeração constante do preceito não significa que não possam ser encontrados outros responsáveis. *A culpa in contrahendo*, designadamente, pode permiti-lo²⁸. Entre nós, Carneiro da Frada considera não ser de excluir liminarmente «o desenvolvimento de uma responsabilidade por prospecto de direito comum»²⁹.

2. Aufl., München: Beck, 2013, 731-763, a p. 734; v. também muito antes, Heinz-Dieter Assmann, *Prospekthaftung*, Köln: Carl Heymanns, etc., 1985, 252 e s.

²⁵ Para a Alemanha, considerando que só serão fundamento de responsabilidade as falhas que sejam de significado considerável para determinar o valor dos valores mobiliários, Norbert Bröcker, «§ 6. Kapitalmarktrecht», 419.

²⁶ Salientando a extensão da lista por comparação com outros Estados-Membros da ue, José Ferreira Gomes, «Responsabilidade civil pelo prospeto», 205 e s.

²⁷ Considerando que a hipótese é consumida pela da al. a), José Ferreira Gomes, «Responsabilidade civil pelo prospeto», 612.

²⁸ Para a Alemanha, admitindo a responsabilidade por culpa in contrahendo ao lado da que resulta dos §§ 21 e 22 da WpPG, Heinz-Dieter Assmann, «§ 5 Prospekthaftung», in *Idem / Schütze, Handbuch des Kapitalanlagersrechts*, cit., Rn. 208.

²⁹ Carneiro da Frada, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, cit., p.

Paulo Câmara lembra a eventual responsabilidade da própria CMVM³⁰. Mas, de acordo com o artigo 118.º, 7, do CVM, a aprovação do prospeto não envolve «qualquer garantia quanto ao conteúdo da informação, à situação económica ou financeira do oferente, de emitente ou do garante, à viabilidade da oferta ou à qualidade dos valores mobiliários».

A lista de responsáveis do artigo 149.º, 1, mostra que o fundamento da responsabilidade (negocial, delitual ou outro) não será sempre o mesmo quanto a todos os sujeitos ali identificados³¹. Basta ver que al. a) identifica o oferente como um dos possíveis responsáveis, abrindo assim a porta para o surgimento de casos de responsabilidade obrigacional. E é necessário ver *quem é responsável por que parte do prospeto*³². A redação do artigo 149.º, 1, também não significa que todos os sujeitos ali mencionados sejam necessariamente responsáveis.

Entre os sujeitos que podem ser responsabilizados ao abrigo do disposto no artigo 149.º encontramos, no n.º 1, al. f), os «titulares do órgão de fiscalização, as sociedades de revisores oficiais de contas, os revisores oficiais de contas e outras pessoas que tenham *certificado* ou, de qualquer outro modo, *apreciado os documentos de prestação de contas em que o prospeto se baseia*»³³ (itálico nosso).

A responsabilidade desses sujeitos não se funda num contrato celebrado com os lesados. E aquela responsabilidade *não está dependente de que os referidos sujeitos aceitem ser nomeadas no prospeto como responsáveis* por qualquer informação, previsão ou estudo que nele se

185. V. tb., com mais indicações, José Ferreira Gomes, «Responsabilidade civil pelo prospeto», 201. Para a Alemanha, distinguindo entre a responsabilidade pelo prospeto que assenta num especial dever de informar e a responsabilidade pelo prospeto que resulta do direito civil e que resulta da culpa in contrahendo, Mathias Habersack, «Haftung für fehlerhafte Kapitalmarktinformation», cit., a p. 734.

³⁰ Paulo Câmara, Manual de direito dos valores mobiliários, cit., p.

³¹ Dando conta da discussão, já na vigência do CVM, Paulo Mota Pinto; vendo nas normas disciplinadoras do prospeto «disposições legais de proteção de interesses alheios, cuja violação deve ser tida por ilícita», Mafalda Miranda Barbosa. «A questão causal ao nível da responsabilidade pelo prospeto: breve reflexão acerca do n.º 2 do artigo 152.º do Código de Valores Mobiliários», cit., p. 138.

³² Lembrando isso mesmo, Heinz-Dieter Assmann, «Civil Liability for the prospectus», cit., p. 176.

³³ O artigo 243.º, a), refere igualmente a al. f). José Ferreira Gomes inclui ainda na al. f) as pessoas que deviam ter apreciado as contas. Quanto aos roc/sroc «pretéritos», o autor contesta a conformidade jurídico-constitucional do regime (o que faz, também, a propósito de administradores e membros de órgão de fiscalização «pretéritos»). A responsabilidade de técnicos e peritos levanta problemas com alguma especificidade: v., sobre estes, Klaus Hopt / Hans-Christoph Voigt, «Empfehlungen», 5 e s.

inclua³⁴. Mais. O regime de responsabilidade dos ROCs referido não está dependente do conhecimento pelo sujeito responsável, no momento da sua atuação, de que iria ser elaborado um prospeto.

Em relação aos ROC que atuem também como auditores externos nos termos do artigo 8.º do CVM (acumulando funções), a sua responsabilidade não fica limitada ao relatório que elaboraram nesta última qualidade³⁵. Isto é, poderão responder enquanto ROC/SROC que realiza a certificação legal de contas no âmbito da prestação de contas anual e, simultaneamente, pela atividade realizada em cumprimento do artigo 8.º do CVM.

A responsabilidade dos titulares do órgão de fiscalização e do ROC ou SROC pelo prospeto prevista no artigo 149.º do CVM cobre os casos de não cumprimento dos seus deveres na certificação ou apreciação dos documentos de prestação de contas em que o prospeto se baseia. A certificação ou apreciação não se confunde com o prospeto. Mas não está excluído que a responsabilidade dos ROCs e SROCs abranja também outras situações. Designadamente, tendo em conta a atividade do ROC posterior àquela certificação ou apreciação e o que soube ou devia saber. Tanto mais que o artigo 142.º do CVM prevê a possibilidade de adenda ou retificação ao prospeto.

6. O titular do direito de indemnização

O artigo 149.º não esclarece quem é o titular do direito de indemnização ali regulado. No seu n.º 2 é feita referência ao destinatário, que será certamente o destinatário do prospeto. No n.º 3, faz-se menção aos investidores. Por sua vez, o artigo 135.º também tem em vista os destinatários da informação.

A identificação dos titulares do direito de indemnização em causa torna-se mais fácil se olharmos para o artigo 152.º, que trata do dano indemnizável. Vemos aí que a «indemnização deve colocar o lesado na exata situação em que estaria se, no momento da aquisição ou da alienação dos valores mobiliários, o conteúdo do prospeto estivesse conforme com o disposto no artigo 135.º». Daqui resulta, pois, que o dano a indemnizar está relacionado com a aquisição ou alienação dos valores

³⁴ Chamando a atenção para isso mesmo, Margarida Azevedo de Almeida, «A responsabilidade civil perante os investidores por realização defeituosa de relatórios de auditoria, recomendações de investimento e relatórios de notação de risco», cit., p. 29. Com uma perspetiva crítica, José Ferreira Gomes, «Responsabilidade civil pelo prospeto: a delimitação dos responsáveis perante o art. 149.º, 1 cvm», 67 e s.

³⁵ Cfr., nesse sentido, José Melo Rodrigues / Juliano Ferreira, «Responsabilidade pelo conteúdo do prospeto. O caso específico do Revisor Oficial de Contas», 181.

mobiliários. Mas é caso para perguntar se, por identidade de razão, não se deverá também admitir a possibilidade de se tratar de um lesado que decide manter os valores mobiliários que são objeto da oferta.

Assim sendo, o titular do direito de indemnização será um destinatário da informação contida no prospeto e que adquire, aliena ou mantém valores mobiliários sobre os quais incide aquela informação.

O titular do direito de indemnização não tem de ser um consumidor para poder invocar o regime³⁶ e, se sofreu um dano com a aquisição, pode já ter alienado, entretanto, os valores mobiliários em causa.

7. A culpa

O artigo 149.º, 1, consagra uma presunção de culpa³⁷ relativamente aos sujeitos ali identificados. Trata-se de uma escolha que uniformiza o tratamento a dar às várias hipóteses: com efeito, alguns dos eventuais responsáveis identificados no preceito não celebraram contrato com o lesado³⁸. A presunção de culpa pode ser afastada, e a intervenção de um ROC ou de uma SROC pode levar a que isso aconteça relativamente a outros sujeitos mencionados no artigo 149.º, 1.

Aquela culpa é apreciada «de acordo com elevados padrões de diligência profissional» (artigo 149.º, 2)³⁹. A culpa abrange o dolo (em qualquer das suas modalidades) e a negligência⁴⁰. Um e outra dizem respeito à desconformidade entre o conteúdo do prospeto e o disposto no artigo 135.º do cvm⁴¹.

³⁶ Sobre o consumidor-investidor, v. Carlos Costa Pina, Dever de informação e responsabilidade pelo prospeto no mercado primário de valores mobiliários, 177 e s.

³⁷ O artigo 150.º identifica sujeitos que respondem independentemente de culpa, caso seja apurada a responsabilidade de outros sujeitos ao abrigo do artigo 149.º. Aquela responsabilidade (objetiva) pode, assim, recair sobre o oferente, o emitente ou o chefe do consórcio de assistência.

³⁸ Paulo Mota Pinto, Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo, II, cit., p. 1459, nt. 4163.

³⁹ Tendo em conta a grande variedade de sujeitos mencionados no artigo 149.º, nem sempre haverá aqui um verdadeiro agravamento do regime geral a que os mesmos estejam sujeitos. Considerando que o critério do artigo 149.º, 2, cvm nada acrescenta ao do «gestor criterioso e ordenado» do ar. 64.º, 1, a), CSC, José Ferreira Gomes, «Responsabilidade civil pelo prospeto: a delimitação dos responsáveis perante o art. 149.º, 1 cvm», 63; e Idem «Responsabilidade civil pelo prospeto», 212. No entanto, não parece que ao gestor criterioso e ordenado se exija que atue de acordo com elevados padrões de diligência profissional.

⁴⁰ Sobre os argumentos contrários à extensão da responsabilidade a casos de «einfache Fahrlässigkeit», Klaus Hopt / Hans-Christoph Voigt, «Grundsatz- und Reformprobleme der Prospekt- und Kapitalmarktinformationshaftung», cit., p. 84 e s.

⁴¹ No sentido de que o «juízo de culpa apenas se terá de referir à violação da

Não obstante, a responsabilidade referida não assenta necessariamente nos mesmos factos quanto aos eventuais responsáveis. Isto é, há que determinar *quem é responsável e por que é responsável*, tendo em conta a lista que consta do preceito⁴².

8. O dano, o nexo causal e o direito de indemnização

A responsabilidade prevista no artigo 149.º, 1, do cvm diz respeito aos danos causados pela desconformidade do conteúdo do prospeto com o exigido pelo artigo 135.º. O lesado terá de demonstrar o nexo de causalidade entre o facto e o dano, o que torna a situação daquele mais difícil.

Com efeito, autores há para quem seria melhor que a lei consagrasse ali uma presunção de causalidade⁴³. No entanto, o próprio

norma e já não ao interesse preterido», Mafalda Miranda Barbosa, «A questão causal ao nível da responsabilidade pelo prospeto: breve reflexão acerca do n.º 2 do artigo 152.º do Código de Valores Mobiliários», 138.

⁴² José Ferreira Gomes, «Responsabilidade civil pelo prospeto: a delimitação dos responsáveis perante o artigo 149.º, 1 cvm», 63.

⁴³ Parece ser essa a proposta de José Ferreira Gomes, «Responsabilidade civil pelo prospeto», 386. Com um olhar crítico para com o atual regime, mas rejeitando a existência de uma presunção de causalidade, Menezes Leitão, «A responsabilidade civil no âmbito da o.p.a.», 190, que mostra que no regime do Códcmv havia uma presunção de causalidade em relação aos prejuízos (v. tb., do mesmo autor, «Actividades de intermediação e responsabilidade dos intermediários financeiros», dvm ii, 129-156, a p. 156). Considerando que o artigo 149.º, 1, do cvm abrange uma presunção de causalidade, Margarida Azevedo de Almeida, «A responsabilidade civil perante os investidores por realização defeituosa de relatórios de auditoria, recomendações de investimento e relatórios de notação de risco», 28. Considerando o ponto duvidoso, Margret Böckel / Andreas Grünewald, «Portugal», 910. Para uma visão geral à luz do artigo 799.º, 1, CCiv., Carneiro da Frada, Contrato e deveres de proteção, Coimbra, 1994, 191 e s. («Para além da censurabilidade da conduta de devedor, ela estende-se também à existência de um comportamento faltoso do devedor ou dos seus auxiliares e à causalidade entre esse mesmo comportamento e a falta de cumprimento ou o cumprimento defeituoso verificados»). A presunção de causalidade entre falsidade do prospeto e a aquisição que conduziu ao dano é referida a propósito do § 23, Abs. 2, 1, da Wppg alemã por Norbert Bröcker, «§ 6. Kapitalmarktrecht», 421; referindo-se a uma presunção de causalidade entre o vício do prospeto e a decisão de investimento (a Haftungsbegründender Kausalzusammenhang), Katja Langenbucher, Aktien- und Kapitalmarktrecht, 292; no sentido de uma presunção de uma relação causal entre os dados do prospeto e a aquisição efetuada, Krämer / Gillissen, «Due Diligence und Prospekthaftung», in Reinhard Marsch-Barner / Frank Schäfer, her., Handbuch börsennotierte ag, 4. Aufl., Köln: Otto Schmidt, 2018, 548. Sobre as formas de afastar a presunção, p. ex., Petra Buck-Heeb, Kapitalmarktrecht, 7. Aufl., c.f. Heidelberg, etc.: Müller, 2014, 70 (dando os

cálculo dos danos indemnizáveis é complexo e a presunção de causalidade em relação a todos eles poderia revelar-se inadequada. A solução foi, por isso, cautelosa.

A causalidade exigida é, em primeiro lugar, a que deverá existir *entre a desconformidade do conteúdo do prospeto e a atuação do lesado*. Quando se prova que o investidor teria atuado da mesma forma caso o prospeto respeitasse as exigências do artigo 135.º, então falta o nexo de causalidade⁴⁴. Mas, por outro lado, também se deve exigir a prova da *causalidade entre a violação do artigo 135.º e o dano*.

Na apreciação da existência ou não de um nexo causal deverá ser tido em conta que o prospeto pode dizer respeito a operações diversas e que envolvem diferentes atuações dos investidores também. Uma oferta pública de subscrição é diferente de uma compra de ações admitidas à negociação em mercado regulamentado.

A existência de várias causas está prevista no artigo 152.º, 2, do CVM. Se o dano se deve não só aos vícios da informação ou previsão constantes do prospeto, mas também a outras causas, o montante do dano indemnizável deve ser reduzido nessa medida. Porém, o ónus da prova recai sobre os responsáveis.

Quanto ao dano indemnizável, o artigo 152.º, 1, determina que a indemnização «deve colocar o lesado na exata situação em que estaria se, no momento da aquisição ou da alienação dos valores mobiliários, o conteúdo do prospeto estivesse conforme com o disposto no artigo 135.º»⁴⁵. Discute-se, porém, se a indemnização a que o regime

exemplos do conselho do amigo ou de insider trading). Sobre as diferenças a nível europeu, v. Rüdiger Veil, «Prospectus Disclosure», 305 e s. Para os EUA, dando conta de que tem sido aceite a presunção de que o preço de mercado das ações por que foram negociadas reflete a informação material disponível, incluindo as declarações falsas, e que foi distorcido por estas, Luca Enriques et al., «Corporate Law and Securities Markets», in Reinier Kraakman et al., *The Anatomy of Corporate Law*, 3rd ed., Oxford: oup, 2017, 243-266, a p. 260. Sobre a distinção entre «transaction causation» e «loss causation» dos tribunais dos EUA, Thomas Hazen, *Treatise on the Law of Securities Regulation*, 7th ed., vol. 4, St. Paul: Thomson Reuters, 2016, p22 e s. (para casos de fraud; mas no vol. 3, p. 522, o autor considera o mesmo regime aplicável aos casos de manipulation); a p. 29, o autor lembra a «presumption of transaction causation» estabelecida pelo caso *Mills v. Electric Auto-Lite, Inc.* Para o Reino Unido, considerando que o lesado não tem de provar que confiou na informação errada do prospeto, mas tem de ser provada a ligação causal entre a informação ou omissão e o dano, Paul Davies / Sarah Worthington, *Gower's Principles of Modern Company Law*, 10th ed., London: Sweet Maxwell / Thomson Reuters, 2016, 851.

⁴⁴ Em termos semelhantes, Susanne Kalss / Martin Oppitz / Johannes Zollner, *Kapitalmarktrecht*, 467.

⁴⁵ Sobre a questão dos eventuais pagamentos a fazer pela sociedade aos acionistas tendo em conta a Diretiva do Capital, v. o Ac. t.j de 19 de dezembro de 2013, Proc. C 174/12 (Hirrmann).

dá lugar diz respeito ao interesse contratual positivo ou ao interesse contratual negativo⁴⁶.

A redação do artigo 152.º, 1, tem muitas semelhanças com a que foi dada ao artigo 562.º do cciv.: «Quem estiver obrigado a reparar um dano deve reconstituir a situação que existiria, se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação». Perguntamo-nos, no entanto, se tudo não dependerá de saber se o lesado teria ou não emitido a sua declaração se o prospeto estivesse em conformidade com o disposto no artigo 135.º: se ficasse provado que o lesado teria emitido na mesma a sua declaração, deveria ter lugar a indemnização do interesse contratual positivo; se ficasse demonstrado que não teria emitido a sua declaração, deveria indemnizar-se o interesse contratual negativo.

Sendo feita prova pelos responsáveis de que o «dano se deve também a causas diversas dos vícios da informação ou da previsão constantes do prospeto», o montante do dano indemnizável é reduzido nessa medida (artigo 152.º, 2, do cvm). Porém, daqui não resulta uma presunção de causalidade⁴⁷.

O artigo 152.º não afasta a possibilidade de reconstituição natural. No entanto, em muitos casos as regras aplicáveis às operações realizadas permitirão dizer que essa reconstituição não é possível.

Por sua vez, o artigo 153.º do cvm estabelece que o direito de indemnização «deve ser exercido no prazo de seis meses após o conhecimento da deficiência do conteúdo do prospeto» e também cessa, «em qualquer caso, decorridos dois anos desde o termo de vigência do prospeto»⁴⁸. O artigo 243.º, *b*), contém um regime com algumas diferenças.

9. Causas de exclusão de responsabilidade

No artigo 149.º, 3 e 4, encontramos causas de exclusão de responsabilidade. Em primeiro lugar, a responsabilidade é excluída se for feita a prova de que o «destinatário tinha ou devia ter conhecimento

⁴⁶ Sobre os termos da discussão, v., p. ex., José Ferreira Gomes, « Responsabilidade civil pelo prospeto: a delimitação dos responsáveis perante o art. 149.º, 1 cvm », 59 e s. Inclinando-se para o critério do interesse contratual negativo, Luís Menezes Leitão, «A responsabilidade civil do auditor de uma sociedade cotada», 239; com mais segurança, Paulo Mota Pinto, Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo, ii, 1462; no mesmo sentido, para a Alemanha, Heinz-Dieter Assmann, *Prospekthaftung*, 366; Klaus Hopt / Hans-Christoph Voigt, «Grundsatz und Reformprobleme der Prospekt- und Kapitalmarktinformationshaftung», 86.

⁴⁷ Luís Menezes Leitão, «A responsabilidade civil do auditor de uma sociedade cotada», 239.

⁴⁸ Quanto a esse termo de vigência, v. o artigo 143.º.

da deficiência de conteúdo do prospeto à data da emissão da sua declaração contratual ou em momento em que a respetiva revogação ainda era possível» (n.º 3)⁴⁹.

A responsabilidade será ainda excluída, em regra, se os danos resultaram apenas do sumário do prospeto ou de alguma das suas traduções (n.º 4). No entanto, esta causa de exclusão de responsabilidade já não atuará se o sumário, «quando lido em conjunto com os outros documentos que compõem o prospeto, contiver menções enganosas, inexatas ou incoerentes ou não prestar as informações fundamentais para permitir que os investidores determinem se e quando devem investir nos valores mobiliários em causa».

A aplicabilidade do artigo 570.º do cciv. não deve ser descartada, sendo relevante a culpa do lesado que tenha concorrido para a produção ou agravamento dos danos. O n.º 2 dispõe inclusivamente que a culpa do lesado exclui o dever de indemnizar se a responsabilidade se baseia numa simples presunção de culpa⁵⁰.

10. Para refletir

Deixamos aqui um conjunto de aspetos que devem merecer a atenção dos estudiosos e do legislador no que diz respeito ao regime da responsabilidade pelo prospeto.

Em primeiro lugar, consideramos que há espaço para melhorar esse regime no que diz respeito à prova — a presunção legal de causalidade deveria existir em certos casos. Por exemplo: se o preço varia para baixo após a revelação das incorreções, poderia presumir-se que o preço foi influenciado pelos dados do prospeto e que o investidor confiou nesse preço⁵¹. Com efeito, não parece que o artigo 152.º, 2, só por si, permita falar de uma presunção de causalidade.

⁴⁹ Considerando que não se trata de «uma situação de interrupção do nexo de causalidade» e que «o problema não é causal, mas sim imputacional», Mafalda Miranda Barbosa, «A questão causal ao nível da responsabilidade pelo prospeto: breve reflexão acerca do n.º 2 do artigo 152.º do Código de Valores Mobiliários», 146. Sobre casos em que o lesado deveria ter procurado minorar do dano, Susanne Kalls / Martin Oppitz / Johannes Zollner, *Kapitalmarktrecht*, 471 e s.

⁵⁰ Salientando isso mesmo, Margret Böckel / Andreas Grünewald, «Portugal», 912.

⁵¹ Paul Davies, «Damages Actions by Investors on the Back of Market Disclosure Requirements», in Danny Busch / Emiliios Avgouleas / Guido Ferrarini, ed., *Capital Markets Union in Europe*, Oxford: oup, 2018, 318-338, a p. 325, dá conta de que «modern statutory provisions imposing liability for misstatements in prospectuses also tend to remove the need to prove direct reliance on the prospects or create a presumption of reliance. In other words, the investor is taken to have relied on the market price and the market price to have been influenced by the misstatements in the prospectus»

Deveria também ser estudada a possibilidade de criar incentivos para que os diversos lesados avançassem em conjunto contra os responsáveis⁵². Como lembra Rüdiger Veil⁵³, essas ações permitem superar a apatia racional dos investidores. E o regime português não é muito amigo do «utilizador».

No que diz respeito às consequências do ilícito, deveria ser regulada expressa e pormenorizadamente a possibilidade de o lesado optar pela aquisição dos instrumentos financeiros pela emitente, caso esta fosse responsável.

Para além disso, a Diretiva do Prospeto também não se ocupa das questões relativas ao direito aplicável às pretensões indemnizatórias⁵⁴. Será, então, necessário recorrer ao Regulamento Roma II quanto à responsabilidade extracontratual⁵⁵ e ao Regulamento Roma I para a responsabilidade contratual⁵⁶.

A Diretiva do Prospeto deixa grande margem de manobra aos Estados-Membros, o que permite o *forum shopping*⁵⁷. Caminhar no sentido de uma maior uniformização da responsabilidade pelo prospeto a nível da União Europeia é, a meu ver, a solução. Mesmo no Regulamento de 2017 o que surge dito, quanto ao regime substantivo, é que (artigo 11.º, 2) «Os Estados-Membros asseguram que as suas disposições legislativas, regulamentares e administrativas em matéria de responsabilidade civil são aplicáveis às pessoas responsáveis pela informação dada num prospeto». É pouco.

⁵² A ação popular está prevista no artigo 31.º do cvm.

⁵³ Rüdiger Veil, «Prospectus Disclosure», 309.

⁵⁴ Susanne Kalss / Martin Oppitz / Johannes Zollner, *Kapitalmarktrecht*, 440.

⁵⁵ Susanne Kalss / Martin Oppitz / Johannes Zollner, *Kapitalmarktrecht*, 440.

⁵⁶ Oliver Seiler / Bernd Singhof, «Abschnitt 6 Prospekthaftung», 585, Rn. 16.

O tj já se ocupou da questão da natureza jurídica da responsabilidade pelo prospeto da decisão de 28 de janeiro de 2015, Proc. C-375/13 (Kolassa).

⁵⁷ Niahm Moloney, eu *Securities and Financial Markets Regulation*, 122. Sobre a margem de manobra referida no texto v. a decisão do tj no já referido caso Hirman.

A ILICITUDE NA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E DEMAIS ENTIDADES PÚBLICAS: NOTAS ESPARSAS SOBRE O PROBLEMA DA FRUSTRAÇÃO DA CONFIANÇA¹

ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ

Ainda que constitua um dos institutos mais tradicionais do Direito Administrativo, marcando, inclusivamente, de forma simbólica o específico nascimento deste ramo jurídico-dogmático², a responsabilidade civil extracontratual do Estado (*rectius*, a forma como o legislador desenha o respetivo regime jurídico e como o juiz o realiza no caso concreto) traduz as oscilações e as preocupações que vêm marcando a hodierna doutrina jurídico-pública. Como se sabe, o direito público (em geral) e o direito administrativo (em particular) podem qualificar-se como “direitos perturbados” no contexto atual

¹ O presente texto corresponde à versão escrita da comunicação oral apresentada nas II Jornadas Luso-Brasileiras de Responsabilidade Civil, a que apenas se adicionaram as notas de rodapé com as respetivas referências bibliográficas.

² Cf. as considerações que, a este propósito, tecemos no nosso texto «Responsabilidade Civil do Estado: Tendências Originárias e Perspetivas de Evolução», in Mafalda Miranda Barbosa / Francisco Muniz, coord., Responsabilidade Civil: Cinquenta Anos em Portugal, Quinze Anos no Brasil, Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2018, 71 e s.

de “fim das certezas”³ em todas as dimensões da realidade, e ineliminavelmente marcados pela crise do Estado, pela crise da economia, pela crise das gerações e pela crise do próprio direito enquanto ordem normativa de validade⁴.

E a responsabilidade civil jurídico-administrativa não fica imune a todas as tergiversações que o direito público vem atravessando, em especial num tempo, como o hodierno, em que este ramo começa a assumir um propósito mais subjetivo (de tutela das posições jurídicas substantivas dos particulares), minimizando, por vezes de forma excessiva, a sua dimensão objetiva (de salvaguarda dos interesses públicos).

Mas se nos debruçarmos sobre uma das temáticas que constitui objeto das Jornadas de 2018 — a ilicitude — verificamos que a doutrina jus-administrativa encontra algumas dificuldades em responder cabalmente a todas as questões que a prática lhe vai colocando. As perplexidades relacionadas com a aquilatação do pressuposto da ilicitude no âmbito da responsabilidade civil extracontratual decorrem de vários fatores, que, dentro de alguns limites, variam ainda consoante a função do Estado em causa: pense-se, paradigmaticamente, naqueles casos em que a averiguação do pressuposto da ilicitude carece de uma decisão judicial prévia que a certifique (como sucede nos casos de responsabilidade civil pelo exercício da função político-legislativa, em que a conduta omissiva de medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis normas constitucionais exige, como condição prévia, a verificação, pelo Tribunal Constitucional, da inconstitucionalidade por omissão)⁵.

³ Estamos a apelar para o título da obra de Prigogine, *La Fin des Certitudes*, Paris: Odile Jacob, 1996.

⁴ A estes problemas aludimos já em *Os Direitos Fundamentais e a Sua Circunstância: Crise e Vinculação Axiológica entre o Estado, a Sociedade e a Comunidade Global*, Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2017, 17 e s.

⁵ Assim, nos termos do n.º 5 do artigo 15.º do Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas (rrcee, aprovado pela Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro, alterada pela Lei n.º 31/2008, de 17 de julho), “a constituição em responsabilidade fundada na omissão de providências legislativas necessárias para tornar exequíveis normas constitucionais depende da prévia verificação de inconstitucionalidade por omissão pelo Tribunal Constitucional”. Sobre esta disposição, v., por exemplo, Carlos Cadilha, *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas Anotado*, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2011, 354 e s.; Jorge Pereira da Silva, «Artigo 15.º — Responsabilidade no Exercício da Função Político-Legislativa», in Rui Medeiros, coord., *Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2013, 416 e s.

Mesmo que nos circunscrevamos — como o tempo dedicado a esta intervenção supõe — à responsabilidade pelo exercício da função administrativa nos termos recortados pelo legislador, persistem problemas que decorrem quer do conceito de ilicitude perfilhado pelo regime jurídico-administrativo da responsabilidade civil extracontratual (que o aparta da disciplina normativa do Código Civil), quer do próprio âmbito deste instituto.

Como forma de enfrentar estas duas questões, escolhemos um problema que nos parece demonstrativo das dificuldades suscitadas pelo sistema: o problema da responsabilidade pela recusa de aplicação (devida) de regulamentos inválidos — o qual entronca, por sua vez, na temática da responsabilidade pela violação do princípio da proteção da confiança (que representa também um dos princípios fundamentais do Direito Administrativo, ínsito que está no princípio do Estado de direito).

Recortemos o âmbito da questão. Ela emerge na confluência destas duas interrogações: *a)* em que medida a Administração se encontra vinculada aos regulamentos no seio dela elaborados, aquando da sua tarefa de decisão de casos concretos, cujo âmbito problemático se revela assimilável pela norma regulamentar? *b)* Considerando-se que a Administração pode (deve), sob determinadas circunstâncias, desaplicar regulamentos com fundamento em invalidade, tem direito a uma indemnização, fundada no regime da responsabilidade civil extracontratual, um particular destinatário que confiava na mobilização daquela norma regulamentar para a decisão do seu caso concreto?

A primeira interrogação extravasa o âmbito destas considerações. Apenas a colocámos porque a sua resposta serve de pressuposto à segunda. Em regra, a Administração encontrava-se autovinculada pelos regulamentos administrativos na decisão dos casos concretos — tal é o conteúdo do designado princípio da inderrogabilidade singular dos regulamentos externos, fundado, *inter alia*, no princípio da proteção da confiança. Há, contudo, hipóteses cuja excecionalidade (permite que a tutela da confiança ceda e) justifica que o órgão administrativo possa afastar a norma regulamentar *prima facie* aplicável ao caso concreto, com fundamento na sua invalidade⁶. Tal não significa, porém, que, quando, legitimamente, se admita a recusa de aplicação, fiquem

⁶ Sobre esta questão já nos debruçámos, com pormenor, em *A Recusa de Aplicação de Regulamentos pela Administração com Fundamento em Invalidade: Contributo para a Teoria dos Regulamentos*, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 605 e ss. (pp. 651 e ss., sobre a tutela da confiança; pp. 199 e ss., sobre os fundamentos subjacentes ao princípio da inderrogabilidade singular dos regulamentos; em ambos os casos, com amplas referências bibliográficas).

postergadas as exigências de sentido da tutela da confiança, que agora se poderão cumprir de outra forma.

Subjacente a esta possibilidade encontra-se, por exemplo, a situação de um particular que, abrangido pelo âmbito subjetivo de um regulamento, desenvolve uma série de investimentos para se colocar em condições de receber o subsídio aí previsto; perante uma decisão de recusa de aplicação pelo órgão competente para atribuição do subsídio, com fundamento na invalidade da norma regulamentar que o previa, não pode ficar o sujeito desprovido de tutela jurídica.

Quid iuris? A frustração da confiança resultante de uma recusa de aplicação de uma norma regulamentar inválida deve incluir-se no pressuposto da *ilicitude* para efeitos de aplicação do regime da responsabilidade civil do Estado e demais entidades públicas pelos danos resultantes do exercício da função administrativa?

1) Detenhamo-nos, em primeiro lugar, no alcance da autovinculação administrativa e âmbito da proteção da confiança no Direito Administrativo.

A autovinculação baseada na tutela da confiança apenas se verifica e se mantém enquanto tal confiança for digna de proteção jurídica⁷. A construção dogmática da tutela da confiança (embora corolário e subprincípio do princípio estruturante do Estado de direito) tem crescido, no direito Administrativo, sob o influxo do direito civil. Assim, e louvando-nos, *mutatis mutandis*, na perspetiva proposta por Freitas do Amaral⁸ (que tem na sua base a construção dogmática empreendida por Menezes Cordeiro⁹, a propósito da boa fé), importa que, no caso concreto se encontrem cumpridos, com maior ou menor intensidade, os seguintes pressupostos: (a) a criação de uma situação de confiança (*i.e.*, de elementos suscetíveis de gerar expectativas razoáveis no destinatário), concretizada na emissão de um regulamento como ato normativo dotado de força jurídica (autovinculativa), que, enquanto integrado no «bloco da juridicidade», postula a observância pela atividade administrativa àquelas normas¹⁰; (b) a existência

⁷ Burmeister, «Selbstbindungen der Verwaltung», Die Öffentliche Verwaltung 13-14/34 (julho 1981) 510.

⁸ Freitas do Amaral, Curso de Direito Administrativo, vol. ii, 3.^a ed., Coimbra: Almedina, 2016, 118 e s. Cf. também M. Rebelo de Sousa / A. Salgado de Matos, Direito Administrativo Geral, tomo i, 3.^a ed., Lisboa: Dom Quixote, 2008, 222 e s.

⁹ Menezes Cordeiro, Da Boa Fé no Direito Civil, reimp., Coimbra: Almedina, 1997, 1243 e s., relativamente aos parâmetros da confiança e seu funcionamento como princípio.

¹⁰ Também a propósito do regulamento poderemos afirmar (como o faz a

de uma confiança justificada, na esfera subjetiva do destinatário do regulamento (que não existirá, *v. g.*, se a invalidade do regulamento não for desconhecida do destinatário ou se este, apenas por manifesta negligência, não tinha conhecimento dela)¹¹; (c) o investimento da confiança, resultante dos comportamentos que os destinatários do regulamento adotaram (ou não), induzidos pela pressuposição da futura valoração da sua esfera jurídica à luz daquele; (d) o nexo de causalidade entre as normas regulamentares e as condutas dos destinatários corporizadas no investimento da confiança.

doutrina alemã relativamente ao contrato e à promessa) que incorpora uma «proteção da confiança abstrata» (abstrakter Vertrauensschutz), na medida em que transporta a vinculatividade em si própria (v. Kisker, «Vertrauensschutz im Verwaltungsrecht», in Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, n.º 32, Berlin / New York: De Gruyter, 1974, 152; sem prejuízo da inadmissibilidade da identificação do contornos da proteção da confiança quanto a atos administrativos e quanto a normas — *ibid.* 192 e s.). Esta asserção merece dois esclarecimentos.

Por um lado, podem existir outros elementos associados ao regulamento (que não apenas o facto da respetiva emissão) que reforcem a confiança do sujeito. Assim, *v. g.*, a maior solenidade da forma ou as especiais exigências procedimentais podem ajudar a cimentar uma confiança nos destinatários: pense-se nos decretos regulamentares (sujeitos a promulgação presidencial) ou nos regulamentos submetidos a apreciação pública. No mesmo sentido milita a existência de uma prática consolidada de observância das soluções contempladas no regulamento, sem que, até ao momento, a Administração haja questionado a respetiva validade — nesta hipótese, poder-se-á afirmar, com KISKER («Vertrauensschutz im Verwaltungsrecht», 166), que quanto maior for a confiança gerada pelos poderes públicos nos cidadãos (cujo comportamento se orienta pelos atos daqueles), maior respeito deve merecer a disposição concitadora de tal confiança.

Por fim, a invalidade da norma não implica necessariamente a frustração deste requisito, ainda que se tenha em consideração a inexistência de prazo para a arguição jurisdicional da invalidade (decorrente de inconstitucionalidade ou de ilegalidade). Em primeiro lugar, a confiança assenta na vigência (formal) do regulamento e, por esse motivo, na respetiva obrigatoriedade. Em segundo lugar, a invalidade poderá não ser cognoscível para um destinatário normal, pelo que, no máximo, a tutela da confiança só não operará perante invalidades flagrantes ou evidentes — altura em que sucumbe a *ratio* do princípio da boa fé, que, na ausência de uma situação de confiança e de elementos que a justifiquem, se torna neutro quanto ao problema da recusa de aplicação.

¹¹ Cf. um lugar paralelo no §48, n.º 2, alínea 3), da *Verwaltungsverfahrensgesetz* (a propósito das exceções à indemnizabilidade da revogação de atos administrativos inválidos, que constituem condição necessária ou conferem o direito a prestações pecuniárias, de natureza continuada ou não, dispositivo igualmente aplicável, por força do n.º 3, às demais situações em que se reconhece uma pretensão em consequência da revogação de atos inválidos); sobre este preceito, v. Stelkens / Bonk / Sachs, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 9.ª ed., München: Beck, 2018, n.os de margem 159 e s. Relacionando também esta norma com a existência de uma confiança digna de proteção jurídica, em resultado da autovinculação administrativa através de *Vorschriften*, cf. Blanke, *Vertrauensschutz im Deutschen und Europäischen Verwaltungsrecht*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2000, 267.

2) As considerações acabadas de tecer introduzem-nos no âmago da nossa questão — a qual se reconduz à responsabilidade pela confiança.

O problema da responsabilidade pela confiança não é desconhecido da doutrina jurídico-civilística, onde se logrou já uma resposta adequada às especificidades da questão. Os resultados da profundíssima investigação que lhe dedicou Carneiro da Frada¹² permitiriam concluir pela feição específica da responsabilidade pela confiança, que se assume como um *tertium genus* entre a tradicional dicotomia entre responsabilidade contratual e aquiliana.

3) As nuvens adensam-se, porém, no Direito Administrativo da responsabilidade, desde logo em consequência do recorte dos conceitos de responsabilidade civil extracontratual e de ilicitude.

a) Assim, e desde logo, entende-se que a expressão «responsabilidade civil extracontratual» (regida pelo direito administrativo) haverá de valer num sentido *amplo*, de forma a abranger toda a responsabilidade civil emergente da violação de princípios e normas ofensivas de posições jurídicas substantivas e que *não correspondam a deveres concretizados em contratos administrativos*¹³. Tratar-se-á ainda de uma consequência da configuração da responsabilidade civil extracontratual do Estado como um direito fundamental de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias, e, sobretudo, como mecanismo de defesa dos direitos fundamentais. A subjetivização do instituto e a sua associação à jusfundamentalidade tem impedido uma certa elasticidade na construção dogmática e dificultado o surgimento de “terceiras vias” — uma situação que o atual RRCCE acentua, em virtude de definir, de forma estanque, os diversos casos de responsabilidade civil.

b) A outra face do problema relaciona-se com o conceito de ilicitude.

Como se sabe, a civilística vem afastando a violação de deveres objetivos de cuidado como elemento da ilicitude, na medida em que esta toma em consideração a conduta do lesante objetivamente (*i. e.*, avalia se aquela preencheu um tipo objetivo de ilicitude, como a violação do direito à vida ou à integridade física), ao invés da culpa,

¹² Carneiro da Frada, Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil, Coimbra: Almedina, 2004.

¹³ Barbosa de Melo («Responsabilidade Civil Extracontratual: Não Cobrança de Derrama pelo Estado», in Coletânea de Jurisprudência 11/4 [1986] 40, n. 6) afirmava que, para efeitos do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 48051, a expressão «responsabilidade civil extracontratual» haverá de valer num sentido amplo, por forma a abranger “toda a responsabilidade civil emergente da violação de deveres jurídicos não concretizados através dos contratos administrativos”.

que atende à censurabilidade do comportamento e, por conseguinte, à sua vertente subjetiva¹⁴.

Todavia, sob a inspiração do conceito de *faute* do ordenamento francês, o Direito Administrativo conjuga muito de perto as noções de ilicitude e culpa, dificultando a distinção entre ambas, nomeadamente por contemplar a violação de deveres objetivos de cuidado no conceito de ilicitude. Assim, o n.º 1 do artigo 9.º do RRCEE estabelece um conceito de ilicitude que associa a ilicitude do *resultado* (ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos) à ilicitude da *conduta* (violação de princípios e normas jurídicas, infração de regras de ordem técnica ou mesmo de *deveres objetivos de cuidado*)¹⁵. Destarte, o Direito Administrativo da responsabilidade civil extracontratual opta pelas conceções que entendem não ter o agente cometido um ato ilícito se o seu comportamento observou todos os cuidados razoavelmente exigidos pelo comércio jurídico ou pela ordem jurídica.

Com um intuito claramente ampliativo, o próprio conceito de ilicitude da conduta coincide praticamente com o de ilegalidade — aspeto para o qual já apontava Marcello Caetano¹⁶, para quem se consideravam “ilícitos os *actos jurídicos que violem as normas legais e regulamentares ou os princípios gerais aplicáveis* e os actos materiais que infrinjam estas normas e princípios ou ainda as regras de ordem técnica e de prudência comum que devam ser tidas em consideração”. Ou, aplicando ao problema em análise, preencheria o pressuposto da *ilicitude da conduta* qualquer violação de um princípio de Direito Administrativo, incluindo as situações de frustração da confiança que, enquanto tais, corresponderiam à violação do princípio da proteção da confiança.

¹⁴ Assim, v. g., assim Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, 10.^a ed., Coimbra: Almedina, 2000, 585 e s., que seguimos muito de perto. Sobre o confronto dos conceitos de ilicitude da conduta e da ilicitude do resultado, v., por exemplo, Sinde Monteiro, *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações*, Coimbra: Almedina, 1989, 300 e s.; Nuno Pinto Oliveira, «Sobre o Conceito de Ilicitude do Artigo 483.º do Código Civil», in *Estudos em Homenagem a Francisco José Velozo*, Braga: Universidade do Minho, 2002, 527 e s.

¹⁵ V., por exemplo, Marcelo Rebelo de Sousa, «Responsabilidade dos Estabelecimentos Públicos de Saúde: Culpa do Agente ou Culpa da Organização?», in *Direito da Saúde e Bioética*, Lisboa: aafdl, 1996, 172; Margarida Cortez, *Responsabilidade Civil da Administração por Actos Administrativos Ilegais e Concurso de Omissão Culposa do Lesado*, Coimbra: Coimbra Editora, 2000, (Boletim da Faculdade de Direito; *Studia Iuridica* 52), 50 e s.; M. Aroso de Almeida, «Artigo 9.º — Ilicitude», in Rui Medeiros, coord.), *Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil*, 242 e s., 246 e s., aproximando o conceito de ilicitude do rrcee ao conceito de *faute* do direito francês. Cf., na jurisprudência, paradigmaticamente, Acórdão do sta, de 20.04.2004, P. 0982/03, e 16.01.2014, P. 0445/13.

¹⁶ Marcello Caetano, *Manual de Direito Administrativo*, vol. ii, 10.^a ed. (7.^a reimp.), Coimbra: Almedina, 2001, 1225.

Na vertente da ilicitude do resultado, e sob a bênção da inscrição constitucional do princípio da tutela jurisdicional efetiva dos direitos *e interesses legalmente protegidos dos administrados*, também a ofensa destas últimas posições jurídicas substantivas¹⁷ deverá consubstanciar uma forma de ilicitude para efeitos de responsabilizar extracontratualmente o autor do facto. E, voltando, de novo, ao tema que nos ocupa, a frustração da confiança preencheria este pressuposto desde que (mas apenas se) a mesma tivesse implicado a ofensa a uma posição jurídica substantiva.

3) Perante estes dados, qual a resposta a dar à questão inicial?

Se, como assinalámos, a aplicação do regulamento (inválido), em razão das legítimas expectativas depositadas (que não das posições jurídicas substantivas detidas) pelos destinatários nas normas formalmente vigentes, representa a proteção *máxima* da confiança, tal não impede, ponderados outros valores, a suscetibilidade de recusa de aplicação das normas regulamentares. Contudo, o afastamento das normas só não fere impreterivelmente estes princípios, desde que, estando verificados os (já assinalados) pressupostos da tutela, fique assegurada uma proteção *mínima*, correspondente à obrigação de indemnização do dano da confiança.

Não são, todavia, espúrias as dificuldades pressupostas por esta conceção, desde logo porque, em rigor, a designada «responsabilidade pela confiança» ultrapassa a dicotomia entre responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual¹⁸ e não se compadece com a convocação acrítica dos respetivos requisitos.

¹⁷ Na senda de Vieira de Andrade (Lições de Direito Administrativo, 5.^a ed., Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2017, 71 e s.), deve entender-se que “as posições jurídicas substantivas implicam sempre uma intenção normativa de protecção efectiva de um bem jurídico próprio de determinado particular, seja em primeira linha (estamos, então, perante direitos subjectivos), seja em segunda linha, em complemento de um interesse público primacial (é o caso dos interesses legalmente protegidos)”. De acordo com o autor a aferição da intencionalidade, do conteúdo objetivo favorável e do grau de efetividade constituem o resultado da interpretação da norma (substantiva) que disciplina a específica relação jurídica, “devendo presumir-se a intenção protectora quando uma norma de direito objectivo seja necessária ou adequada ao favorecimento de determinados interesses particulares”.

¹⁸ Cabalmente, Carneiro da Frada, Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil, 756 e s. Refletindo, no âmbito do Direito Administrativo, sobre a eventual inadequação da aglutinação, no instituto da responsabilidade civil, das pretensões indemnizatórias decorrentes de atuações lícitas dos poderes públicos, cf. Rui Medeiros, Responsabilidade Civil dos Poderes Públicos, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2005, 51 e s.

Repare-se, desde logo, que a responsabilidade pela confiança não se confunde nem com a responsabilidade resultante da emissão de um regulamento inválido (que segue o regime da responsabilidade civil extracontratual por facto ilícito decorrente do exercício da função administrativa), nem com a eventual responsabilidade por danos causados no exercício do poder regulamentar (independentemente da validade do regulamento), e, por conseguinte, responsabilidade por atos lícitos¹⁹.

Efetivamente, está agora em causa uma obrigação de indemnizar resultante da frustração de expectativas (*i.e.*, da “frustração da coordenação da atividade do sujeito por uma conduta alheia que suscitou uma convicção sua”), onde inexistem quer o incumprimento de uma obrigação, quer um ataque aos direitos subjetivos (ou interesses legalmente protegidos) do lesado. Trata-se, em suma, de uma “responsabilidade pela frustração de uma intencionada coordenação de condutas por parte do confiante”²⁰.

O reconhecimento da *singularidade* da «responsabilidade pela confiança» encerra reflexos determinantes em sede do regime da responsabilidade da Administração, o qual assenta justamente na dicotomia (totalmente rígida e fechada) entre responsabilidade contratual e extracontratual: não estando em causa a celebração de qualquer contrato, a indemnização do dano da confiança surgirá sempre associada a uma responsabilidade conexa com a violação de deveres causadora de danos — ora, os pressupostos desta última revelam-se totalmente desadequados à situação em análise²¹.

¹⁹ Sobre esta última, mas ainda no quadro do Decreto-Lei n.º 48051, cf. Sérvulo Correia, «Da Sede do Regime de Responsabilidade Objetiva por Danos Causados por Normas Emitidas no Desempenho da Função Administrativa», Revista da Ordem dos Advogados 61/3 (dezembro 2001) 1313 e s.

²⁰ Carneiro da Frada, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, 602 e s.

O facto de se admitir o exercício da competência de recusa de aplicação a órgãos pertencentes a entidades diferentes das responsáveis pela emissão do regulamento pode dificultar a imputação da responsabilidade e do dever de indemnizar (Carneiro da Frada, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, 604, exige uma *conexão de via dupla ao sujeito responsável*). Todavia, parece-nos que a especial configuração intersubjetiva da Administração Pública, entremeada com fenómenos como a descentralização (e constitui este o campo problemático, por excelência), não poderá constituir arrimo para denegar o direito indemnizatório ao particular. Apesar da não absorção da «responsabilidade pela confiança» pela responsabilidade emergente da emissão de um regulamento inválido, entendemos que a entidade que responde pelo investimento da confiança há de consistir naquela que emitiu o regulamento, visto ter sido a mesma que provocou a situação de confiança.

²¹ Acentuando já que as especificidades da responsabilidade pela defraudação das expectativas não se compadecem com a mobilização dos requisitos da respon-

A verdade, porém, é que, arreigada à letra da lei, a jurisprudência administrativa tem afirmado que, em casos deste tipo, a ilicitude reside na violação de um «dever de respeitar a confiança alheia»²², concebido como decorrência imediata, para a Administração, da subordinação ao princípio da proteção da confiança — e correspondente, no nosso âmbito problemático, a um dever de *agere* em conformidade com a confiança depositada no regulamento pelos destinatários. Esta compreensão não confere, porém, um relevo autónomo à justificação da confiança: em tal perspetiva, a responsabilidade resultaria da violação de um dever (*in casu*, o dever de agir atendendo à confiança suscitada na contraparte pela atuação em causa) e não da defraudação das expectativas²³.

Ora, se a responsabilidade delitual tem como fundamento a manutenção da situação patrimonial e/ou pessoal dos sujeitos e a sua defesa perante ataques exteriores (designadamente da Administração), a indemnização do dano da confiança respeita à tutela das relações intersubjetivas, da interação entre os sujeitos, erigindo a perturbação da dinâmica da coordenação de condutas em fundamento da obrigação de indemnizar²⁴.

Nessa medida, a responsabilidade pela confiança não assenta verdadeiramente numa violação, pelo lesante, de deveres pré-existent²⁵. Os pressupostos deste tipo de “responsabilidade” só surgem após o comportamento do lesante gerador das expectativas do lesado (*in casu*, a emissão do regulamento). Por sua vez, a frustração dessas expectativas (corporizada na recusa de aplicação do regulamento inválido) não implica, por si só, a prática de um ato ilícito; pelo contrário, como observámos, a responsabilidade pela confiança só existe quando o órgão decisor pode *validamente* exercer a competência de desaplicação. Na hipótese de se admitir que o órgão administrativo recuse a aplicação da norma regulamentar inválida, não está aquele a adotar

sabilidade aquiliana, designadamente a ilicitude e a culpa, cf. Carneiro da Frada, Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil, 589.

²² Cf., exemplarmente, Acórdão do sta, de 05.12.2007, P. 653/07, onde o Tribunal, perante a revogação de um despacho no qual os particulares tinham depositado confiança, negou a verificação de um atentado aos direitos subjetivos dos particulares (inexistentes, em virtude de a ilegalidade do despacho os não poder fundamentar) e atribuiu apenas à lesão da confiança (acentuando a sua previsão normativa a nível constitucional e legal) o estatuto de facto ilícito, suficiente para gerar a responsabilidade civil, à luz do artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 48051.

²³ Carneiro da Frada, Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil, 593 e s.

²⁴ Assim, Carneiro da Frada, Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil, 605.

²⁵ Como já sublinha Carneiro da Frada, Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil, 590.

uma conduta contrária ao princípio da tutela da confiança (que não exige incondicionalmente a mobilização da norma inválida) e, por conseguinte, não está a infringir qualquer regra de *agere* imposta pela boa fé. Simplesmente, os destinatários do regulamento tinham expectativas de que a Administração adotasse uma conduta consonante com o regulamentarmente disposto e é a tutela da frustração da confiança em que tal acontecesse que está agora em causa.

4) Quais as conclusões que poderemos, então, retirar, para o regime da responsabilidade civil do Direito Administrativo?

1.º O RRCEE, na medida em que tem a pretensão de regular todas as situações de responsabilidade não contratual inviabiliza, afinal, uma adequada resposta a casos que escapam às conceções tradicionais; eis o que sucede com aglutinação, no âmbito do regime, das pretensões indemnizatórias decorrentes de atuações lícitas dos poderes públicos;

2.º O problema da frustração da confiança não corresponde necessariamente a uma atuação antijurídica da Administração — como parecem pressupor os tribunais. Efetivamente, quando um órgão administrativo tem o poder-dever de desaplicar um regulamento inválido, tal corresponde à conduta exigida pelo direito.

3.º A inadequação da responsabilidade delitual para abranger todas as hipóteses em que os particulares têm uma pretensão indemnizatória contra a Administração torna-se nítida quando se analisa o conceito de ilicitude. Não obstante a jurisprudência pretender integrar o problema nos quadros tradicionais delineados pelo legislador, a verdade é que o desenho deste pressuposto efetuado pelo RRCEE é, simultaneamente, demasiado amplo e demasiado estreito para responder ao problema da frustração da confiança: por um lado, qualquer violação de um qualquer princípio é um facto ilícito; por outro lado, exige-se a violação de uma posição jurídica substantiva (que não existe no caso concreto).

DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELO TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS

ANTÓNIO BARRETO MENEZES CORDEIRO

1. Introdução

I. O Direito da proteção de dados nasceu dentro das fronteiras do Direito público. A dimensão publicista originária do Direito da proteção de dados manifesta-se, por exemplo, no conteúdo dos diplomas pioneiros aprovados pelos Estados alemães na década de 70 do século passado. Aos primeiros legisladores germânicos interessava, em primeiro lugar, limitar a intervenção das entidades governativas na recolha e na utilização de dados pessoais.

Cedo o Direito da proteção de dados rompeu com esta conceção limitadora da sua função social, assumindo-se hoje como um Direito eclético de base privatística¹. A dimensão personalista do Direito da proteção de dados, presente na D 95/46/CE, de 24 de outubro de 1995, surge fortalecida no RGPD²: o novo Regulamento europeu reconhece aos titulares de dados pessoais um conjunto novo e reforçado de direitos subjetivos³; o consentimento mantém o seu papel

¹ Sobre a evolução do Direito da proteção de dados: Spiros SIMITIS, “Introdução”, in *Simitis, Bundesdatenschutzgesetz*, 8.ª ed., Baden-Baden: Nomos, 2014; Gloria GONZÁLEZ FUSTER, *The Emergence of Personal Data Protection as a Fundamental Right of the EU*, Springer, 2014, 55.

² Regulamento (UE) n.º 2016/679, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretriz 95/46/CE.

³ Os direitos dos titulares de dados pessoais têm sido objeto de sucessivos reforços legislativos: Bart VAN DER SLOOT, “Do Data Protection Rules Protect the In-

enquanto causa principal de tratamento de dados pessoais⁴, é mesmo a única causa de tratamento expressamente reconhecida no artigo 8.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia⁵. Em suma, o RGPD contribuiu, apesar das críticas crescentes de que tem sido alvo, para um aprofundamento do direito à identidade informacional⁶⁻⁷.

Também o artigo 82.º⁸ se insere neste movimento de densificação da dimensão privatística do Direito da proteção de dados e do direito à identidade informacional. O preceito permite a responsabilização direta dos responsáveis pelo tratamento e dos subcontratantes por danos causados na esfera jurídica dos titulares de dados e na decorrência de violações do RGPD. Estamos no campo por excelência do Direito Privado.

II. O presente estudo pretende ser uma análise integrada do artigo 82.º. A primeira parte será dedicada a explorar os três elementos da responsabilidade civil: ilicitude, dano e nexo de causalidade. A segunda, aos sujeitos que podem recorrer a este mecanismo e contra os quais pode ser invocado. E, por fim, na terceira parte, abordaremos alguns aspetos mais práticos, com destaque para a responsabilidade solidária e para o direito de regresso.

Daremos, ainda, especial atenção ao processo legislativo que culminou na versão final do artigo 82.º. Apenas através desta apreciação é possível identificar as *rationes* subjacentes a cada um dos seus números.

dividual and Should They? An Assessment of the Proposed General Data Protection Regulation”, IDPL 4 (2014) 307-325, 314 s.

⁴ Veja-se, o nosso, “O consentimento do titular dos dados no RGPD”, RDC 3 (2018) 783-807.

⁵ Artigo 8.º/2: “Esses dados devem ser objeto de um tratamento leal, para fins específicos e com o consentimento da pessoa interessada ou com outro fundamento legítimo previsto por lei”.

⁶ Daniel J. SOLOVE, “Introduction: Privacy Self-Management and the Consent Dilemma”, *Harv L Rev* 126 (2013) 1880-1903; Bert-Japp KOOPS, “The Trouble with European Data Protection Law”, IDPL 4 (2014) 250-261, 251-254.

⁷ Entre nós: Alexandre Sousa PINHEIRO, “Privacy e proteção de dados pessoais: a construção do direito à identidade informacional”, Lisboa: AAFDL, 2015.

⁸ As disposições legais, não acompanhadas de fonte, correspondem a artigos do RGPD.

§ 1.º Elementos

2. Ilicitude

I. O artigo 82.º do RGPD assume um campo de aplicação tendencialmente irrestrito, na medida em que permite a proposituras de ações de responsabilidade civil por qualquer “violação do presente regulamento” (n.º 1).

Esta solução não é nova, encontrando um evidente paralelo na D 95/46/CE. O artigo 23.º/1 deste diploma admitia ações de responsabilidade civil fundadas em tratamentos ilícitos de dados, mas também em quaisquer outros atos violadores dos diplomas nacionais que transpusessem a Diretriz. O texto legal da D 95/46/CE foi aproveitado pela Comissão Europeia, na Proposta original do RGPD (Proposta): “tratamento ilícito ou outro ato incompatível com o presente regulamento”⁹. Esta primeira versão passou incólume às observações promovidas pelo Parlamento Europeu, pelas várias Comissões Parlamentares, chamadas a pronunciar-se individualmente, e pelas demais entidades europeias que emitiram pareceres sobre o RGPD.

A unanimidade foi quebrada pela Comissão, ao propor a circunscrição da responsabilidade civil ao tratamento de dados que violassem o RGPD¹⁰. Apenas a Grécia mostrou algumas reservas em relação a esta alteração¹¹.

Durante as negociações tripartidas e por insistência do Parlamento Europeu¹², a versão final viria a assumir, em consonância com a D 95/46/CE e com a Proposta, um alcance mais vasto, extensível a toda e qualquer violação do RGPD.

⁹ Artigo 77.º/1 da Proposta.

¹⁰ CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA, *General Data Protection Regulation Proposal: Preparation of a General Approach*, doc. 9657/15 (*General Approach*), 11 de junho de 2015, 244: “damage as a result of a processing which is not in compliance with this Regulation”.

¹¹ CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA, *General Data Protection Regulation Proposal*, 244, Nota 594: “EL raised strong concerns that the notion of “unlawful processing” as used in the 1995 Directive were not repeated here and feared that this would lower the level of protection”.

¹² CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA, *General Data Protection Regulation; Written debrief on Chapter VIII*, doc. 13606/15, de 30 de outubro de 2015, 3: “The European Parliament asks to have a reference to “or of an action” in Article 77(1) to have a broader scope. In order to avoid confusion with the term “processing”, the co-legislators tentatively agreed on a redrafting of this paragraph and refer to “an infringement of this Regulation””.

II. A versão final do artigo 82.º/1 contrasta com o conteúdo do artigo 82.º/2. Este último preceito circunscreve (i) a responsabilidade dos responsáveis pelo tratamento aos danos causados em virtude de tratamentos em que estejam envolvidos; e (ii) a responsabilidade dos subcontratantes a duas situações concretas: pelo não cumprimento de instruções emitidas pelos responsáveis pelo tratamento ou pelo não cumprimento de obrigações legais específicas — sempre no âmbito do tratamento de dados pessoais. Da leitura deste número 2 parece resultar que nem todas as violações do RGPD permitem acionar a responsabilidade do 82.º, mas somente as que sejam cometidas na decorrência de tratamentos de dados. Ora, as preocupações do Parlamento Europeu, assumidas por todas as partes nas discussões tripartidas, sustentam uma interpretação mais alargada: o artigo 82.º abrange tratamentos ilícitos, bem como violações de direitos, de obrigações ou de proibições legais que estejam indiretamente relacionadas com as atividades desenvolvidas pelos responsáveis e pelos subcontratantes.

III. O campo de aplicação material do artigo 82.º compreende, para além de violações dos RGPD, todos os outros tratamentos — na mesma aceção ampla — que violem os atos delegados e de execução adotados nos termos do RGPD, bem como o Direito dos Estados-Membros que dê execução a regras do RGPD¹³.

Por fim, o artigo 82.º não esgota os mecanismos de defesa que os lesados têm à sua disposição. Estes podem intentar ações de responsabilidade por violação de outras disposições legais, europeias ou nacionais, ou por violação de obrigações contratuais¹⁴.

3. Danos

I. Não consta do RGPD e dos extensos considerandos que o acompanham qualquer definição de dano. Esta ausência foi especialmente evidenciada no seio do Conselho, com vários Estados-Membros a indagarem se o Direito da União não havia já desenvolvido e consolidado este conceito. Na discussão que se seguiu, foram manifestadas duas posições antagónicas: (i) cabe aos Direitos internos determinar o que se entende por dano, tanto numa perspetiva teórica como numa perspetiva prática — posição assumida por vários Estados-Membros; e (ii) cabe ao TJUE interpretar o artigo 82.º e os conceitos aí contidos

¹³ Considerando 146, p. 5.

¹⁴ Considerando 146, p. 4.

— posição assumida pela Comissão¹⁵.

À ausência de um conceito consolidado de dano, no Direito europeu, acrescem dois outros fatores que dificultam a aplicação do artigo 82.º: (i) a complexidade inerente à própria quantificação dos danos efetivamente causados, partilhada por todos os sistemas jurídicos; e (ii) a atribuição de competência jurisdicional aos tribunais dos Estados-Membros, para dirimir este tipo de litígio, nos termos do artigo 82.º/6.

II. A atividade de interpretação dos tribunais dos Estados-Membros não é, todavia, livre. O RGPD estabelece algumas balizas que devem a todo o tempo ser respeitadas: (i) o conceito de dano deve ser interpretado em sentido lato, à luz da jurisprudência do TJUE¹⁶; (ii) os objetivos do RGPD devem ser plenamente respeitados¹⁷; e (iii) todos os danos devem ser ressarcidos¹⁸, incluindo os danos materiais e os danos imateriais¹⁹.

III. Em matéria de responsabilidade civil, o TJUE há muito que impõe, aos tribunais dos Estados-Membros, o cumprimento de dois princípios nucleares: o da equivalência e o da efetividade²⁰. O primeiro, determina que os órgãos jurisdicionais nacionais ao aplicarem Direito europeu não podem colocar os sujeitos lesados numa situação pior do que a que estariam se fosse aplicada uma disposição interna análoga. O segundo, impede que sejam colocados entraves que obstaculizem o exercício efetivo dos direitos reconhecidos pelo Direito europeu.

Numa perspetiva concretizadora, o valor da indemnização deve adequar-se ao prejuízo sofrido²¹ e compensar integralmente os danos efetivamente causados²². Isso mesmo é reconhecido no Considerando 146, p 6: “Os titulares dos dados deverão ser integral e efetivamente indemnizados pelos danos que tenham sofrido”.

A decisão do tribunal deve, ainda, produzir um efeito dissuasor

¹⁵ *General Approach*, 244, nota 592.

¹⁶ Considerando 146, p. 3.

¹⁷ Considerando 146, p. 3.

¹⁸ Considerando 146, p. 1.

¹⁹ Artigo 82.º/1.

²⁰ TJUE 17-nov.-1998, proc. C-228/96 (*Aprile*), [18]; TJUE 6-out.-2015, proc. C-228/96 (*Târşia*), [27]; TJUE 7-mar.-2018, proc. C-494/16 (*Santoro*), [30].

²¹ TJUE 5-mar.-1996, proc. C-46/93 e C-48/93 (*Brasserie du pêcheur*), [90].

²² TJUE 2-ago.-1993, proc. C-271/91 (*Marshall*), [26]; TJUE 17-dez.-2015, proc. C-407/14 (*Arjona Camacho*), [31].

real sem, todavia, assumir uma função punitiva²³, salvo se o Direito nacional em concreto aplicável conhecer este tipo de sanção para situações similares²⁴.

IV. A Proposta da Comissão, no seguimento da D 95/46/CE, limitava-se a afirmar que os lesados tinham direito a ser indemnizados pelos prejuízos sofridos, sem se pronunciar, em concreto, quanto à natureza dos danos abrangidos²⁵.

Foram várias as entidades europeias, chamadas a pronunciar-se sobre a Proposta, que defenderam a expressa referência aos danos morais: o Parlamento Europeu — “inclusive de natureza não-pecuniária”²⁶; a Comissão do Mercado Interno e da Proteção dos Consumidores — “material ou imaterial” e “qualquer dano emocional”²⁷; e a Autoridade Europeia para a Proteção de Dados — “imaterial damage or distress”²⁸.

A menção aos danos morais (danos imateriais) justifica-se plenamente, em face dos bens jurídicos acautelados pelo Direito da proteção de dados²⁹. A sua positivação veio, para mais, por termo às dúvidas existentes, durante a vigência da D 95/46/CE³⁰.

V. Como exemplos de danos materiais (patrimoniais), contam-se: (i) o aumento dos custos finais cobrados por um serviço prestado, na decorrência da transmissão ilícita de dados por um terceiro para o prestador³¹; (ii) a não celebração de um contrato de trabalho ou o despedimento na decorrência da recolha ilícita de dados pessoais, pela

²³ TJUE 10-abr.-1984, proc. C-14/83 (*von Colson e Kamann*), [23]; TJUE 2-ago.-1993, proc. C-271/91 (*Marshall*), [24]; TJUE 22-abr.-1997, proc. C-180/95 (*Draehmpaehl*), [25]; TJUE 17-dez.-2015, proc. C-407/14 (*Arjona Camacho*), [37].

²⁴ TJUE 13-jul.-2006, C-295/04 a C-298/04 (*Manfredi*), [93].

²⁵ Proposta, artigo 77.º/1.

²⁶ PARLAMENTO EUROPEU, *Relatório sobre a proposta de regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados (regulamento geral de proteção de dados)*, 21-nov.-2013, 182.

²⁷ *Relatório sobre a proposta de regulamento do Parlamento Europeu*, 532.

²⁸ AUTORIDADE EUROPEIA PARA A PROTEÇÃO DE DADOS, *Opinion on the data protection reform package*, 7 de março de 2012, 44, [272].

²⁹ AUTORIDADE EUROPEIA PARA A PROTEÇÃO DE DADOS, *Opinion on the data protection reform package*, 44, [272].

³⁰ Peter GOLA / Christoph KLUG / Barbara KÖRFFE, “Anotação ao artigo 7 do BDSG” in GOLA / SCHOMERUS, *Bundesdatenschutzgesetz Kommentar*, 12.ª ed., Munique: Beck, 2015, Rn. 12: com referências doutrinárias defensoras das duas posições: apenas danos patrimoniais ou também danos morais.

³¹ Paul NEMITZ, “Anotação ao artigo 82.º do RGPD”, in EHMANN / SELMAYR, *Datenschutz-Grundverordnung Kommentar*, 2.ª ed., Munique: Beck, 2018, Rn. 12.

entidade patronal, relativos ao candidato³²; (iii) a utilização ilícita de dados pessoais por entidades financeiras, com um impacto negativo nas condições apresentadas ao titular, por exemplo nos juros cobrados ou no valor do prémio do seguro³³; e (iv) a não retificação (artigo 16.º) ou o não apagamento de dados (artigo 17.º).

Quanto aos danos imateriais (morais) mais comuns, são idênticos aos conhecidos do universo do direito à intimidade da vida privada: a exposição pública não pretendida³⁴, a ansiedade³⁵ e a discriminação daí decorrentes, a objetivação do ser humano, enquanto mero dado, ou a inibição do desenvolvimento da personalidade³⁶.

4. Causalidade

I. A responsabilidade civil por violação do RGPD apenas poderá ocorrer se entre esta violação e os danos produzidos na esfera jurídica do lesado existir um nexo de causalidade. A utilização das expressões “devido a”³⁷, “causados pelo”³⁸ e “em virtude de”³⁹ é esclarecedora.

Apesar de do Considerando 146, p. 3 apenas constar o termo dano, é evidente que o conceito de causalidade deve igualmente “ser interpretado (*pelos tribunais dos Estados-Membros*)⁴⁰ em sentido lato e à luz da jurisprudência do Tribunal de Justiça, de uma forma que reflita plenamente os objetivos do presente regulamento”⁴¹. Também neste âmbito, devem os órgãos jurisdicionais nacionais atuar no estrito cumprimento dos princípios da equivalência e da efetividade, acima analisados⁴².

³² Bernhard KRESSE, “Anotação ao artigo 82.º do RGPD”, in SYDOW, *Europäische Datenschutzgrundverordnung*, 2.ª ed., Baden-Baden: Nomos, 2018, Rn. 5.

³³ Matthias BERGT, “Anotação ao artigo 82.º do RGPD”, in KÜHLING / BUCHNER, *Datenschutz-Grundverordnung, Bundesdatenschutzgesetz Kommentar*, 2.ª ed., Munique: Beck, 2018, Rn. 19.

³⁴ Paul NEMITZ, “Anotação ao artigo 82.º do RGPD”, Rn. 13.

³⁵ AUTORIDADE EUROPEIA PARA A PROTEÇÃO DE DADOS, *Opinion on the data protection reform package*, 272.

³⁶ Philip LAUE / Judith NINK / Sascha KREMER, *Das neue Datenschutzrecht in der betrieblichen Praxis*, Baden-Baden: Nomos, § 11, Rn. 6; Tim WYBITUL / Detlef HASS / Jan Philipp ALBRECHT, „Abwehr von Schadensersatzansprüchen nach der Datenschutz-Grundverordnung“, *NJW* (2018) 113-118, 114.

³⁷ Artigo 82.º/1.

³⁸ Artigo 82.º/2.

³⁹ Considerando 146, p. 1.

⁴⁰ Artigo 82.º/6.

⁴¹ Em idêntico sentido: BERGT, “Anotação ao artigo 82.º do RGPD”, Rn. 41.

⁴² TJUE 5-jun.-2014, proc. C-557/12 (*Kone*), [24] s.

O TJUE, sem se imiscuir das competências dos tribunais nacionais, é claro em rejeitar a necessidade de um nexos causal direto entre o dano e a violação do RGPD⁴³.

§ 2.º Sujeitos

5. Lesados

I. O artigo 82.º/1 inicia-se com a expressão “qualquer pessoa que tenha sofrido danos”. O legislador europeu podia ter optado por utilizar os termos “qualquer titular” ou mesmo “qualquer pessoa singular”, mas não o fez. Do ponto de vista interpretativo, não pode o intérprete-aplicador ignorar a escolha destas palavras.

Em abstrato, são possíveis, como resulta do que ora se afirmou, três interpretações distintas: o artigo 82.º pode ser invocado (*i*) por todas as pessoas coletivas e singulares; (*ii*) apenas por pessoas singulares; ou (*iii*) somente pelos titulares de dados visados.

A doutrina especializada alemã mostra-se dividida entre as duas últimas soluções: pessoas singulares⁴⁴ ou titulares de dados⁴⁵, conquanto a maioria dos autores pareça inclinar-se para esta segunda hipótese. Não encontramos qualquer autor que defendesse a extensão do artigo 82.º às pessoas coletivas.

II. Os defensores da solução mais restrita — apenas os titulares dos dados podem invocar o artigo 82.º — sustentam a sua posição nos seguintes argumentos principais⁴⁶: (*i*) o Considerando 146, p. 6 apenas menciona os titulares dos dados; (*ii*) o RGPD tem como propósito últi-

⁴³ TJUE 5-jun.-2014, proc. C-557/12 (*Kone*), [33].

⁴⁴ BERGT, “Anotação ao artigo 82.º do RGPD”, Rn. 13-15; Sabine QUAAS, “Anotação ao artigo 82.º do RGPD”, in Stefan BRINK / Heinrich Amadeus WOLFF, coord., *BeckOK Datenschutzrecht*, 25.ª ed., Munique: Beck, 2018, Rn. 37; LAUE / NINK / KREMER, *Das neue Datenschutzrecht in der betrieblichen Praxis*, § 11, Rn. 7.

⁴⁵ Peter GOLA / Carlo PLITZ, “Anotação ao artigo 82.º do RGPD” in GOLA, *Datenschutz-Grundverordnung Kommentar*, 2.ª ed., Munique: Beck, 2018, Rn. 10; KRESSE, “Anotação ao artigo 82.º do RGPD”, Rn. 9-11; Eike Michael FRENZEL, “Anotação ao artigo 82.º do RGPD”, in PAAL / PAULY, *Datenschutz-Grundverordnung — Bundesdatenschutzgesetz Kompakt-Kommentare*, 2.ª ed., Munique: Beck, 2018, Rn. 7; Thomas BECKER, “Anotação ao artigo 82.º do RGPD”, in PLATH, *DSGVO/BDGS Kommentar*, 3.ª ed., Colónia: Dr. Otto Schmidt, 2018, 645, Rn. 2; Jürgen HARTUNG / Lisa BÜTTGEN, *Sanktionen und Haftungsrisiken nach der DSGVO*, WPg, 2017, 1152-1158, 1156.

⁴⁶ KRESSE, “Anotação ao artigo 82.º do RGPD”: Autor que melhor sustenta esta posição.

mo proteger os direitos dos titulares de dados pessoais; *(iii)* o legislador poderia ter utilizado as expressões pessoas singulares e coletivas, como o fez, por exemplo, no do artigo 78.º/1, mas optou por uma expressão distinta; *(iv)* o número 2 do artigo 82.º circunscreve as ações de responsabilidade a danos causados por tratamentos de dados pessoais, o que pressupõe uma ligação intrínseca entre os danos causados e o titular lesado; *(v)* as obrigações impostas aos responsáveis pelo tratamentos e aos subcontratantes visam proteger os interesses dos titulares de dados e não os interesses de terceiros; e *(vi)* a referência, no número 2 do artigo 82.º, aos danos morais exclui, por maioria de razão, as pessoas coletivas.

III. Apesar dos ponderosos argumentos apresentados, não conseguimos acompanhar esta interpretação, pelas seguintes razões⁴⁷: *(i)* se é verdade que o Considerando 146, p. 6, apenas menciona pessoas singulares, é igualmente inegável que a p. 1 do mesmo considerando refere que “o responsável pelo tratamento ou o subcontratante deverão reparar quaisquer danos de que *alguém* possa ser vítima”; *(ii)* os propósitos do RGPD não se circunscrevem à proteção dos dados pessoais dos titulares, o artigo 1.º é claro quanto aos objetivos prosseguidos: proteção dos direitos e das liberdades fundamentais das pessoas singulares, nomeadamente o seu direito à proteção de dados pessoais e a promoção da livre circulação de dados pessoais no interior da União Europeia; *(iii)* no artigo 32.º/4 é utilizada a expressão “qualquer pessoa singular”, enquanto no artigo 82.º/1 é empregue “qualquer pessoa”, termo necessariamente mais genérico e abrangente; *(iv)* a passagem “pelos danos causados por um tratamento” (82.º/2) não exclui, só por si, danos causados a terceiros, em virtude de um tratamento, embora se reconheça que a demonstração dessa causalidade é, aqui, mais complexa e delicada; *(v)* o RGPD impõe, aos responsáveis e aos subcontratantes, deveres específicos para com cada titular de dados, mas também deveres genéricos, nomeadamente de organização interna, cuja imposição visa acautelar um número indeterminado de sujeitos; e *(vi)* da análise às várias versões preliminares do RGPD dificilmente se pode retirar que a inclusão do termo danos imateriais teve como propósito excluir as pessoas coletivas do campo de aplicação do artigo 82.º/2, mas apenas esclarecer que também esses danos devem ser tidos em consideração.

Não encontramos qualquer argumento decisivo, de índole literal, sistemática, histórica ou teleológica que justifique circunscrever o ar-

⁴⁷ BERGT, “Anotação ao artigo 82.º do RGPD”: Autor que melhor sustenta esta posição.

tigo 82.º aos titulares de dados, pelo contrário. Tanto o texto, como o espírito do RGPD apontam no sentido da proteção de todos os direitos e liberdades fundamentais das pessoas singulares, sem exceção. Em caso de dúvida, como manifestamente parece ser o caso, cabe aos tribunais assumir a solução que melhor acautele os direitos das pessoas singulares. Naturalmente, como já se referiu, que o preenchimento dos elementos do artigo 82.º, em especial o nexo de causalidade, são, em relação a terceiros, de mais difícil preenchimento.

Em relação às pessoas coletivas e embora nos inclinemos para a sua exclusão, não vemos qualquer benefício em assumir essa posição em absoluto. A novidade da matéria aconselha que se aguarde pelos casos reais que irão certamente chegar aos tribunais nacionais e europeus e, só então, pesar as vantagens e as desvantagens da sua invocação.

6. Agentes prevaricadores: enquadramento

I. O recurso ao artigo 82.º está limitado a danos causados por duas categorias de sujeitos: os responsáveis pelo tratamento e os subcontratantes.

Está circunscrição não impossibilita que os lesados interponham ações por violações do seu direito à identidade informacional contra outros, mas somente que não o poderão fazer por intermédio deste preceito. Poderão sempre recorrer à demais legislação europeia ou nacional⁴⁸. No caso do Direito português, o artigo 483.º do CC apresenta-se como o caminho mais evidente.

II. Por responsável pelo tratamento entende-se, nos termos do artigo 4.º, 1), (i) a pessoa singular ou coletiva, a autoridade pública, a agência ou outro organismo; (ii) que, individualmente ou em conjunto; (iii) determina as finalidades e os meios de tratamento de dados pessoais⁴⁹.

O primeiro elemento deve ser interpretado de forma lata: é indiferente a natureza da pessoa — singular ou coletiva, privada ou

⁴⁸ Mafalda Miranda BARBOSA, “Data controllers e data processors: da responsabilidade pelo tratamento de dados à responsabilidade civil”, RDCOM (15-mar.-2018) 416-486, 443 s.

⁴⁹ GT29, *Opinion 1/2010 on the concepts of “controller” and “processor”* (WP 169), 16-fev.-2010, 7 ss; Manfred MONREAL, “Der für die Verarbeitung Verantwortliche” — das unbekannte Wesen des deutschen Datenschutzrechts — Mögliche Konsequenzen aus einem deutschen Missverständnis, ZD 4 (2014) 611-616, 612 s.

pública —, a forma que em concreto assume⁵⁰ ou sequer se, numa perspetiva formal, as finalidades e os meios de tratamento foram determinados pelo sujeito com as competências necessárias⁵¹, i.e., pode ser um responsável de direito ou de facto. A identificação do responsável é determinante para saber a quem imputar os deveres e as responsabilidades previstas no RGP⁵². No caso das pessoas coletivas, o responsável é a própria pessoa e não o funcionário ou o representante que em concreto determina as finalidades ou os meios de tratamento. Naturalmente, que contra esse funcionário ou representante podem ser invocados os mecanismos civis, criminais e contraordenacionais disponibilizados pelo sistema, em especial se se demonstrar tratar-se do responsável de facto⁵³.

No âmbito do segundo elemento, que se apresenta como um corolário lógico da realidade contemporânea e da extensão assumida pelo conceito de tratamento⁵⁴, importa distinguir os tratamentos desenvolvidos em conjunto, i.e., com as mesmas finalidades, dos tratamentos autónomos relativos aos mesmos dados pessoais. Apenas os primeiros são reconduzíveis à ideia de “conjunto”⁵⁵.

O terceiro elemento, para além do papel que assume na identificação do sujeito que efetivamente assume a posição de responsável pelo tratamento, é decisivo para a concretização de inúmeros preceitos do RGPD; por exemplo: os dados pessoais devem ser recolhidos para finalidades determinadas, 5.º/1, *b*); o consentimento deve ser manifestado a propósito de finalidades específicas, 6.º/1, *a*); ou o titular dos dados tem o direito a conhecer as finalidades que subjazem ao seu tratamento, 15.º/1. A parte final do preceito remete-nos para a possibilidade de as finalidades serem determinadas por Lei.

III. A pessoa do subcontratante — cuja definição consta do artigo 4.º, 8) — não se confunde com a do responsável pelo tratamento. Tratam-se de sujeitos distintos, com autonomia jurídica e fática. De modo idêntico ao que se verifica para o responsável pelo tratamento, a natureza jurídica ou a forma assumida pelo subcontratante é irrelevante, para efeitos de aplicação do RGPD.

O subcontratante é, na realidade, um mandatário do responsável

⁵⁰ O Considerando 22 pode aqui ser invocado.

⁵¹ GT29, *Opinion 1/2010*, 15.

⁵² Em especial, artigos 24.º e s.

⁵³ GT29, *Opinion 1/2010*, 16.

⁵⁴ Veja-se o disposto no artigo 4.º, 2).

⁵⁵ GT29, *Opinion 1/2010*, 18 s.: com vários exemplos esclarecedores.

pelo tratamento, atuando por conta deste último⁵⁶. O subcontratante desempenhará ainda, por maioria de razão, uma função fiduciária: está obrigado a atuar sempre no melhor interesse do beneficiário da relação — o responsável pelo tratamento⁵⁷.

Nem sempre é fácil determinar se um sujeito em concreto é um responsável ou um subcontratante. Os seguintes indícios apontam no sentido da primeira categoria⁵⁸: (i) a liberdade para utilizar os dados pessoais segundo a sua própria vontade; (ii) a conjugação dos dados recebidos com dados anteriormente já detidos; (iii) a possibilidade de utilizar os dados para outros fins que não os inicialmente estabelecidos; (iv) a recolha direta dos dados junto dos respetivos titulares; e (v) a assunção de responsabilidades autónomas pelo tratamento dos dados.

IV. Por terceiro entende-se todo aquele que não seja parte integrante de um contrato relativo a dados pessoais ou que seja estranho ao seu processamento. À luz do artigo 4.º, 10, não são terceiros: os titulares dos dados, os responsáveis pelo tratamento, os subcontratantes e todos os demais sujeitos que se encontrem, formal ou substancialmente, na dependência ou na estrutura destes dois últimos. Apesar de, por princípio, os terceiros serem estranhos às relações sujeitas ao RGPD, o diploma atribui, pontualmente, juridicidade aos seus interesses⁵⁹.

7. A responsabilidade do responsável pelo tratamento

O responsável pelo tratamento é, nos termos da primeira parte do artigo 82.º/2, passível de ser responsabilizado desde que esteja envolvido num tratamento que viole o RGPD. O sistema não exige que o responsável assuma um papel nuclear na produção dos danos causados, nem sequer decisivo. Na prática, o responsável pelo tratamento poderá ser responsabilizado mesmo não tendo causado qualquer dano ao sujeito lesado. Assim, a transmissão lícita de dados para um terceiro que os processa de modo ilícito, bem com a receção de dados obtidos ilicitamente, sem o seu conhecimento diligente, podem sustentar a responsabilidade do responsável pelo tratamento⁶⁰.

Naturalmente, que em ambos os casos poderá o responsável recorrer ao número 3 do artigo 82.º.

⁵⁶ Artigo 1157.º do cc: “Mandato é o contrato pelo qual uma das partes se obriga a praticar um ou mais atos jurídicos por conta da outra”.

⁵⁷ A. Barreto Menezes CORDEIRO, *Relações fiduciárias: por uma doutrina unitária*, 2017 (blook).

⁵⁸ Paul VOIGT / Axel VON DEM BUSSCHE, *The EU General Data Protection Regulation (RGPD): A Practical Guide*, Springer, 2017, 19.

⁵⁹ Artigos 6.º/1, f); 13.º/1, d) ou 14.º/2, d).

⁶⁰ FRENZEL, “Anotação ao artigo 82.º do RGPD”, Rn. 13.

8. A responsabilidade do subcontratante

I. A responsabilidade dos subcontratantes é uma das novidades do RGPD. O artigo 23.º da D 95/45/CE apenas previa a responsabilidade dos responsáveis pelo tratamento. A extensão da responsabilidade aos subcontratantes, que constava já da Proposta da Comissão, foi acolhida sem especiais críticas. Apenas a Comissão da Indústria, da Investigação e da Energia se mostrou contrária a esta solução⁶¹.

II. Os subcontratantes, ao contrário do que se verifica com os responsáveis, apenas podem ser responsabilizados em duas situações concretas: (i) por violação de obrigações decorrentes do RGPD, que lhes sejam especificamente dirigidas; e (ii) por incumprimento das instruções lícitas recebidas por parte do responsável pelo tratamento.

O grosso das obrigações específicas dos subcontratantes encontra-se positivado no artigo 28.º, mas também, sem propósitos exaustivos, nos artigos 29.º, 32.º, 37.º e 38.º. A violação destes e de outros preceitos, desde imponham ou proíbam determinadas condutas diretamente aos subcontratantes, permitem que o sujeito lesado faça uso do mecanismo de responsabilidade civil previsto no artigo 82.º.

III. Atuando o subcontratante sempre por conta do responsável, justifica-se, por inteiro, que a sua atuação se encontre condicionada às instruções do responsável, nos termos do artigo 28.º/3, a).

O subcontratante não é, todavia, um autómato: cabe-lhe respeitar as obrigações impostas pelo RGPD e os direitos dos titulares dos dados, se necessário contrariando as instruções recebidas. De resto, o artigo 28.º/3 impõe, ao subcontratante, a obrigação de informar o responsável se considerar que as instruções violam o RGPD ou outras disposições europeias ou nacionais. O subcontratante apenas poderá ser responsabilizado se não cumprir instruções lícitas, artigo 82.º/2.

O subcontratante que, seguindo as instruções do responsável, viole o RGPD ou demais legislação extravagante poderá ser responsabilizado, desde que dessa atuação resulte a violação de uma obrigação específica.

§ 3.º Aspetos probatórios

9. O afastamento da culpa

I. A Proposta da Comissão previa já a possibilidade de o responsável pelo tratamento ou o subcontratante se exonerarem da respon-

⁶¹ Relatório, 400.

sabilidade decorrente do artigo 82.º — então artigo 77.º —, total ou parcialmente, se provassem que o facto que causou o dano não lhes era imputável⁶². Pretende-se, deste modo, acautelar a posição da parte mais frágil⁶³.

Esta primeira versão, não modificada pelo Parlamento Europeu, foi objeto de importantes alterações no seio do Conselho: (i) foi retirada a referência ao “total ou parcialmente” — deixando, na prática, de ser admitida uma desresponsabilização meramente parcial; e (ii) a exoneração da responsabilidade apenas passa a ser admitida na medida em que se provar que o facto causador do dano não possa ser, de todo, imputável ao responsável pelo tratamento ou ao subcontratante⁶⁴. Ambas as sugestões seriam, com ligeiros aperfeiçoamentos linguísticos, conservadas na versão final do RGPD.

II. A utilização, na versão portuguesa, da expressão “não é de modo algum responsável pelo evento” pode causar algumas dificuldades interpretativas, em face do preenchimento específico que o termo responsável assume no âmbito do RGPD⁶⁵. A locução assume, aqui, o sentido de imputabilidade em tudo semelhante ao contido no artigo 799.º/1 do cc. Todavia, da mesma forma que a presunção prevista no artigo 799.º/1 do cc não consubstancia apenas uma presunção de culpa⁶⁶, também o alcance do artigo 82.º/3 não se circunscreve a este universo⁶⁷. A não responsabilização, em concreto, dos responsáveis pelo tratamento ou dos subcontratantes ocorrerá sempre que consigam afastar a ilicitude e a culpa dos seus atos e omissões ou demonstrar não terem os seus comportamentos contribuído (nexo causal), de forma alguma, para a ocorrência dos danos.

Vejam os alguns exemplos: (i) um terceiro acede, ilicitamente, aos dados recolhidos, mas o responsável ou o subcontratante demonstram terem cumprido todas as regras de seguranças previstas no artigo 32.º;

⁶² Artigo 77.º/3 da Proposta.

⁶³ Mafalda Miranda BARBOSA, “Data controllers e data processors”, 432.

⁶⁴ *General Approach*, 245.

⁶⁵ Esta dificuldades é partilhada, de forma algo mitigada, pela versão alemã: BERGT, “Anotação ao artigo 82.º do RGPD”, Rn. 49; FRENZEL, “Anotação ao artigo 82.º do RGPD”, Rn. 15.

⁶⁶ Veja-se, sobre este ponto, o nosso *Responsabilidade civil do intermediário financeiro em Responsabilidade civil — cinquenta anos em Portugal, quinze anos no Brasil*, II, in Mafalda Miranda BARBOSA / Francisco MUNIZ, coord., Coimbra, IJ, 2018.

⁶⁷ A maioria da doutrina alemã tende a resumir o artigo 82.º/3 a um problema de culpa: BERGT, “Anotação ao artigo 82.º do RGPD”, Rn. 51 s.; QUAAS, “Anotação ao artigo 82.º do RGPD”, Rn. 17. Com posição idêntica à por nós defendida: KRESSE, “Anotação ao artigo 82.º do RGPD”, Rn. 18.

(ii) um terceiro divulga os dados transmitidos pelo responsável, mas prova, em juízo, ter sido feita com o consentimento dos respetivos titulares e no estrito cumprimento de todas as exigências impostas pelo RGPD; ou (iii) os danos podem mesmo não poder, de todo, ser imputáveis a qualquer pessoa: *Act of God*⁶⁸.

10. Responsabilidade solidária e direito de regresso

I. A Proposta da Comissão previa, de forma direta e inequívoca, a responsabilidade conjunta e solidária de todos os responsáveis pelo tratamento e subcontratantes envolvidos no tratamento de dados.

O Parlamento Europeu, embora concordando com esta solução, sugere um acrescento: a possibilidade de os sujeitos envolvidos no tratamento acordarem, por escrito e nos termos do então artigo 24.º — artigo 26.º da versão final do RGPD —, numa divisão das responsabilidades⁶⁹. Esta mesma alteração foi suportada, individualmente, pela Comissão Parlamentar da Indústria, da Investigação e da Energia⁷⁰.

O texto da Proposta da Comissão seria totalmente revisto pelo Conselho que, sem qualquer razão aparente, decide afastar as expressões “conjunta e solidária”⁷¹, já com uma sólida tradição no Direito Europeu. Durante as negociações tripartidas, o Parlamento Europeu viria a concordar com a não inclusão de ambas as locuções⁷².

II. Apesar de do texto legal não constarem as expressões “conjunta e solidária” é manifesto ser essa a intenção do legislador, tanto à luz de uma interpretação literal, como de uma interpretação teleológica. O preceito permite que um sujeito que tenha sido lesado por vários responsáveis ou subcontratantes, no âmbito do mesmo tratamento, responsabilize apenas um dos agentes⁷³. Pretende-se, deste modo, acautelar a posição jurídica dos titulares dos dados, necessariamente mais frágil.

O Considerando 146, p. 8 consagra uma importante exceção ao artigo 82.º/4: “Porém, se os processos forem associados a um mesmo processo judicial, em conformidade com o direito dos Estados-Membros, a indemnização poderá ser repartida em função da responsabilidade que caiba a cada responsável pelo tratamento ou subcontratante pelos danos

⁶⁸ Considerando 55 da D 95/46/CE: “força maior”.

⁶⁹ *Relatório*, 183.

⁷⁰ *Relatório*, 400.

⁷¹ *General Approach*, 245.

⁷² CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA, *General Data Protection Regulation: Chapter VIII*, doc. 12965/15, 16 de outubro de 2015, 3.

⁷³ Considerando 146, p. 7.

causados em virtude do tratamento efetuado, na condição de ficar assegurada a indemnização integral e efetiva do titular dos dados pelos danos que tenha sofrido⁷⁴. Contudo, temos dúvidas, por se tratar de uma exceção ao texto legal não acompanhada de qualquer justificação, que este Considerando possa ser invocado pelos tribunais nacionais.

III. O artigo 82.º/5 atribui, tanto aos responsáveis como aos subcontratantes, um direito de regresso sobre os demais agentes.

Este preceito não constava da Proposta da Comissão, nem da revisão do Parlamento Europeu. O direito de regresso foi primeiro avançado pela Comissão dos Assuntos Jurídicos, mas somente para os subcontratantes⁷⁵. Coube ao Conselho sugerir a sua extensão aos responsáveis pelo tratamento⁷⁶.

11. Conclusões

O artigo 82.º introduziu importantes novidades no regime da responsabilidade civil do Direito europeu da proteção de danos: *(i)* os lesados podem responsabilizar diretamente os subcontratantes pelos danos causados; *(ii)* a exoneração da responsabilidade, pelos responsáveis ou pelos subcontratantes, tornou-se mais complicado: exige-se hoje um afastamento de qualquer relação com os danos causados (“não é de modo algum”); *(iii)* e o número 4 prevê um mecanismo de responsabilidade solidária. Todas estas alterações vieram beneficiar os titulares de dados e os demais sujeitos prejudicados por violações do RGPD.

Apesar destas evidentes melhorias, o artigo 82.º continua a demonstrar importantes fragilidades, nomeadamente, a de caber aos lesados provar o preenchimento dos três requisitos da responsabilidade civil — ilicitude, dano e nexo de causalidade — o que poderá não ser tarefa fácil, e o facto de o regime apenas cobrir os danos *per se*, não tendo qualquer função punitiva. A estes fatores, intrínsecos à própria modalidade positivada no artigo 82.º e que desincentivam a sua invocação, acresce o facto de os lesados terem à sua disposição os regimes nacionais de responsabilidade obrigacional. Estes, para além de abrangerem a grande maioria dos danos causados aos titulares de dados, consagram, por regra, um regime probatório mais. Por fim, as pesadas coimas previstas no RGPD tornam as ações de responsabilidade contraordenacional mais propícias a dissuadir a repetição das atuações ilícitas.

⁷⁴ Sugerido pelo Reino Unido: *General Approach*, 245, nota 596.

⁷⁵ *Relatório*, 640.

⁷⁶ *General Approach*, 245.

ERRO-VÍCIO CULPOSO E A FORMAÇÃO DA VONTADE NAS PESSOAS COLETIVAS¹

DIOGO COSTA GONÇALVES

Nestas II *Jornadas Luso-Brasileiras de Responsabilidade Civil*, proponho-me abordar a possibilidade de existência de erro *erro-vício culposo* na formação da vontade das pessoas coletivas.

Sendo o declarante uma pessoa coletiva, poder-se-á predicar a existência de um estado subjetivo de desconhecimento ou ignorância, quando a falsa percepção da realidade se ficou a dever à violação, pela pessoa coletiva em causa, da diligência normativamente exigível na formação da sua própria vontade negocial?

O tema, com inegável relevância prática, parece-me especialmente oportuno, por diversas razões. Desde logo, porque se encontra arreado dos roteiros expositivos da Teoria Geral do Direito Civil, que tratam da formação da vontade negocial ignorando as especificidades que se colocam ao interprete-aplicador sempre que o declarante é uma pessoa coletiva².

Existe, poderíamos dizê-lo, o *mito metodológico* de equiparação

¹ O presente artigo corresponde ao texto que serviu de base à nossa intervenção nas II *Jornadas Luso-Brasileiras de Responsabilidade Civil*, que teve lugar Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, no dia 08-nov.-2018. Optou-se por manter a marca da oralidade, acrescentando apenas as notas imprescindíveis para uma leitura mais contextualizada.

² José de Oliveira ASCENSÃO, *Direito Civil Teoria Geral*, II, 2003, 136 s.; António Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, 4.^a ed., 2014, 123 s.; Luís A. Carvalho FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, II, 5.^a ed., 2010, 277 s.; Heinrich Ewald HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português*, 1992, 433 s.; Carlos Alberto da Mota PINTO / António Pinto MONTEIRO / Paulo Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.^a ed., 2005, 413 s.; Pedro Pais de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 8.^a ed., 2017, 401 s. e 573 s.

entre pessoas singulares e coletivas em sede de formação e interpretação do negócio jurídico. Ninguém ignora que o *casus* conhece uma textura problemática distinta em função da natureza dos sujeitos em causa³; porém, o modelo de decisão tende a ser unitário, como que ficcionando a inexistência daquelas diferenças que todos sabemos existirem.

Do mesmo modo, o arquétipo legal do declarante é invariavelmente a pessoa singular. Mais: por regra, a pessoa singular que celebra um negócio jurídico bilateral, de execução imediata. Se as limitações impostas por tal arquétipo legal vêm sendo apontadas com frequência em sede de interpretação dos negócios jurídicos⁴, os constrangimentos aplicativos que se colocam em sede de formação da vontade tendem a ser ignorados.

Ora, o *erro-vício culposus* é um exemplo paradigmático de como, nesta sede, o modelo decisório não pode ser unitário. Os problemas suscitados pela formação da vontade das pessoas coletivas exigem uma resposta dogmática diversa daquela que normalmente é apontada para as pessoas singulares.

Neste sentido, o erro-vício culposus pode muito bem representar uma hipótese de demonstração da falsidade de uma certa orientação dogmática que, colocada diante das particularidades da formação da vontade das pessoas coletivas, não logra aquela dimensão explicativa e heurística que Canaris assinala como a marca de água de qualquer tese jurídica⁵.

Em segundo lugar, o tema é especialmente oportuno se tivermos em conta que nos encontramos numa jornada *lusobrasileira*. Pese embora a marcada influência do Código Civil português na elaboração do Código Civil brasileiro⁶, a verdade é que em sede de erro na formação da vontade a influência determinante foi do *codice civile* italiano.

³ Quanto à origem e natureza da pessoa coletiva, veja-se o nosso *Pessoa coletiva e sociedades comerciais — Dimensão problemática e coordenadas sistemáticas da personificação jurídico-privada*, 2015, *passim*.

⁴ Conferir, a título de exemplo, as críticas de António Menezes CORDEIRO, *Direito das Sociedades*, I, 3.^a ed., 2011, 494-499; e de Manuel Carneiro da FRADA, “Sobre a interpretação do contrato”, in *Forjar o Direito*, 2015, 15.

⁵ Claus-Wilhelm CANARIS, “Funktion, Struktur und Falsifikation juristischer Theorien”, in *Juristenzeitung* 48 (1993) 8, 378 s.

⁶ Sobre o processo de codificação civil brasileiro veja-se o nosso “Contributo para o estudo da pessoa jurídica no Direito civil brasileiro”, *Civilistica.com* 5 (2016), I, disponível em <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/07/Goncalves-civilistica.com-a.5.n.1.2016.pdf>>; e Rui de Figueiredo MARCOS / Carlos Fernando MATHIAS / Ibsen NORONHA, *História do Direito Brasileiro*, 2015, 571-596. Veja-se ainda António Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, 845-847. Para a discussão teórica sobre a existência de uma família jurídica lusófona, Benjamin HERZOG, *Anwendung und Auslegung von Recht in Portugal um Brasilien*, 2014, 29-34.

Daqui resulta que o mesmo problema conhece, no Brasil e em Portugal, soluções normativas distintas, como a seu tempo veremos, o que torna o diálogo inter-atlântico tanto mais interessante quanto necessário.

Tenho a honra de proferir esta conferência na vetusta Universidade de Coimbra, verdadeira *alma mater* da universidade portuguesa e de tantas escolas da lusofonia.

Cumprimento, com sincera admiração pessoal e académica, o Senhor Doutor António Pinto Monteiro, que preside a esta mesa, e na sua pessoa o colégio dos doutores desta Faculdade de Direito. Cumprimento também os Senhores Doutores Paulo Mota Pinto e Filipe Albuquerque de Matos com quem partilho este painel e agradeço, penhorado, à Senhora Doutora Mafalda Miranda Barbosa, o amável convite que me dirigiu.

1. O caso da «*exploração de minério*»

Partamos de um caso hipotético, que nos sirva de mote nesta reflexão.

Suponhamos que durante o ano de 2018, *P1* alienou a *P2* a participação qualificada de 90% que detinha na sociedade *Alfa*, concessionária de uma exploração de minério. Do contrato de compra e venda de ações constava uma cláusula compromissória. Meses mais tarde, *P2* veio promover a constituição do tribunal arbitral, pedindo a anulação da compra e venda de ações com fundamento em erro.

Alegou, para o efeito, o desconhecimento de certos factos essenciais respeitantes à concessão — único objeto da sociedade *Alfa* —, conhecimento esse que, a existir, teria inviabilizado a celebração do negócio.

P1 sustenta que o conhecimento de tais factos podia ter sido adquirido por *P2* durante a fase das negociações da compra e venda de ações.

Admitamos, numa primeira hipótese, que *P2* é uma pessoa singular e, seguidamente, que é uma sociedade comercial.

2. Coordenadas gerais

O erro-vício consiste numa *falsa cognitio* ou falsa percepção da realidade: o declarante representa, na sua subjetividade, um estado de coisas que não corresponde à realidade objectiva. Consiste também na *ignorantia* dessa realidade objectiva, ainda que não acompanhada de qualquer representação subjetiva⁷.

⁷ Sobre a noção de erro, por todos, José de Oliveira ASCENSÃO, *Direito Civil Teoria Geral*, II, 136 s., António Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito*

No caso de que partimos, *P2* alega estar em erro sobre «factos essenciais respeitantes à concessão». Assumamos que estamos na presença de um erro sobre o objecto. A alegação de *P2* é acompanhada pela invocação, por *P1*, da violação da diligência devida, pelo próprio declarante, na formação da sua vontade negocial.

Estamos, como tinha anunciado, diante de uma hipótese a que a doutrina vem denominando erro vício-culposo: aquele em que a *ignorantia* ou *falsa cognitio* fica unicamente a dever-se à incúria grosseira do próprio sujeito que se encontra em erro⁸.

A doutrina tradicional entende que culpa não exclui o erro⁹. O estado psicológico do sujeito existe, independentemente de ser ou não censurável a sua causa. Culposa ou não, a *falsa cognitio* ou a *ignorantia* é um estado subjetivo do declarante e, portanto, não pode deixar de afirmar-se que existe uma falsa percepção da realidade.

A censurabilidade surge, assim, como um (eventual) requisito da relevância do erro (a sua desculpabilidade¹⁰). Não se trata de saber se o declarante está em erro, mas sim de saber se tal erro, tendo ficado a dever-se a culpa do próprio declarante, permite ou não a ineficácia da declaração emitida.

Civil, 835 s.; A. Ferrer CORREIA, *Erro e Interpretação na Teoria do Negócio Jurídico*, 2.^a ed., 2001, 24-26; Luís A. Carvalho FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, II, 202 s.; Heinrich Ewald HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português*, 568 s.; Carlos Alberto da Mota PINTO / António Pinto MONTEIRO / Paulo Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 504 s.; Pedro Pais de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 579 s.

⁸ A noção de erro-vício culposo é dada por Manuel de ANDRADE, *Teoria geral da relação jurídica*, II, 1960, 239; veja-se também Luís A. Carvalho FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, II, 210.

⁹ Dando como dominante esta doutrina, Paulo Mota PINTO, “Requisitos de relevância do erro. Nos Princípios de Direitos Europeu dos Contratos e no Código Civil Português”, in *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*, IV, 2003, 81.

¹⁰ Sobre a relevância da desculpabilidade como requisito de procedência do erro veja-se, por todos, o nosso *Erro-obstáculo e erro-vício — Subsídios para a determinação do alcance normativo dos artigos 247.º, 251.º e 252.º do Código Civil*, 2004, 73 e s.; e ainda António Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, 850-851; Luís A. Carvalho FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, II, 210-211; Paulo Mota PINTO, “Falta e vícios da vontade — o Código Civil e os regimes mais recentes”, in *Direito Civil — Estudos*, 2018, 59-60. Ao abrigo do Código Seabra, dando como doutrina tradicional a relevância da desculpabilidade como requisito, A. Ferrer CORREIA, *Erro e Interpretação na Teoria do Negócio Jurídico*, 294. Veja-se ainda, com referências, Luiz da Cunha GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, IV, 1931, 294 ss.

A doutrina tradicional opera, portanto, uma clara distinção entre (i) o estado subjetivo psicológico, correspondente à existência ou não de erro; e (ii) o juízo valorativo corresponde aos critérios normativos da relevância jurídica do erro.

Os critérios normativos da relevância jurídica do erro não são idênticos em todos os ordenamentos. Existem, com efeito, variações assinaláveis, com inegáveis consequências aplicativas no caso de que partimos.

Uma análise ainda que perfunctória de alguns ordenamentos de referência permite intuir, contudo, que a diversidade de opções do legislador histórico se localiza, sobretudo, ao nível do *sistema externo*¹¹. Do ponto de vista axiológico (ou de sistema interno), os ordenamentos de matriz romano-germânica procuram o equilíbrio normativo entre dois princípios fundamentais: a *autonomia privada* e a *tutela da confiança* (ainda que o ponto de equilíbrio historicamente consagrado não seja sempre coincidente).

Com efeito, o Direito não tolera com facilidade que uma *imperfecta voluntas* seja causa de uma vinculação jurídica. Ao estatuir a ineficácia da declaração em caso de erro, o sistema favorece o princípio da autonomia privada, expurgando do comércio jurídico a declaração negocial que não corresponde a uma vontade livre e esclarecida.

Contudo, o Direito também não ignora que a vontade real do declarante é, por regra, oculta ao declaratário. O que é patente ou cognoscível no comércio é a vontade declarada, com base na qual o declaratário (tanto quanto o próprio declarante) se auto-determina. Sob esta perspectiva, a declaração negocial surge como um factor indutor de risco (*Risikofaktor*)¹², susceptível de fundar uma situação de confiança que merece tutela.

Os requisitos normativos da relevância do erro correspondem, justamente, ao equilíbrio encontrado em cada ordenamento histórico entre estes dois princípios. *Breviter*, dir-se-á que sempre que o Direito não confere relevância a um estado subjetivo errante, prevaleceu — na ponderação valorativa do ordenamento em causa —, a tutela da confiança sobre a autonomia privada.

¹¹ Para a diferença e relação entre sistema interno e externo, veja-se o FRANZ BYDLINSKI, “Zum Verhältnis von äußerem und innerem System im Privatrecht”, *FS Claus-Wilhelm Canaris 70. Geburtstag*, II, 2007, 1017-1040.

¹² Maximilian KUMMER, *Sprachprobleme und Sprachrisiken*, 2016, 5 s.; e José Gomes FERREIRA / Diogo Costa GONÇALVES, *A imputação de conhecimento às sociedades comerciais*, 2016, 77.

3. Requisitos normativos da relevância do erro

Volvamos ao caso da «exploração de minério» e vejamos em que termos o problema do erro-vício culposo que recaia sobre o objecto do negócio jurídico se coloca no Brasil e em Portugal.

A norma central do ordenamento jurídico português corresponde ao artigo 247.º CC, para o qual remete o artigo 251.º/1. Os trabalhos preparatórios são bem conhecidos¹³.

Como critérios normativos de relevância do erro surgem (i) a *essencialidade*, para o declarante, do elemento sobre o qual incidiu o erro e (ii) o conhecimento ou dever do declaratório não ignorar a essencialidade (*cognoscibilidade*):

São anuláveis os negócios jurídicos, quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio.

Quando comparamos o artigo 247.º CC português com a redação do artigo 138.º CC brasileiro, a divergência é muito significativa¹⁴:

São anuláveis os negócios jurídicos, quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio.

A essencialidade é também ela um requisito da relevância jurídica do erro no sistema brasileiro, expresso na noção de «erro substancial»¹⁵. Todavia, o requisito da cognoscibilidade da essencialidade do sistema português é substituído pelo requisito da *cognoscibilidade do próprio erro*: o negócio jurídico só anulável se o erro pudesse «*ser percebido por pessoa de diligência normal*».

Temos, portanto, que enquanto que no sistema português se exige a cognoscibilidade da essencialidade para o declarante do elemento

¹³ Os trabalhos preparatórios foram redigidos por Rui de ALARCÃO, “Erro, dolo e coacção — representação — objecto negocial — negócios usuários — condição”, *BMJ* 102 (1961), 167-180; e IDEM, “Breve motivação do anteprojecto sobre o negócio jurídico na parte relativa ao erro, dolo, coacção, representação, condição e objecto negocial”, *BMJ* 138 (1964), 71-122 (*vide* em particular as notas 1 a 5, *ibid*, 86-90).

¹⁴ Para um enquadramento comparativo do preceito brasileiro, Paulo Mota PINTO, “Falta e vícios da vontade — o Código Civil e os regimes mais recentes”, 64.

¹⁵ Por todos, Caio Mário da Silva PEREIRA, *Instituições de Direito Civil*, I, 31.ª ed., 2018, 434-441, em particular 436.

sobre o qual incide o erro, no sistema jurídico brasileiro exige-se a cognoscibilidade do próprio erro.

As consequências no caso da «exploração de minério» são assinaláveis, como veremos.

Detenhamo-nos, agora, no disposto nos §§ 119 e 122 BGB¹⁶. Nos termos do §119, quem na emissão de uma declaração negocial estava em erro acerca do seu conteúdo ou não o queria, pode anular a declaração quando se deva aceitar que o declarante, conhecendo a factua- lidade e ponderando-a razoavelmente, não teria emitido a declaração:

Quem, na emissão de uma declaração de negocial, estava em erro acerca do seu conteúdo ou não o queria, pode anular a de- claração quando se deva aceitar que o declarante, conhecendo a factua- lidade e ponderando-a razoavelmente, não teria emitido a declaração.

Encontramos aqui consagrado fundamentalmente o mesmo re- quisito da essencialidade para o declarante do elemento sobre o qual incidiu o erro.

Todavia, a solução germânica é, fundamentalmente, uma solução ressarcitória. Atenda-se ao disposto no § 122:

(1) Sendo uma declaração nula ou anulável nos termos do § 119 ou 120, quando a declaração se destinava a outrem, o declarante deve indemnizar o declaratário ou terceiro pelos danos que estes tenham sofrido por confiarem na validade da declaração, todavia não além do valor dos interesses que a contraparte ou o terceiro têm na validade da declaração.

(2) Não há lugar a indemnização se o lesado conhecia o funda- mento da nulidade ou da anulabilidade ou o desconhecia por negligência (devia conhecer).

A invalidade do negócio fundada em erro constitui o declarante no dever de indemnizar o declaratário e terceiros pelos prejuízos de- correntes da invalidade.

Especialmente relevante, para o que nos ocupa, é o disposto no § 122/2: o conhecimento ou dever de não ignorar o fundamento da

¹⁶ Sobre estes dispositivos vejam-se os comentários em LARENZ / WOLF, *Algemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 9.^a ed., 2004, 651 s.; SÄCKER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, I, 4.^a ed., 2001, 1092 s. e 1159 s.; JOHANNSEN *et al.*, *Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes*, I, 12.^a ed., 1982, 2.^a secção, 182 s. e 208 s.

invalidez, exclui o dever de indemnizar.

O sistema germânico surge, portanto, construído do seguinte modo: *essencialidade* — *invalidez do negócio* — *dever de indemnizar*. O plano ressarcitório é afastado se o declaratório conhecesse ou devesse conhecer o fundamento da invalidez.

Vejamus ainda o que dispõe o artigo 1427 do *Codice Civile* italiano¹⁷:

Il contraente, il cui consenso fu dato per errore, estorto con violenza, o carpito con dolo, può chiedere l'annullamento del contratto, secondo le disposizioni seguenti.

Se a vontade do contraente é extorquida com violência, formada com base em erro ou dolo, o negócio é anulável. Contudo, o artigo 1428 estabelece que o erro só é causa da anulação do contrato, quando é essencial e cognoscível pelo contraente:

L'errore è causa di annullamento del contratto quando è essenziale ed è riconoscibile dall'altro contraente.

O Código Civil italiano aproxima-se, assim, da regra já nossa conhecida no Código Civil brasileiro: o requisito da essencialidade acompanha a cognoscibilidade do próprio erro.

4. Sendo *P2* uma pessoa singular

Quid juris se, no caso de que partimos, *P2* for uma pessoa singular?

A resposta do sistema brasileiro tenderia a ser a seguinte: não é cognoscível aquele erro que ficou a dever-se unicamente à falta de diligência do declarante; a culpa do declarante redundará, portanto, na inexigibilidade de conhecimento do erro e, logo, na sua irrelevância jurídica.

Com efeito, a diligência normal do declaratório não o levará, por regra, a conhecer o erro daquele que ignora o que era expectável que se soubesse, recuperando o antigo adágio *omnes in civitate sciant quod ille solus ignorat* (D.22.6.2).

Com os dados a que *P2* teve acesso, qualquer declaratório médio — nem especialmente astuto nem especialmente estulto —, teria o conhecimento daqueles factos relativos à concessão que *P2* alega ignorar. A *P1*, portanto, não seria exigível o conhecimento do erro.

¹⁷ Sobre os preceitos vejam-se, por exemplo, os comentários de Paolo CENDON, org., *Commentario al Codice Civile*, IV, 1991, 747 s.; G. CIAN / A. TRABUCCHI, *Commentario breve al Codice Civile*, 5.^a ed., 1997, 1339 s.

Podia legitimamente confiar na correta formação da vontade de *P2*.

Neste contexto normativo, o tribunal arbitral deveria julgar a ação improcedente com fundamento na irrelevância jurídica do erro.

Seria esta, também, a solução em Portugal? Não necessariamente, e nunca, seguramente, com os mesmos fundamentos.

Vejamo-lo um pouco melhor.

5. Cont.: desculpabilidade, essencialidade e *culpa in contrahendo*

A doutrina tradicional, como vimos, entende que a desculpabilidade não é requisito da relevância do erro. Ainda que o declarante ignore *quod in civitate omnes sciant*, tal circunstância não exclui o estado subjetivo de ignorância ou falsa percepção da realidade. Tão pouco a culpa do declarante afasta (necessariamente) a cognoscibilidade da essencialidade, de onde é concebível que o *error intolerabilis* conviva com a ineficácia do negócio jurídico.

A tensão valorativa que esta situação traduz tende, porém, a ser resolvida noutro lugar do sistema. A censurabilidade do erro, para a doutrina tradicional, decorre da violação, pelo declarante, de um *dever de indagação* ou de *auto-informação*¹⁸ na formação da sua vontade negocial. À falta de uma disposição equivalente ao § 122/1 BGB, a violação de dever de auto-informação tende a ser reconduzida a um ilícito pré-contratual (artigo 227.º CC): o negócio é anulável, mas o declarante fica sujeito a responsabilidade *in contrahendo*, podendo ser-lhe imputado o investimento de confiança¹⁹ do declaratário²⁰, nos termos gerais.

É esta a posição de autores como Carlos Mota Pinto, António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, por exemplo, que assim se aproximam da solução da germânica²¹. Ainda que sem uma disposição paralela ao § 122 BGB, a solução preconizada para as hipóteses do erro-vício culposo é, fundamentalmente, ressarcitória: a ineficácia do negócio convide com o dever de indemnizar.

¹⁸ Para a construção dogmática do ónus de auto-informação, Eva Sónia Moreira da SILVA, *As relações entre a Responsabilidade Pré-Contratual por Informações e os Vícios da Vontade (Erro e Dolo)*, 2010, 25-30.

¹⁹ Sobre o dano indemnizável em geral em sede de *culpa in contrahendo*, veja-se Manuel Carneiro da FRADA, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, 494 s. (em particular a nota 527).

²⁰ Para a discussão sobre a pretensão indemnizatória de terceiros com fundamento em responsabilidade *in contrahendo*, veja-se Manuel Carneiro da FRADA, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, 115 s.

²¹ Carlos Alberto da Mota PINTO / António Pinto MONTEIRO / Paulo Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 510-511.

Posição diversa parece sustentar Menezes Cordeiro.

Apesar de reconhecer que desculpabilidade não é, à luz do nosso direito positivo, um requisito autónomo da relevância jurídica do erro, defende que a mesma deve ser ponderada a propósito da cognoscibilidade da essencialidade²², uma vez que sendo o erro indesculpável torna-se mais difícil imputar ao declaratório o dever de conhecer a essencialidade do elemento sobre o qual este recai²³.

Convocando os cânones da interpretação, dever-se-á fazer intervir na apreciação da essencialidade as circunstâncias próprias do caso que podem afastar o dever de a conhecer²⁴.

«No silêncio da lei — sustenta Menezes Cordeiro —, deve concluir-se, mercê da integração sistemática realizada, que o erro indesculpável não releva. (...) O todo é rematado (...), de modo decisivo, por razões hermenêuticas sérias: perante o erro verdadeiramente indesculpável, o tribunal vai pronunciar-se, de modo infalível, pela sua inexistência»²⁵.

A solução aproxima-se, assim, do sistema brasileiro. Ao afastar a cognoscibilidade da essencialidade, o erro-vício culposo excluiu a própria relevância jurídica do erro, embora o requisito ponderado seja, em cada um dos ordenamentos, manifestamente distinto.

6. Ponderação crítica

As construções oferecidas pela doutrina portuguesa suscitam algumas reservas. Em primeiro lugar, não me parece isenta de dificuldades a recondução da auto-informação a um verdadeiro dever pré-contratual, exigível ao declarante *ex bona fide* e segundo os quadros dogmáticos da *culpa in contrahendo*.

Estará em causa um verdadeiro dever pré-contratual? Será exigível ao declarante uma conduta de auto-indagação ou auto-informação, com o alcance e para os efeitos previsto no artigo 227.º CC?

A questão é tanto ou mais pertinente quanto a concretização do dever pré-contratual de informação se dá a montante daquele conteúdo informativo que a parte podia e devia diligentemente ter obtido²⁶.

²² António Menezes CORDEIRO, *Da boa fé no Direito Civil*, I, 1984, 520-521 (n. 283).

²³ António Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, 851.

²⁴ António Menezes CORDEIRO, *Da boa fé*, 521 (n. 283).

²⁵ António Menezes CORDEIRO, *Da boa fé*, 522 (n. 283). A desculpabilidade é requisito *necessário* para a relevância do erro, mas não é requisito *autónomo* (cfr. IDEM, *Tratado de Direito Civil*, 850-851).

²⁶ Manuel Carneiro da FRADA, *Téoria da confiança e responsabilidade civil*, 486 (em particular a nota 509).

Tecnicamente, a auto-informação parece mais próxima de um ónus do que de um verdadeiro dever²⁷. A ser um ónus, porém, a não obtenção da informação exigível ao declarante teria como consequência a impossibilidade de este se fazer prevalecer de certa vantagem (*in casu*, da ineficácia da declaração negocial). A constituição de uma pretensão indemnizatória com fundamento num ilícito pré-contratual seria, assim, de afastar: a recondução do erro-vício culposo ao instituto da *culpa in contrahendo* ficaria definitivamente comprometida.

Mais se diga que o plano ressarcitório não parece ser a opção primária do legislador português em sede de vícios da vontade. Procurar a solução para um caso de erro-vício culposo em sede de responsabilidade civil (ainda que pré-contratual) não parece ser sistematicamente o mais adequado.

Também a posição de Menezes Cordeiro não está isenta de dificuldades. Como escrevi há alguns anos, a culpa do declarante torna mais difícil o conhecimento do erro, mas não me parece que se possa dizer que torna mais difícil o conhecimento ou o dever de não ignorar a essencialidade²⁸.

O erro culposo não ofusca a «*transparência objetiva*»²⁹ da essencialidade, fundamento da exigibilidade do conhecimento. O declaratório pode muito bem conhecer a essencialidade (ou não a poder ignorar) sem que no entanto pudesse supor que o declarante se encontrava em erro, ignorando *quod omnes in civitate sciunt*.

7. Sendo P2 uma pessoa coletiva

Suponhamos agora que P2 é uma sociedade comercial. Pergunta-se: *a falta do conhecimento exigível à pessoa coletiva constitui um verdadeiro erro?*³⁰

A *falsa cognitio* ou a *ignorantia* de uma pessoa coletiva, enquanto estados subjetivos relevantes, resultam de um juízo normativo de imputação de conhecimento³¹. Numa sociedade comercial, nunca existe um estado psicológico de erro: o erro é sempre um *estado normativo*.

²⁷ Assim Eva Sónia Moreira da SILVA, *As relações entre a Responsabilidade Pré-Contratual por Informações e os Vícios da Vontade (Erro e Dolo)*, 25-30.

²⁸ Diogo Costa GONÇALVES, *Erro, obstáculo e erro-vício*, 75.

²⁹ Paulo Mota PINTO, *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*, 1975, 360.

³⁰ Sintetizamos aqui a posição defendida em parecer inédito, dado em 2018, em co-autoria com José Gomes Ferreira.

³¹ José Gomes FERREIRA / Diogo Costa GONÇALVES, *A imputação de conhecimento às sociedades comerciais*, 22.

Esta observação é determinante no caso que nos ocupa. Como vimos, se *P2* for uma pessoa singular, o erro existe enquanto estado psicológico do declarante, tenha ele culpa ou não na formação desse estado. Contudo, se *P2* for uma pessoa coletiva, o estado psicológico — a *falsa cognitio* ou *ignorantia* — nunca corresponderá (pela própria natureza das coisas) a um estado psicológico, mas sim a uma predicação valorativa do interprete-aplicador.

Ora, o conhecimento normativamente exigível à pessoa coletiva é, por regra, conhecimento que lhe é imputável³².

Daqui resulta uma acentuada diferença no modelo decisório. Enquanto que nas pessoas físicas, a violação de deveres de indagação ou auto-informação pode surgir acompanhada de um estado subjetivo de *ignorantia* ou *falsa cognitio* — isto é: a ilicitude (se de ilicitude podermos falar) pode ser acompanhada de erro —, o mesmo não sucede nas pessoas coletivas.

Com efeito, nas pessoas coletivas o modelo decisório sofre uma inflexão. A violação de deveres de indagação ou de auto-informação concorrem (por regra) para a formação de um juízo de exigibilidade de conhecimento. Sendo o conhecimento em falta juridicamente exigível, tal conhecimento é imputável à pessoa coletiva. Logo, não existe erro.

A *tese do risco da organização*³³ como critério de imputação de conhecimento tende a consumir o espaço dogmático do erro-vício culposo. A violação dos deveres de cuidado e diligência do declarante redundam, por regra, numa exigibilidade normativa do conhecimento e na consequente imputação do risco da sua ausência ao próprio declarante (concluindo-se no sentido da inexistência de erro).

Temos, portanto, que se o conhecimento em falta, alegado por *P2*, pudesse ter sido adquirido nos termos invocados por *P1*, a *falsa cognitio* ou a *ignorantia* seria um risco próprio da organização a ser alocado a *P2*. A violação dos deveres de adequada organização do conhecimento³⁴ — a ilicitude, portanto — exclui o erro. O negócio seria válido e o Tribunal Arbitral deveria julgar a ação improcedente por não provada.

8. Sinopse

O meu tempo esgotou-se. Creio, todavia, terem ficado suficientemente ilustradas as principais coordenadas do problema que me

³² José Gomes FERREIRA / Diogo Costa GONÇALVES, *A imputação de conhecimento às sociedades comerciais*, 23 s.

³³ José Gomes FERREIRA / Diogo Costa GONÇALVES, 70 s.

³⁴ José Gomes FERREIRA / Diogo Costa GONÇALVES, 85 s.

propunha tratar.

A resposta da dogmática portuguesa ao problema do erro-vício culposo é, de facto, insuficiente. O confronto com o sistema brasileiro mais não faz que evidenciar tal insuficiência.

Quando o declarante é uma pessoa coletiva, os modelos de decisão associados ao erro-vício culposo colapsam, porque não resistem à distinção entre um estado psicológico e um estado normativo de erro.

A resposta à interrogação de que partimos é tendencialmente negativa: não é possível predicar a existência de um estado subjetivo de desconhecimento ou ignorância quando a falsa percepção da realidade se ficou a dever à violação, pela pessoa coletiva, da diligência normativamente exigível na formação da sua própria vontade negocial.

Não existe, portanto, erro-vício culposo das pessoas coletivas. Por princípio, a censurabilidade permite a imputação do conhecimento, excluindo o erro. O âmbito aplicativo da *culpa in contrahendo* (a ser admissível) fica, nestes casos, muito reduzido: o instituto só poderia eventualmente ser invocado se, numa apreciação sinéptica³⁵, a vinculação do declarante redundasse numa alocação de risco não suportada pelo sistema (o que é de difícil concretização).

Mas a resposta à interrogação de que partimos coloca-nos diante de outras: *será o erro um puro estado psicológico nas pessoas singulares? A censurabilidade do erro (mais do que a exclusão do conhecimento de algum dos requisitos da sua relevância ou do dever de indemnizar) não permitirá igualmente, à semelhança do que ocorre quanto às pessoas coletivas, a imputação de conhecimento nas pessoas singulares? A possível qualificação da auto-informação como um ónus não conduz, justamente, a tal conclusão?*

A estas interrogações não podemos, nesta sede, dar resposta. Fica, no entanto, o repto, talvez para as *III Jornadas Luso-Brasileiras de Responsabilidade Civil*.

³⁵ José Gomes FERREIRA / Diogo Costa GONÇALVES, *A imputação de conhecimento às sociedades comerciais*, 32-33.

ALGUMAS QUESTÕES EM TORNO DO ILÍCITO POR OFENSA AO CRÉDITO E AO BOM NOME ...

O ARTIGO 484.º DO CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS¹⁻²

FILIPE DE ALBUQUERQUE MATOS

I. Ilícito por ofensa ao Bom Nome e ao Crédito

O tema sobre o qual nos iremos debruçar neste texto diz respeito a um dos ilícitos especificamente previstos pelo legislador português de 66 — o Ilícito ao Crédito e ao Bom Nome (artigo 484.º)³.

Como teremos ocasião de sublinhar, ao longo da exposição, a circunstância do Código Civil Português ter previsto uma disciplina específica para a responsabilidade por factos ofensivos ao Bom Nome e ao Crédito não implica um afastamento imediato e automático do regime geral do artigo 483.º, artigo no qual se dá acolhimento a um modelo de ilicitude que não se enquadra dentro dos cânones da

¹ O conteúdo do artigo que agora se publica corresponde parcialmente a um artigo em publicação nos cadernos de Direito Privado, artigo esse subordinado ao tema “A colisão entre a Liberdade de Informação e ao Direito à Honra e ao Bom Nome. O artigo 484.º e a jurisprudência do tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 13 de Julho de 2017.

² Todos os artigos citados sem indicação do respectivo diploma legal pertencem ao Código Civil.

³ Para além do ilícito ao crédito e ao Bom Nome, o legislador civil consagrou, ainda, dois outros tipos de ilícito: a Responsabilidade por Conselhos, Recomendações e Informações (artigo 485.º) e a Responsabilidade Civil por omissões (artigo 486.º).

tipicidade que caracteriza os ordenamentos norte-americanos, nem no âmbito de um sistema aberto ou atípico, à semelhança de quanto se verifica com o Direito Francês, onde é acolhida uma cláusula geral centrada na categoria da *Faute*⁴.

Com efeito, o modelo de ilicitude consagrado no Código de 66 manifesta traços que o aproximam daquelo previsto no §823I do B.G.B. O carácter aberto e amplo da formulação vertida no n.º 1 do artigo 483.º, onde se prevê que a ilicitude resulta da violação de direitos de outrem e de normas legais destinadas a proteger interesses alheios, encontra-se, na verdade, bastante aquém do nível de indeterminação presente na categoria francesa da *Faute* ou da fórmula italiana do *dano ingiusto* (artigo 2043.º do *Codice Civile*).

Por seu turno, a aludida abertura⁵ e indeterminação da regra vertida no artigo 483.º n.º 1 distancia-nos claramente dos sistemas onde pontifica o princípio da tipicidade em matéria de ilicitude. Todas estas brevíssimas considerações justificam, pois, a mencionada inclusão do nosso sistema de ilicitude no âmbito dos Modelos Mistos.

Como atrás fizemos referência, a opção do legislador português aproxima-se do modelo germânico, que, também, foi denominado de Modelo Misto. Porém, os traços de aproximação entre estes sistemas não permitem, de modo algum, afirmar uma perfeita sinonímia entre ambos. Por um lado, o direito germânico revela-se mais fechado do que o direito português, uma vez que procede a uma enumeração dos direitos cuja violação determinam a emergência do ilícito: direito de propriedade, direito à vida, direito à saúde, direito à integridade

⁴ Para uma caracterização dos sistemas típicos e atípicos de Ilicitude, cfr. o nosso estudo “Ilicitude Extracontratual (umas breves notas)”, in *Novos Olhares sobre a responsabilidade Civil*, publicação online do Centro de Estudos Judiciários (Jurisdição Civil), 2018, 15 e s.; Nuno Pinto OLIVEIRA, “Sobre o conceito de Ilicitude do artigo 483º do Código Civil”, in *Estudos em Homenagem a Francisco José Vellozo*, Braga, 2002, 523-524 (a este propósito, o autor sublinha que um sistema dominado pela nota de tipicidade é susceptível de oferecer resultados significativos mais seguros, mas ao invés é de molde também a provocar maiores entraves à busca de soluções concretamente adequadas e mais justas, e no caso de sistemas de definição da ilicitude suscitam-se dificuldades acrescidas numa correcta distribuição dos danos sofridos no contacto social).

⁵ O artigo 483.º n.º 1 reporta-se genericamente à violação dos direitos de outrem, e por direitos de outrem tem entendido a Doutrina e a jurisprudência dominantes que estão em causa direitos absolutos, no âmbito dos quais se integram os direitos de personalidade e os direitos reais. De igual modo, quanto à segunda variante da Ilicitude — violação de disposições legais destinadas a proteger interesses alheios — torna-se necessário o auxílio de contributos ou arrimos dogmáticos para definir o respetivo âmbito.

física e direito à liberdade. Apenas a referência no §823II a um outro direito específico acaba por, afinal, distanciar a solução acolhida pelo B.G.B. dos sistemas onde a ilicitude surge definida em termos típicos.

Desta feita, também o modo como o legislador germânico disciplinou a Ilicitude Extracontratual permite integrar o respetivo modelo no âmbito dos sistemas mistos, sendo que o mesmo se encontra mais próximo dos sistemas onde domina a nota da tipicidade.

Esta breve trajectória em torno do figurino português da ilicitude ficaria incompleta se não fosse feita menção à última *ratio* de sindicância da ilicitude, prevista na parte Geral do Código Civil — artigo 334.º. Os parâmetros, cuja inobservância excessiva é susceptível de desencadear a aplicação do instituto do abuso de direito reconduzem-se às categorias da Boa-Fé, dos Bons Costumes e do Fim Económico-Social do Direito, sendo que no universo extracontratual⁶ estão, sobretudo, em causa situações de violação dos Bons Costumes, em virtude de entre o lesante e o lesado não existir uma relação prévia de natureza específica, a qual constitui o pressuposto para uma intervenção regulativa do princípio da Boa-Fé⁷.

Importa referir que, do ponto de vista subjetivo, o instituto do Abuso de Direito tanto se aplica às condutas dolosas, como às situações de comportamento negligente do agente.

A inexistência de uma relação prévia entre o lesante e lesado faz suscitar particulares dúvidas quanto à possibilidade de aplicação deste instituto ao universo extracontratual, tal como se pode constatar a propósito da questão complexa da concorrência da culpa do lesado (artigo 570.º)⁸, sendo que, no âmbito da responsabilidade extracon-

⁶ Não podemos ignorar que o instituto do abuso de direito é de aplicação genérica, razão pela qual o espectro da sua actuação se estende, também, ao universo contratual. No plano contratual, assume uma particular relevância a figura do *Venire contra factum proprium*, (cfr., a este propósito, a importância por esta figura assumida no âmbito do contrato-promessa, J. Calvão da SILVA, 14.ª ed., Coimbra, 2017, 64).

⁷ Cfr. J. Sinde MONTEIRO, “Rudimentos da Responsabilidade Civil”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto* 2 (2005) 366; António Menezes CORDEIRO, *Da Boa-Fé no Direito Civil*, Coimbra, 1984, 2 vol., 645-648 e 1223. Manuel Carneiro da FRADA, *Teoria da Confiança e da Responsabilidade Civil*, Coimbra, 2004, 431 e s; IDEM, *Contrato e Deveres de Protecção*, Coimbra, 1994, 172.

⁸ A este propósito, uma certa doutrina entende que o fundamento para impedir o lesado de deduzir um pedido de indemnização pelo montante integral dos danos se funda na proibição do *Venire contra factum proprium*, uma vez que aquele que causou com culpa (“culpa contra si mesmo”) um dano, possa vir a exigir a reparação integral dos prejuízos ao lesante, cfr. J. Calvão da SILVA, *Responsabilidade Civil do Produtor*, Coimbra, 1990, 743-744. Porém, em sentido diverso, se pronuncia Brandão Proença por considerar que não é possível afirmar a relevância da Boa-Fé

tratual, propendemos, apenas, para admitir a responsabilidade quando se registar negligência grosseira, ou seja, quando a conduta culposa do agente se possa qualificar como grave.

Procedendo a um confronto entre o instituto do Abuso de Direito, a figura análoga do direito alemão — a causação dolosa contra os bons costumes prevista no §826º do B.G.B., deparamo-nos com duas diferenças fundamentais:

- a. enquanto as bitolas aferidoras do conteúdo do abuso de direito se reconduzem às categorias da Boa-Fé, dos Bons Costumes e do Fim Económico-Social do Direito, no âmbito do §826º do B.G.B. apenas se afere a conformidade da conduta do agente com os bons costumes;
- b. No âmbito do abuso de Direito não é pressuposto para a responsabilização do agente a ocorrência de uma conduta dolosa, enquanto em sede de aplicação do §826 do B.G.B. exige-se necessariamente o dolo do agente⁹.

Ainda no âmbito das considerações genéricas em torno do requisito da ilicitude, cumpre chamar à atenção que defendemos na senda da doutrina clássica ou tradicional, a existência de uma cisão entre os pressupostos da ilicitude e da culpa. Reportando-se ambos os requisitos ao facto voluntário do agente, a verdade é que a ilicitude se consubstancia numa contrariedade objectiva do comportamento face aos ditames da ordem jurídica, enquanto a culpa se traduz num juízo de censura dirigido ao agente, configurando-se como uma censurabilidade subjectiva.

Este modo de conceber a ilicitude distingue-se de uma outra orientação, de acordo com a qual se identifica neste pressuposto da responsabilidade civil uma matriz ou dimensão subjectiva.

Segundo um tal entendimento, a afirmação da existência da ilicitude pressupõe que se tenha em consideração o dever violado pelo agente com a sua conduta, por se entender que lhe era exigível a adop-

neste âmbito, em virtude de faltar entre o lesante e o lesado um vínculo de natureza específica, cfr. J. Brandão PROENÇA, *A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputação do dano extracontratual*, Coimbra, 1997, 408 e s. e 659 e s.

⁹ Como a propósito do confronto entre o direito positivo português e o sistema germânico sugestivamente considerava Sinde Monteiro: “Não estamos — ou em alguma medida não temos de estar — à partida sujeitos aos mesmos constrangimentos dos juristas alemães, perante hipóteses em que não existe violação de direitos absolutos nem de uma disposição imposta pela consciência jurídica, esbarra com o garrote da exigência do dolo”, cfr. J. Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações*, Coimbra, 1989, 181.

ção de outro comportamento. Em causa está a comumente designada ilicitude da conduta, orientação esta que tem conquistado adeptos na doutrina e na jurisprudência¹⁰ nacional, invoca-se em seu abono a maior permeabilidade a considerações da Justiça, permitindo, assim, uma ordenação ou distribuição mais justa¹¹ dos prejuízos ocorridos no contexto social.

Por seu turno, e em contrapartida, os defensores da concepção contrária — a da ilicitude do resultado — enaltecem a maior segurança ou certeza na determinação da existência deste requisito propiciada pela já atrás aludida cisão entre a ilicitude e a culpa. Com efeito, de acordo com este modelo de ilicitude, ao lesado caberia, apenas, efectuar a prova da ocorrência do dano para se presumir a ilicitude, cabendo, em contrapartida, ao agente demonstrar a existência de uma causa de justificação da Ilicitude¹².

Bem vistas as coisas, um tal modo de conceber a Ilicitude permite alcançar uma maior segurança ou certeza na determinação da existência do pressuposto da responsabilidade civil em análise.

Aquilo que, verdadeiramente, distingue as doutrinas da ilicitude da conduta da ilicitude do resultado são diferentes olhares ou diversas ópticas a partir das quais estas categorias são perspectivadas: enquanto a ilicitude da conduta se centra na ideia de lesão ou perigo da lesão em virtude da adopção, pelo agente, de condutas contrárias aos comandos do ordenamento jurídico, já a ilicitude do resultado foca-se na adequação causal da conduta do agente para a produção do resultado danoso¹³.

Importa, no entanto, esclarecer que a relevância desta distinção, entre os modos diversos de perspectivar a Ilicitude, acaba por esbater-se quer relativamente às acções dolosas, quer a propósito dos direitos consagrados através do recurso a cláusulas gerais, tal como sucede com o Direito Geral de Personalidade (artigo 70.º).

Com efeito, no tocante às acções dolosas, as diferenças atrás aludidas entre as doutrinas esbatem-se, uma vez que o agente, ao agredir ou ao colocar intencionalmente em perigo bens ou interesses jurídi-

¹⁰ Cfr., a este propósito, o Acórdão do Tribunal da relação do porto de 11 de Setembro de 2012, onde se pode ler: “A ilicitude envolve sempre um juízo de reprovação: não se fez, podendo fazer-se, aquilo que se devia ter feito”.

¹¹ Cfr, a propósito deste argumento, Nuno Pinto OLIVEIRA, “Sobre o conceito de Ilicitude”, 524.

¹² Um tal argumento é convocado por Vaz Serra para proceder à caracterização da ilicitude do resultado, cfr. a este propósito, A. Vaz SERRA, “Requisitos da Responsabilidade Civil”, *BMJ* (1960) 135.

¹³ Cfr, a este propósito, o nosso estudo, “Ilicitude Extracontratual”, 19.

camente protegidos, actua ilicitamente¹⁴.

No tocante aos direitos consagrados através de cláusulas gerais ou cláusulas indeterminadas, como é o caso paradigmático do direito geral de personalidade (artigo 70.º), as diferenças entre a concepção da ilicitude da conduta e a ilicitude do resultado acabam, também, por esbater-se significativamente. Na verdade, estando em causa um Direito-Quadro (*Rahmenrecht*), a determinação da existência do ilícito encontra-se dependente de uma ponderação casuística, impondo-se ao decidente sopesar, por um lado, os interesses ou direitos do lesado atingidos e os interesses ou valores prosseguidos pelo agente com a sua actuação, por outro.

Idênticas considerações, embora com menor grau de intensidade, podem ser tecidas relativamente ao ilícito por ofensa ao bom nome e ao crédito (artigo 484.º), no âmbito do qual se encontra latente uma colisão de direitos entre a liberdade de informação e o direito ao bom nome e ao crédito, tornando-se, assim, necessário ponderar uma multiplicidade de factores ou circunstâncias ligadas quer à actuação do agente, quer à posição do lesado com vista a definir a existência e os contornos do respectivo ilícito.

Após estas breves notas introdutórias em torno dos requisitos da Ilicitude, debruçar-nos-emos, de seguida, sobre a ilicitude especial regulada no artigo 484.º — Ilícito por ofensa ao Crédito e ao Bom Nome — para nos pronunciarmos de uma maneira particular sobre o modo como as ofensas dirigidas a estes direitos de personalidade (Bom Nome e Crédito) pelos órgãos da Comunicação Social têm sido tratadas pela Jurisprudência Portuguesa, que, nos últimos anos, tem sofrido uma influência decisiva da posição assumida pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem acerca do artigo 10.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, no âmbito do qual se encontra, também, latente um conflito entre o valor da liberdade de expressão e o direito à Honra.

II. Prevalência da Liberdade de Informação no âmbito do conflito entre este direito quadro *Rahmenrecht* e os direitos à Honra e ao Bom Nome

Importa começar por referir que a mais recente jurisprudência portuguesa, na senda da interpretação levada a cabo pelo Tribunal europeu dos Direitos do homem, acaba por atribuir uma prevalência

¹⁴ Salvo, obviamente, quando ocorre uma causa de exclusão de ilicitude.

em abstracto à liberdade de imprensa¹⁵.

Cumpre, ainda, explicitar que o Supremo Tribunal de Justiça não assume claramente uma tal posição, afirmando, ao invés, em vários arestos, a posição contrária, ou seja, a inadmissibilidade de afirmar a prevalência, em abstracto, da liberdade de expressão quando se registar um conflito entre este bem jurídico e os direitos ao bom nome ao crédito. Porém, procedendo a uma análise cuidada da posição assumida por esta alta instância jurisdicional, deparamo-nos, efetivamente, com a afirmação de uma prevalência, de princípio, da liberdade de informação.

Ora é precisamente esta prevalência concedida ao bem da Liberdade de Imprensa¹⁶, invocando-se em seu abono a circunstância de se

¹⁵ Cfr. ponto 1 do Sumário do Acórdão do s.T.J. de 13-07-2017 (in <www.dgsi.pt>).

¹⁶ Apesar de em vários acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça se fazer continuamente menção ao bem valor ou bem da Liberdade de Imprensa, certo é que no âmbito do referido artigo 484.º c.c. se garante a tutela da liberdade de informação dentro do amplo universo da liberdade de expressão, no seio da qual, se integra tanto a difusão de afirmações de facto, quanto a divulgação de juízos de valor. Na verdade, o valor da liberdade de expressão assume uma dimensão axiológica significativamente mais ampla. Relativamente à categoria da Liberdade de Imprensa, importa esclarecer que a mesma surge muitas vezes identificada, ou confundida com aquela outra da liberdade de expressão. Porém, e na senda da doutrina dominante, importa esclarecer que existe uma clara relação filial entre a liberdade de expressão e a liberdade de imprensa, cfr. R. Capelo de SOUSA, “Conflitos entre a Liberdade de Imprensa e a Vida Privada”, *Ab Vno ad Omnes, 75 anos da Coimbra Editora (1920-1995)*, Coimbra, 1998, 1127; M. Costa ANDRADE, *Liberdade de Imprensa e Inviolabilidade Pessoal — Uma Perspetiva Jurídico-Criminal*, Coimbra, 1996, 40-41. Esta afinidade entre a liberdade de imprensa e a liberdade de expressão justifica que alguns autores as integrem na denominada “constituição da informação”, atendendo à localização sistemática dos preceitos que as regulam na constituição, cfr. J. J. Gomes CANOTILHO / Vital MOREIRA, *Constituição da República Anotada*, 4.ª ed. rev., vol. 1 (artigos 1.º a 107.º), Coimbra, 2007, 571. A maior extensão e densidade axiológica da liberdade de expressão revela-se, desde logo, na circunstância deste valor fundamental funcionar como bitola para apreciação de admissibilidade de divulgação das mensagens, quando as mesmas não tiverem sido transmitidas através de um específico meio de comunicação. Razão pela qual, e apesar da relação filial entre as liberdades atrás mencionadas, sempre se dirá que a liberdade de expressão se caracteriza basicamente através do conteúdo, enquanto a liberdade de imprensa é sobretudo perspetivada a partir do meio de divulgação, cfr. Jónatas MACHADO, *A Liberdade de Expressão. Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social*, Coimbra, 2002, 504 e s.; Francis BALLE, *Médias et Sociétés*, Paris, 1990, 5.ª ed, 234-235. Para além deste traço distintivo, importa ainda sublinhar que a Liberdade de Expressão é fundamentalmente concebida como um “direito de liberdade subjetivo”, enquanto na Liberdade de Imprensa, se destaca sobretudo o aspeto institucional. Ainda no tocante à Liberdade de Imprensa pode evidenciar-se uma particular ligação

tratar de um valor constitucionalmente protegido, imprescindível “à formação de uma opinião pública robusta, sem a qual se não conceba o correto funcionamento da democracia”¹⁷, que constitui o alvo principal da nossa discordância.

Torna-se absolutamente necessário chamar à colação o art.º 484º do c.c. onde, como já ficou subentendido no título do artigo, se encontra latente um conflito entre a Liberdade de Informação, por um lado, e os Direitos ao Bom Nome e ao Crédito, por outro, uma vez que o perímetro valorativo do ilícito ao crédito ou ao bom nome se circunscreve apenas à divulgação de factos e já não à transmissão de juízos de valor.

Não queremos, de modo algum, afirmar que a tutela dos direitos de personalidade possa ser única e exclusivamente alcançada através do ilícito ao Bom Nome e ao Crédito, porquanto, o artigo 484.º c.c. se reporta apenas ao universo das declarações de facto e já não aos juízos de valor. Desta feita, se estiver em causa, como parece verificar-se também na hipótese *sub iudice*, a divulgação de juízos de valor considerados como lesivos do Bom Nome e Honra dos visados pelas declarações, então a regra geral do artigo 483.º n.º 1 poderá permitir a identificação da respectiva ilicitude por violação dos direitos de personalidade.

Aliás, esta maior amplitude da tutela dispensada aos bens jurídicos da personalidade pelo artigo 483.º n.º 1 legítima a dúvida em torno da oportunidade do legislador de 66 ter reservado uma disciplina específica ao ilícito ao Bom Nome e ao Crédito¹⁸.

Dispensando-nos neste contexto de proceder a uma análise desenvolvida de uma tal problemática, pois tal extravasaria manifestamente os propósitos da nossa exposição, sempre se dirá, que a tutela específica dispensada ao ilícito ao Crédito ou ao Bom Nome sempre

deste valor fundamental à Liberdade de Empresa, assumindo esta, sobretudo quando estiverem em causa as suas caracterizações organizacionais, um importante papel para a realização da atrás referenciada liberdade de imprensa.

¹⁷ Cfr. sumário do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 13 de Julho de 2017 (in <www.dgsi.pt>).

¹⁸ Cfr. o nosso estudo, *Responsabilidade Civil por Ofensa ao Crédito ou ao Bom Nome*, Coimbra, 2011, 156 e s. (a propósito da tutela delitual do crédito, e muito especialmente p. 189-190). Idêntica problemática se coloca a propósito do regime estatuído no art.º 485º, considerando a esse propósito Sinde Monteiro, que a obrigação geral de não violar os direitos de outrem não pode ser impedida pelo artigo 485.º: “A proteção delitual dos direitos absolutos deve em princípio ser assegurada sem lacunas, com independência do tipo de conduta adotada pelo lesante, muito especialmente com respeito a danos pessoais, e não será de ânimo leve que um aparente conflito entre normas leve a pensar o contrário”, cfr. J. Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade por Conselhos*, 434.

se justificará atenta a maior potencialidade ofensiva das afirmações de facto face aos juízos de valor, bem como nas particulares especificidades manifestadas pela tutela do Crédito. Para além destas considerações genéricas, poder-se-á dizer que relativamente às primeiras o lesado apenas pode lograr alguma proteção através do artigo 483.º n.º 1, o mesmo já não se pode afirmar quanto aos factos divulgados, pois nessa sede não se suscitam quaisquer dúvidas quanto à mobilização da disciplina provinda no artigo 484.º.

Centrando-nos, pois, no conteúdo informativo factual transmitido pelos órgãos da comunicação social, não temos quaisquer dúvidas em afirmar a existência de um conflito entre a Liberdade de Informação e os Direitos ao Crédito ou ao Bom Nome tutelados no artigo 484.º. Porém, uma tal tensão entre a Liberdade de Expressão e o Direito à Honra, não deixa também de estar subjacente à disciplina do artigo 483.º n.º 1, podendo convocar-se um tal regime, quer quando esteja em causa a divulgação de juízos de valor, quer nas hipóteses em que as afirmações de facto não sejam divulgadas perante terceiros, mas antes dirigidas diretamente aos destinatários visados pelas mesmas.

Aliás, como já tivemos a ocasião de sublinhar, em relação a estes dois núcleos de situações, o lesado apenas pode socorrer-se desta regra geral de direito delitual, uma vez que não se encontram preenchidos os pressupostos do artigo 484.º.

Admitindo, na senda de Capelo de Sousa, que se podem registar colisões entre “ as modalidades possíveis de atividade material através das quais se realiza o exercício do direito geral de personalidade ou os direitos especiais de personalidade de uma certa pessoa... com as modalidades igualmente possíveis da atividade material correspondente ao exercício do direito geral de personalidade, dos direitos especiais de personalidade ou de outro direito subjectivo por parte de outra pessoa¹⁹”, ficam afastadas as dificuldades decorrentes da circunstância de um autêntico conflito de direitos implicar uma identidade do bem ou objecto sobre que incidem em simultâneo uma pluralidade de direitos ou de faculdades²⁰.

Desta feita, importa então debruçarmo-nos sobre o conflito de direitos de personalidade — Liberdade de Informação *versus* Direito à

¹⁹ Cfr. R. Capelo de Sousa, *Do Direito Geral de Personalidade*, Coimbra, 1995, 251; o nosso estudo, *Responsabilidade Civil por Ofensa ao Crédito ou ao Bom Nome*, 84 e s.

²⁰ Para uma análise mais desenvolvida em torno dos obstáculos à admissibilidade, de acordo com critérios técnicos jurídicos rigorosos, de autênticos conflitos de direitos no universo dos direitos de personalidade, cfr. Elsa Vaz SEQUEIRA, *Dos Pressupostos da Colisão de Direitos no Direito Civil*, Lisboa, 2004, 276 e s.

Honra, Bom Nome e Reputação. Ora, assim sendo, constitui um percurso incontornável para o interprete proceder à análise dos critérios plasmados no artigo 335.º, precisamente a propósito desta complexa questão da colisão de direitos.

Muito sumariamente, podemos distinguir no âmbito do artigo 335.º dois grupos de situações, cujos conflitos a que se reportam têm contornos diversos: enquanto no n.º 1 da norma em análise se encontra prevista a colisão de *direitos iguais ou da mesma espécie, já no seu n.º 2 regula-se a colisão de direitos desiguais ou de espécie diferente.*

O legislador associa à resolução das duas espécies de conflito mencionadas, a aplicação de critérios diferentes: enquanto no n.º 1 do artigo 335.º, em relação aos conflitos de direitos iguais ou de natureza da mesma espécie, se convoca o critério da concorrência prática, já a propósito da colisão de direitos desiguais ou de espécie diferente, no n.º 2 do artigo 335.º consagra-se a regra da prevalência do direito considerado superior.

Não se encontra isenta de dificuldades a delimitação de uma escala hierárquica de direitos, uma vez que o relativismo prevalecente nas sociedades do mundo Ocidental constitui uma realidade avessa à afirmação da superioridade de certos valores face a outros. Afastada fica a tentativa de definir uma ordem rígida e fixa de valores, de modo abstrato e apriorístico. Não se revela, porém, impossível alcançar em cada momento histórico, um consenso axiológico comunitário, em torno dos valores ou direitos tidos como mais relevantes ou significativos. A este propósito, ninguém pode contestar que nas modernas sociedades Ocidentais se atribui uma maior relevância axiológica aos direitos pessoais face a aquela concedida aos direitos de índole patrimonial²¹.

²¹ Apesar desta prevalência dos direitos pessoais face aos direitos patrimoniais acolher um consenso esmagador nas sociedades com um fundo axiológico marcado pelos valores judaico-cristãos, a verdade é que se assiste com frequência, mercê do relativismo dominante, a uma certa ambivalência na caracterização de certos bens ou valores jurídicos. Na ordem do dia dos ordenamentos jurídicos encontra-se a abordagem de assuntos, que outrora tinham um enquadramento jurídico pacífico, entre os quais se destaca a questão da tutela jurídica dos animais. Não podemos ignorar a intensificação das relações entre as pessoas e os animais registada nestas últimas décadas, tornando-se as sociedades civilizadas cada vez mais sensíveis à necessidade de reforçar a tutela a dispensar aos animais. Neste ambiente muito favorável à proteção dos animais, várias soluções têm sido avançadas para atingir um tal desiderato, oscilando as mesmas entre a protecção indirecta alcançada pela atribuição de direitos aos proprietários dos animais e uma protecção autónoma e directa a estes conferida, integrando-se nesta linha de orientação aqueles que defendem a atribuição de personalidade jurídica aos animais. Não ficou imune a este debate o ordenamento jurídico Português, tendo-se recentemente registado uma reforma do código civil (através da

Esboçado este quadro genérico de orientações meramente indicativas e flexíveis, compete ao decidente tomar uma particular atenção às especificidades do caso concreto, revelando-se esse contexto casuístico como uma dimensão relevante, na medida que o mesmo pode conduzir a uma intensificação ou atenuação das exigências de tutela de um dos direitos em conflito, face ao quadro de prevalência abstrata tenuemente definido.

Não admira assim que o importante relevo atribuído às *circunstâncias do caso* para a resolução das situações de colisão de direitos mereça um acolhimento pacífico na Dogmática e Jurisprudência, na medida em que uma tal postura criteriológica e metodológica representa afinal um corolário do já atrás aludido relativismo axiológico, que acaba por enfraquecer o papel regulativo associado ao plano abstracto dos critérios atrás aludidos.

Em face de todas estas considerações, poderá admitir-se que em determinadas hipóteses se registe a prevalência de direitos de carácter patrimonial face a direitos de índole pessoal, subvertendo assim a regra apriorística atrás enunciada e que normalmente acantona a resolução de tais casos no âmbito do n.º 2 do artigo 335.º, fazendo prevalecer os direitos pessoais.

Como exemplo paradigmático, refira-se a prática cada vez mais frequente, sobretudo nos meios urbanos, de execução de pinturas murais e grafitis, e até mesmo de “trabalhos escultóricos”, que se traduzem na destruição parcial de paredes, muros, prédios e monumentos nacionais.

Em tais situações, verifica-se, com efeito, um conflito entre bens da personalidade: a liberdade de expressão artística, por um lado, e o direito de propriedade, por outro. Não obstante, a convocação da regra contida no n.º 2 do artigo 335.º nos levar a concluir pela prevalência da liberdade de expressão artística, legitimando, como tal, os tipos de comportamentos atrás referidos, tendo em conta

lei nº8/2017, de 3 de Março), na qual, apesar de não se ter optado pela solução mais radical sufragada pelos acérrimos defensores da causa Teriofílica, acabou, no entanto, por se reforçar a tutela jurídica civilística dos animais, passando a concebe-los como “ seres vivos dotados de sensibilidade (Art.º 201 -Bº), afastando-os assim da clássica integração na categoria jurídica das coisas. No nosso entendimento, uma tal reforma do código civil, conquanto possa ter sido movida pelos melhores propósitos, não se consubstanciou num contributo feliz para esta obra legislativa cinquentenária. Como a este propósito já tivemos ocasião de sublinhar “... o estatuto híbrido por ela atribuído aos animais não deixa de suscitar as mais sérias objeções, desde logo, por não ter respeitado a matriz antropocêntrica norteadora das relações jurídicas entre os particulares, (matriz essa positivamente plasmada no código de 66) e o sentido ético-axiológico recortado para o Direito”, cfr. Filipe Albuquerque MATOS / Mafalda Miranda BARBOSA, *O novo Estatuto Jurídico dos Animais*, Coimbra, 2017, 75.

os critérios dogmático-jurisprudenciais dominantes que tendem a qualificar como superiores os bens da natureza pessoal, certo é que pensamos a propósito das hipóteses enunciadas, que o direito de propriedade deve considerar-se prevalecente.

Consideramos, na verdade, que nestas situações rigorosamente não se verificam autênticos conflitos ou colisões de direitos, porquanto as concretas objetivações ou manifestações artísticas foram alcançadas com comportamentos abusivos, os quais ultrapassaram, de modo excessivo ou grosseiro, o modo como qualquer legislador razoável considera admissível ou legítimo o exercício das faculdades ínsitas na liberdade de expressão artística.

Com efeito, o âmbito de proteção assegurado por um qualquer direito conhece naturalmente alguns limites²², impondo-se ao intérprete na resolução de casos de colisão de direitos, a tarefa de concreta delimitação do âmbito dos direitos colidentes, de modo a averiguar os interesses e valores por estes tutelados. Procedendo a uma tal análise, o intérprete pode chegar à conclusão, que certos comportamentos devem considerar-se excluídos do âmbito normativo dos direitos invocados como fundamento para a sua adopção, apesar de numa análise meramente formal ou apriorística poderem até considerar-se como modos legítimos de exercício de tais direitos.

Neste contexto, apenas se verificam colisões aparentes de direitos, devendo as situações atrás descritas ser consideradas ilícitas, por configurarem comportamentos subsumíveis no instituto do abuso do instituto do abuso do direito (artigo 334.º)^{23 24}, ou num plano de

²² Veja-se a este propósito a posição dos defensores das teorias do *Tatbestand* restrito dos direitos fundamentais, incluindo no âmbito normativo dos direitos um conjunto mais ou menos amplo de proibições, cfr, sobre a matéria, J. J. Gomes CANOTILHO, “Direito Constitucional de Conflitos e Proteção de Direitos Fundamentais”, *RLJ* 125, 38 e s.

²³ Cfr, a este propósito, o nosso estudo, *Responsabilidade Civil por Ofensa ao Crédito ou ao Bom Nome*, 82 (nota 98). Discordando também da prevalência da liberdade de expressão artística nas hipóteses de execução de pinturas murais causadoras de prejuízos significativos na propriedade alheia, mas considerando, porém, registar-se em tais situações um conflito de direitos, cfr. R. Capelo de SOUSA, *Do Direito Geral de Personalidade*, 540 (nota 66). Apesar de reconhecer a existência de colisão de direitos nesta situação, Capelo de Sousa defende, porém, a prevalência do direito de propriedade, por entender que os bens de personalidade ligados à liberdade de expressão artística invocados nestas hipóteses não correspondem a valores vitais da personalidade humana.

²⁴ Poderá contestar-se a convocação que é feita neste âmbito do instituto do Abuso do Direito, uma vez que, por regra, uma tal figura encontra a sua esfera de atuação a propósito do exercício de concretos direitos subjectivos, sendo que na colisão dos direitos — objecto da nossa análise, a liberdade de expressão

apreciação constitucionalística, coenvolverem a violação dos limites imanentes²⁵ dos direitos em que se baseiam.

Encontrando-se em causa uma questão de responsabilidade civil extracontratual, por violação de direitos de personalidade, então o problema deveria ser discutido, principalmente no plano civilístico, remetendo-se a questão para a tutela da personalidade assegurada pelo código civil, através de uma análise conjugada dos artigos 483.º n.º 1 e 70.º deste diploma legal, não se nos afigurando muito correcta uma certa tendência para a constitucionalização do Direito Civil verificada na mais recente jurisprudência nacional em sede de aplicação do artigo 484.º do c.c.

Em rigor, esta necessidade que tem sido sentida pelo Supremo Tribunal de Justiça de se refugiar numa fundamentação constitucional revela uma tendência que não nos parece muito correcta; a tendência para a constitucionalização do Direito Civil, tendência essa que levada ao extremo é susceptível de colocar em causa a idiosincrasia do Direito Civil.

A circunstância de no artigo 18.º n.º 1 da Constituição da República Portuguesa se afirmar categoricamente a *vinculatividade imediata* dos preceitos relativos aos direitos fundamentais, tanto nas relações com as entidades públicas, quanto nas relações entre os particulares, tal não significa que neste universo específico se imponha como regra primacial a aplicação do regime constitucional respeitante aos direitos fundamentais.

Tal entendimento não se revela minimamente sustentável no contexto de um ordenamento jurídico, como é o nosso, em que o

representa um princípio estruturante do Direito Civil, ou um direito quadro (*Rahmenrecht*), fonte, por seu turno, de uma pluralidade de faculdades ou de direitos. Na doutrina vai prevalecendo o entendimento, de acordo com o qual, o instituto do Abuso do Direito se aplica também no âmbito destes direitos com um conteúdo particularmente elástico, entendimento este igualmente por nós sufragado, cfr. neste sentido, M. Almeida COSTA, *Direito das Obrigações*, 10.ª ed., Coimbra, 2006, 87 s.; IDEM, “A Eficácia Externa das Obrigações. Entendimento da Doutrina Clássica”, *RLJ* 135/3936: 134; J. Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade por Conselhos*, 180-181 (nota 13); A. Ferrer CORREIA / Vasco Lobo XAVIER, “Efeito Externo das Obrigações: Abuso de Direito; Concorrência Desleal (a propósito de uma hipótese típica)”, *Revista de Direito e Economia* 1 (1979) 10-12. Uma tal orientação não se revela, porém, unânime, havendo quem conteste a extensão do instituto do Abuso do Direito quando estejam em causa princípios fundamentais, cfr. Manuel Carneiro da FRADA, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Coimbra, 2004, 165 (nota 121).

²⁵ Cfr., a propósito da teoria dos limites imanentes, J. Vieira de ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2.ª ed., Coimbra, 2001, 282 s.; J. Gomes CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed., Coimbra, 2003, 450 e 1279 e s., (o autor pronuncia-se criticamente quanto a esta teoria, por considerar que os limites ao exercício dos direitos apenas se podem afirmar a posteriori, na sequência da colisão de direitos).

código civil representou um marco histórico na afirmação e defesa da liberdade individual, através da disciplina altamente perscrutadora estabelecida em matéria de tutela da personalidade humana. Na verdade, a consagração ampla de um direito geral de personalidade (artigo 70.º) e de um elenco de direitos especiais de personalidade (artigos 72.º a 80.º)²⁶, revela claramente um regime bastante generoso para a afirmação da pessoa, enquanto um ser livre e responsável.

Para além de generosa, a tutela dispensada pelo código de 1996 à personalidade humana, manifesta-se, como já atrás deixámos aludido, particularmente inovadora, não se encontrando nos ordenamentos jurídicos que mais influenciaram a nossa lei civil (Alemão e Italiano)²⁷, a consagração de um direito geral de personalidade, com a amplitude da cláusula do artigo 70.º.

Importa, ainda, sublinhar que em matéria de defesa da personalidade humana, por razões históricas conhecidas, o direito civil esteve à frente das prescrições constitucionais²⁸ nesta matéria, não se revelando assim necessário replicar para o plano juscivilístico aquelas diretrizes, uma vez que mesmo actualmente, após várias reformas constitucionais

²⁶ A propósito da relação de especialidade entre a disciplina dispensada aos direitos especiais de personalidade face ao direito geral de personalidade contido no artigo 70.º, e da função subsidiária por este desempenhada, tanto a nível da interpretação, quanto no plano da integração de lacunas das normas respeitantes a direitos especiais de personalidade, cfr. R. Capelo de SOUSA, *Do Direito Geral de Personalidade*, 562 s.; o nosso estudo, *Responsabilidade Civil por Ofensa ao Crédito ou ao Bom Nome*, 88 e s. (especialmente nota 109); Rudolf REINHARD, *Das problem des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, zugleich eine Besprechung von: Heinrich Hubmann, "Das persönlichkeitsrecht"*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 1954, 559 (apesar de no direito germânico não estar positivamente consagrado o direito geral de personalidade, o mesmo é aí reconhecido graças à criação dogmático-jurisprudencial).

²⁷ No Direito Germânico e Italiano, o direito geral de personalidade é um direito de criação dogmático-jurisprudencial, cfr. a este propósito, J. Antunes VARELA, "Alterações legislativas do Direito ao Nome", *RLJ* 115/3710: 140 e s. (o autor procede a um confronto entre o Direito Português e o Ordenamento Jurídico Germânico); Hans Carl NIPPERDAY, "Tatbestandsaufbau und systematik der deliktischen Grundtatbestand, zum "Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung und Ergänzung schadensersatzrechtlicher Vorschriften"", *NJW* (1967) 1895 s. No Direito Italiano, a dogmática, com base no artigo 2.º da Constituição, defende a existência de um direito geral de Personalidade, levando em linha de conta na delimitação da figura exigências inderrogáveis de solidariedade, cfr. Adriano de CUPIS, "La solidarietà umana nel diritto civile", *Riv. Dir. Civ.* 2 (1985) 621.

²⁸ Não podemos ignorar que a proteção constitucional mais intensa dos Direitos Fundamentais ocorreu com a Constituição de 76, enquanto no Direito Civil, o código de 66, nos artigos 70.º e s., conferia uma tutela particularmente forte aos direitos de personalidade.

dirigidas a intensificar a tutela da personalidade²⁹, o regime civil não fica aquém do constitucional, bem pelo contrário, revela-se mais densificado. Para além disso, a concreta mobilização dos preceitos civilísticos em matéria de direitos de personalidade conta com importantes arrimos nos ensinamentos dogmáticos que ao longo destes mais de cinquenta anos de vigência do Código Civil, têm contribuído, de modo decisivo para uma correta e mais precisa delimitação do âmbito de tais direitos³⁰. Não nos parece assim particularmente útil o recurso neste universo temático a expedientes hoje tão prodigamente invocados, como é o caso da interpretação das normas conforme a Constituição³¹.

Com este discurso apenas se pretende enfatizar uma ideia que nos parece importante que fique bem clarificada: a convocação do regime constitucional dos direitos fundamentais deve ser estimulada quando as prescrições em matéria de direitos da personalidade se revelarem insuficientes, e apenas susceptíveis de permitir uma proteção escassa e timorata da personalidade humana. Defender o entendimento inverso, ou seja, permitir e fomentar o recurso às normas constitucionais, em nome da aludida eficácia imediata dos direitos fundamentais, pode implicar um avassalamento inaceitável do Direito Civil ao Direito Constitucional.

²⁹ Cfr., a este propósito, a reforma constitucional de 1997, através da qual veio a ser reconhecido pela lei fundamental no art.º 26º o Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade. Porém, na doutrina constitui motivo de discussão a questão de saber se a amplitude do Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade se revela idêntica à do Direito Geral de Personalidade do artigo 70.º. Com efeito, o reconhecimento de um sentido amplo ao direito ao livre desenvolvimento de personalidade, pode colocar particulares obstáculos, desde logo, o de sujeitar qualquer alteração introduzida a um tal direito, ao regime de reserva de competência legislativa da Assembleia da República, mesmo quando estiverem em causa manifestações acessórias, cfr, a este propósito, R. Capelo de SOUSA, *Do Direito Geral de Personalidade*, 256 (nota 595). Importa sublinhar que o autor assumiu uma tal posição num momento em que esta alteração legislativa ainda não tinha ocorrido.

³⁰ Não podemos esquecer a forte influência desempenhada pela dogmática nacional para a consolidação do processo de reconhecimento dos direitos de personalidade, cfr. Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, 2012, 202 e s.; Carlos A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª ed., Coimbra, 2005, 207 e s.; J. Castro MENDES, “Direitos Liberdades e Garantias-Alguns Aspectos Gerais”, in *Estudos sobre a Constituição*, Lisboa, 1977, 94.

³¹ Para uma melhor caracterização deste expediente interpretativo, cfr. J. Gomes CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 1310 e s.; Ana Raquel MONIZ, *A recusa de aplicação de regulamentos pela Administração com fundamento em invalidades: Contributo para a Teoria dos Regulamentos*, Coimbra, 2012, 290 s.; Theodor Schilling, *Rang und Geltung von Normen in Gestuften Rechtsordnungen*, Berlin, 1994, 543 e s.

O Legislador Constitucional ao consagrar, e bem, no artigo 18.º n.º 1, o comumente designado *Drittwirkung* teve como propósito não deixar desacompanhada a dignidade da pessoa humana, pela circunstância de a tutela infraconstitucional se revelar insuficiente³², desadequada ou desproporcionada. Ou seja, não é pelo facto de nos encontrarmos perante relações entre particulares que os direitos fundamentais deixam de ser operantes, apesar desta categoria oitocentista ter sido criada com o propósito de salvaguardar os direitos dos particulares perante as possíveis arbitrariedades ou abusos cometidos pelo Estado³³.

III. A Prevalência da Liberdade de Expressão nos conflitos entre a Liberdade de Expressão e a Honra, Bom Nome e Crédito

Como já atrás tivemos ocasião de sublinhar, a jurisprudência superior portuguesa tem sustentado a dita prevalência da Liberdade de Expressão sobre os direitos ao Bom Nome e ao Crédito, com base no entendimento recente do Tribunal Europeu dos direitos do Homem em torno do artigo 10.º da convenção Europeia dos Direitos do Homem, entendimento este que se revela, no mínimo, discutível, porquanto tem subjacente uma ideia de supremacia de direito internacional convencional sobre o Direito Constitucional.

Esta enorme preocupação em exaltar o papel do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem enquanto instância qualificada para interpretar as disposições da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, resulta da circunstância da mencionada Convenção, de acordo com o disposto no artigo 8.º da C.R.P., constituir direito interno, e segundo o entendimento jurisprudencial dominante, um tal direito convencional internacional deve prevalecer sobre o

³² Apesar de o Legislador Constitucional Português ter consagrado *expressis verbis* a eficácia imediata das disposições constitucionais nas relações entre os particulares, não podemos esquecer que constitui problemática relevante no âmbito do comumente designado *Drittwirkung*, averiguar se para os direitos fundamentais serem efetivamente operantes nas relações entre particulares se exige como pressuposto necessário a transposição, por via legislativa, das normas fundamentais (eficácia mediata dos direitos fundamentais), cfr, sobre esta problemática, J. Vieira de ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2.ª ed, Coimbra, 2001, 242-250; o nosso estudo, *Responsabilidade Civil por Ofensa ao Crédito ou ao Bom Nome*, 44 e s. (especialmente nota 52).

³³ Claus-Wilhelm CANARIS, „Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip in der Richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts“, *Juristische Schulung* 29 (1989) 162.

direito constitucional³⁴.

Ora bem, a prevalência do Direito Internacional convencional sobre o Direito Constitucional dos Estados que aprovam e ratificam os respectivos diplomas normativos está longe de representar uma questão resolvida, havendo várias vozes autorizadas que contestam um tal entendimento.

Regista-se, na verdade, na doutrina nacional, a tendência clara para sufragar a prevalência do Direito Constitucional sobre o Direito Convencional Internacional, razão pela qual o posicionamento contrário que sobre a matéria tem sido assumido pela mais alta instância jurisdicional Portuguesa, deve qualificar-se, no mínimo, como acrítico. Nem se invoque a favor da prevalência das linhas de orientação definidas pela jurisprudência Internacional o critério vertido no artigo 771.º, alínea f) do Código de processo Civil, de acordo com o qual quando a decisão transitada em julgado “seja inconciliável com decisão definitiva de uma instância internacional de recurso vinculativa para o Estado Português”, dá lugar às revisões de sentença.

Não podemos de modo algum, concordar que os Tribunais Portugueses com o receio das suas decisões serem revistas e que o Estado Português seja condenado pelas instâncias internacionais, reproduzam mimeticamente as linhas de orientação ditadas pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem acerca dos assuntos sujeitos à respetiva apreciação. Tal significa, desde logo, uma renúncia absoluta a uma importante parcela de Soberania Nacional: a soberania reservada aos tribunais.

Para além disso, no tocante à matéria em discussão — o conflito entre a Liberdade de Imprensa e o Direito à Honra e ao Bom Nome, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem não censura invariavelmente as decisões dos tribunais Portugueses que condenam a imprensa por violação dos direitos de personalidade.

³⁴ Cfr, a este propósito Henriques GASPAR, *A Influência da CEDH no diálogo interjurisdicional*, 39-40. Uma tal orientação é igualmente sufragada por vozes doutrinárias consagradas, vide, Jónatas MACHADO, “Liberdade de Expressão, Interesse Público e Figuras Públicas Equiparadas”, *BFD* 85 (2009) 81 e s. Uma tal orientação parece ignorar entendimentos particularmente importantes para esta discussão, e que não torna a questão tão pacífica como a jurisprudência dominante tende a fazer crer. Nesta sede, cumpre convocar o pensamento de Gomes Canotilho/Vital Moreira, de acordo com o qual: “As normas de DIP vigoram na ordem interna com a mesma relevância das normas de direito interno, desde logo quanto à subordinação hierárquica à Constituição, sendo, pois inconstitucionais se infringirem as normas da Constituição ou os seus princípios (artigo 277.º-1)...” “O que é evidente é que a vinculação internacional por uma convenção desconforme com a Constituição não pode valer como revisão ou derrogação indireta desta, cfr. J. J. Gomes CANOTILHO / Vital MOREIRA, *Constituição da República Anotada*, (primeira citação p. 258), (segunda citação p. 259).

Razão pela qual, a Jurisprudência Nacional não pode, a propósito dos casos concretos em que se registam conflitos entre a Liberdade de Imprensa e os Direitos à Honra e ao Bom Nome, deixar de convocar os critérios dogmáticos- jurisprudenciais ao longo dos anos sedimentados, e que têm orientado as decisões contidas em vários Acórdãos sobre a matéria.

Ora, e como temos insistido neste ponto, a maioria dos Acórdãos destaca, a este propósito, que o Bem da Liberdade de Imprensa não pode considerar-se em abstracto como prevacente face ao Direito à Honra, quando estiverem em causa pessoas ou figuras públicas, tal como realmente vem sendo, na atualidade, a tendência seguida pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

Para além disso, o próprio Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, nos inícios deste século (a propósito do caso *Von Hannover V. Germany*),³⁵ veio a revelar-se bastante favorável a uma protecção mais generosa a dispensar a certos Direitos de Personalidade quando sejam atingidos pelos órgãos de comunicação social, entre os quais se destaca o Direito à Privacidade.

Num campo temático tão delicado como se nos afigura ser este da tutela da personalidade, defender universalmente que estando em causa figuras públicas, a esfera de protecção dos direitos de personalidade de tais pessoas se revela mais limitado, atento o maior interesse do público em ser informado acerca de certos aspetos das suas vidas pessoais, pode conduzir a um resultado muito perigoso para os Estados Democráticos: os órgãos da Comunicação Social passam a ser investidos do poder de unilateralmente definirem o âmbito de intensidade da tutela dos direitos de personalidade das pessoas em geral, e de um modo particular, graduarem a Dignidade e a Honra das pessoas públicas. Tal perigo é uma ameaça real, uma vez que em nome de uma sociedade mais informadora e pluralista, aos órgãos de comunicação é lícito invadirem e atingirem o reduto pessoal das pessoas com notoriedade pública. Ora, um tal fundamento, do ponto de vista da tutela de personalidade, parece-nos ser claramente de repudiar.

Por seu turno, a prevalência atribuída à Liberdade de Expressão pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, em virtude do facto deste valor fundamental constituir “um dos pilares fundamentais do Estado Democrático e uma das condições primordiais do seu progresso e, bem assim, do desenvolvimento de cada pessoa”³⁶, não

³⁵ Estamos a reportar-nos à decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem de 24 de julho de 2004.

³⁶ Cfr. p. 39-65 do *Acórdão do s.T.J. de 13-07-2017* (in <www.dgsi.pt>), des-

pode ser pacificamente acolhida, desde logo, porque o artigo 10.º da Constituição Europeia dos Direitos do Homem não consagra expressamente qualquer prevalência da Liberdade de Expressão sobre os outros bens de personalidade, tais como a Honra, o Bom Nome e o Crédito.

Não nos parece, de resto, minimamente correcto fazer derivar esse argumento da prevalência da Liberdade de Expressão da circunstância do mencionado documento convencional não se referir expressamente ao direito à Honra³⁷.

Um tal entendimento acaba por atribuir uma particular ênfase a dois elementos da interpretação — o histórico e o sistemático, que apesar de não poderem ser desconsiderados, estão, no entanto, longe de se revelarem decisivos no âmbito da actividade interpretativa.

Verdadeiramente mais significativa se revela a questão de saber se a falta de consagração expressa da protecção à Honra pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem poderá, de algum modo, significar que este diploma normativo quis excluir este bem fundamental da personalidade humana do seu âmbito de tutela, ou, não indo tao longe, se poderá, de algum modo, inferir-se a partir da arquitetura do regime desta convenção, que o direito à Honra deve configurar-se como um direito menor, quando o mesmo se confronte com direitos de índole igualmente pessoal, tal como sucede quando se estabelece a comparação com o bem da Liberdade de Expressão.

Responder adequadamente a este problema, implica que se transcenda o plano puramente literal e sistemático de interpretação, e se entre no âmbito da disciplina vertida na Convenção Europeia dos Direitos do Homem, e tal significa uma necessária convocação da teleologia do regime, o que, por seu turno, supõe uma ponderação em torno dos interesses, valores e referencias axiológicas fundamentais que se lhe encontram subjacentes.

tacando-se neste aresto que este entendimento tem sido mantido de forma constante pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, citando, para o efeito, vários acórdãos deste tribunal, onde tal orientação se encontra vertida.

³⁷ Um tal fundamento para a prevalência da Liberdade de Expressão encontra-se explicitado no Acórdão 13 de julho de 2017, como resulta da seguinte passagem a cuja transcrição procedemos “A Convenção Europeia dos Direitos do Homem não tutela, no plano geral, o direito à honra. Não o ignora no artigo 10.º, n.º 2, mas a propósito das restrições à liberdade de expressão”. Esta construção levou aquele Tribunal a seguir o caminho diverso ao que vinham seguindo, habitualmente, os Tribunais Portugueses. Não partia já da tutela da honra, situando-se, depois, nas suas ressalvas, mas partia antes da liberdade de expressão, situando-se, depois, na apreciação das suas restrições, constantes naquele artigo 10.º, n.º 2, in <www.dgsi.pt> (p. 39 de 65).

A circunstância dos artigos 10.º e 11.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem se reportarem à tutela do valor da Liberdade de Expressão³⁸, configurando-a na óptica de uma garantia institucional, ou seja, de princípio fundamental que constitui pedra angular da edificação de um qualquer Estado de Direito, e ainda o facto de a Honra apenas figurar na disciplina da Convenção na qualidade de restrição ou ressalva ao exercício das faculdades ínsitas naquele valor fundamental não permitem, de modo algum, concluir pela menor relevância ou densidade axiológico-normativa da Honra no âmbito de funcionamento das sociedades democráticas e dos respetivos ordenamentos jurídicos.

Com efeito, a expressa referência à Honra e aos direitos de outrem no âmbito das limitações com que o valor da Liberdade de Expressão se tem de confrontar, pode querer significar antes que a Convenção Europeia dos Direitos do Homem quis atribuir um lugar de destaque à tutela dos direitos de personalidade, a propósito dos quais (direitos de outrem) fez uma menção individualizada à Honra. No fundo, o que este legislador internacional quis deixar bem exposto, é que tão relevante quanto o bem da Liberdade de Expressão, cuja tutela teve a preocupação de enfatizar, se revelam afinal os direitos da personalidade, considerando que a Honra é merecedora do mesmo nível de proteção que aquele outro bem de natureza também eminentemente pessoal.

Apenas este nos parece ser o entendimento correcto acerca do alcance a atribuir à disciplina contida no artigo 10.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, e mormente da ressalva contida no seu número dois, pois atribuir prevalência à Liberdade de Expressão no âmbito da colisão entre os bens jurídicos da Honra, Reputação e Bom Nome, poderá constituir uma perigosíssima forma de legitimar as intromissões ou invasões da comunicação social nos irredutíveis e intangíveis valores de personalidade humana.

Ainda no âmbito desta problemática acerca do modo como a Convenção Europeia dos Direitos do Homem abordou, do *ponto de vista sistemático*, a colisão entre a Liberdade de Expressão e a Honra,

³⁸ Afigura-se-nos demasiadamente formal, a prevalência atribuída pelo Acórdão do s.T.J. de 13 de julho de 2017 ao Valor da Liberdade de Imprensa, pela circunstância de a Convenção Europeia dos Direitos do Homem não partir já da Honra, situando-se este bem jurídico nas ressalvas constantes do artigo 10.º, n.º 2, mas partir antes da Liberdade de Expressão, a cuja disciplina se debruça nos artigos 10.º e 11.º (argumento este retirado do Acórdão do s.T.J. de 30 de julho de 2011 e citado na pg. 51 de 65 do Acórdão de 13 de julho de 2017, in <www.dgsi.pt> do Acórdão a cuja anotação procedemos).

importa sublinhar que também o nosso Código Civil não se refere expressamente no artigo 70.º³⁹ e s. ao Direito à Honra, o mesmo sucedendo, de resto, quanto a um outro direito de personalidade com maior relevância axiológica, como é o caso do Direito à Vida.

Ora, ninguém pode duvidar antes de mais que o legislador de 66 se encontrava efectivamente preocupado com a tutela eficaz dos direitos à Vida e à Honra, e que ausência de referência expressa aos mesmos, não os coloca na situação de menor dignidade, quando confrontados com outros direitos de personalidade especialmente disciplinados, tais como o direito ao Nome (artigo 72.º), o direito ao Pseudónimo (artigo 74.º), e o direito à Reserva da Intimidade da Vida Privada (artigo 80.º).

Concluir o contrário, em virtude da falta de uma disciplina nominada dedicada aos direitos à Vida e à Honra, representaria uma inadmissível e reprovável postura conceptualista, que apenas nos cânones de uma perspectiva estritamente positivista poderia encontrar respaldo.

Podemos assim constatar que certas dimensões nucleares e fundamentais da personalidade humana se revelam absolutamente estruturantes da Dignidade do Homem enquanto ser livre e responsável, não se manifestando assim significativa a ausência da disciplina jurídica-positiva expressa de tais matérias, quer essa omissão se registre no plano da legislação ordinária, a nível das Constituições, ou de diplomas normativos internacionais. Razão pela qual, ninguém pode duvidar da enorme relevância que o bem jurídico da Honra, do Bom Nome e à Reputação desempenha em qualquer ordenamento jurídico das sociedades Europeias Ocidentais, e assim sendo, idêntico impacto o Direito à Honra tem necessariamente de assumir no âmbito de uma codificação cujo *humus* ou o respectivo pano de fundo valorativo assenta numa ética humanista.

Para além disso, manifesta-se entendimento dominante na dogmática dos vários ordenamentos continentais, que os mais diversos direitos de personalidade, por terem em vista a tutela de interesses pessoais, possuem, num plano abstracto de valoração, uma natureza hierárquica idêntica⁴⁰.

Estando em causa uma questão de responsabilidade civil decorrente da violação pela imprensa dos direitos de personalidade dos vi-

³⁹ Obviamente que o artigo 70.º acolhe a Honra como uma das suas dimensões fundamentais, cfr. a este propósito o nosso estudo, *Responsabilidade Civil por Ofensa ao Crédito ou ao Bom Nome*, 128.

⁴⁰ Cfr., a este propósito, R. Capelo de Sousa, *Do Direito Geral de Personalidade*, 548; Gerald MÄSCH, 233-234.

sados pelos eventos noticiosos, encontramos-nos então na presença de dois direitos de personalidade colidentes, não se vislumbrando motivos para invocar nesta sede um conjunto de considerações de feição publicista que desequilibrem a composição, à priori, igualitária ou paritária dos interesses em presença.

No fundo, regista-se a propósito da resolução do problema específico da colisão de direitos a mesma tendência para reconduzir a compreensão das matérias juscivilísticas aos cânones constitucionais: o já atrás aludido fenómeno de constitucionalização do Direito Civil.

De acordo com este entendimento, parece admitir-se que apenas a propósito deste valor fundamental se tutelam interesses públicos ou dimensões públicas essenciais, esquecendo, desta feita, que a tutela dos direitos de personalidade transcende também o plano da protecção meramente intersubjectiva. Importa então, nesta sede, questionar se será realmente assim, de desconsiderar, deste modo, a dimensão ou vertente transindividual⁴¹, que igualmente pontifica no âmbito da tutela dos direitos de personalidade. Ninguém contesta que os direitos de personalidade enquanto formas de tutela de dimensões nucleares da pessoa humana, assume um cunho acentuadamente individual ou subjectivo. A inclusão dos direitos de personalidade na categoria mais ampla dos direitos subjectivos, e a sua caracterização no âmbito de tal universo enquanto direitos de natureza pessoal, constitui uma constatação clara da dita matriz individual de tais direitos.

Porém, não podemos ignorar que a ausência de protecção pelo ordenamento jurídico destes bens fundamentais da personalidade, conduziria a uma degradação ou diminuição da Dignidade da Pessoa Humana, impedindo as pessoas enquanto particulares de se assumirem como seres livres e iguais, e enquanto cidadãos, ver-se-iam privados de um espaço fundamental de afirmação da sua autonomia perante o risco de atuação arbitrária dos entes públicos.

Revelando-se um dado incontestável que a Dignidade da Pessoa Humana deve ser considerada como um valor nuclear, na base do qual se constrói o edifício constitucional dos modernos ordenamentos jurídicos, questiona-se então se a tutela e a defesa da pessoa

⁴¹ Uma simples leitura do trecho do Acórdão do s.T.J. de 13-07-2017, que, de imediato, passamos a transcrever, permite-nos claramente concluir que foi este o entendimento acolhido por esta alta instância jurisdicional: “No fundo, com tudo isto, estará, talvez, a vir ao de cima a contraposição entre a tendência nacional- e não só- para o individualismo (que a tutela do direito à Honra, habitualmente protege) e a visão internacional mais virada para as realidades coletivas, especialmente as reportadas ao suporte da sociedade tal como se pretende que ela seja.” Cfr. p. 42 de 65 do *Acórdão do s.T.J. de 13-07-2017* (in <www.dgsi.pt>).

representam afinal uma preocupação de índole puramente subjetiva ou individual. Obviamente que a resposta a uma tal pergunta tem de ser negativa, desde logo, pela simples circunstância da tutela da personalidade ter sido eleita como uma das causas do moderno constitucionalismo Europeu.

Torna-se, então, mister atribuir um maior peso à vertente colectiva e institucional omnipresente no âmago da tutela da dignidade da pessoa humana, porquanto os interesses públicos que nessa sede reclamam protecção não se revelam inferiores, aos envolvidos na afirmação do bem da Liberdade de Expressão. Realmente, sem Liberdade de Expressão não pode afirmar-se a existência de um Estado de Direito Democrático, mas um Estado onde a Dignidade Humana não seja preservada não é seguramente um Estado de Direito.

Situando-nos, porém, num universo juscivilístico, porque é nesta sede que o caso *sub iudice* deve ser basicamente analisado, cumpre também sublinhar que a disciplina dos direitos de personalidade surge perpassada por exigências axiológicas supra-individuais. Não podemos neste contexto deixar de convocar o enquadramento dogmático dos direitos de personalidade, associando a tal categoria de direitos o epíteto de direitos indisponíveis. Uma tal classificação não assume apenas relevância no plano dogmático-conceptual, uma vez que a doutrina nacional qualificou assim esta categoria de direitos, por ter tomado em conta a disciplina que o Código Civil lhes reservou, destacando neste contexto, de modo particular, o disposto no artigo 81.º.

Desde logo, o número um deste preceito estabelece particulares restrições a propósito da admissibilidade das limitações voluntárias no âmbito dos direitos de personalidade. Resulta da regra estabelecida neste preceito, que são permitidas as limitações convencionalmente definidas a propósito do exercício de direitos de personalidade, salvo quando tais limitações se revelem contrárias às exigências de ordem pública. Encontramos nesta ressalva uma clara limitação de ordem pública ao poder conformador dos particulares relativamente aos direitos de personalidade, demonstrando, de modo claro, que as prerrogativas dos particulares se encontram nesta sede subordinadas a interesses públicos.

Uma tal disciplina parece, no entanto, contrariar a aludida caracterização dos direitos de personalidade como direitos indisponíveis. Com efeito, se aos particulares é permitido, por via convencional, definir uma grelha de direitos e de obrigações correspondentes ao exercício dos seus direitos de personalidade, então parece infirmada a característica da indisponibilidade normalmente associada a este tipo de direitos.

A este propósito, não podemos, porém, ignorar que no longo e nem sempre fácil percurso de afirmação dogmático-jurisprudencial dos direitos de personalidade, assistiu-se a um progressivo e gradual reconhecimento de uma vertente ou dimensão patrimonial a este género de direitos, sem que aos mesmos se tenha deixado de ser associada a sua matriz eminentemente pessoal.

Particularmente paradigmática se manifesta esta tendência no âmbito dos direitos de autor, não sendo igualmente disciplinada a sua ocorrência a propósito dos direitos à imagem e à integridade física, assistindo-se, em qualquer dos universos mencionados, à emergência das teorias monistas⁴², que por contraposição às perspectivas dualistas, configuram os direitos em análise como um único direito, que apresenta uma dupla vertente (pessoal/ patrimonial), sem todavia deixarem de ser qualificados como direitos de personalidade;

Ora, relativamente a tais direitos, não admira que se possa afirmar um espaço mais ou menos amplo de disponibilidade reservado aos respetivos titulares⁴³.

Porém, no tocante ao núcleo essencial dos direitos, cujo radical, é como vimos, de índole estritamente pessoal, não se vislumbra a possibilidade dos respetivos titulares disporem dos respetivas ou prerrogativas a favor de terceiros. Importa, de resto, salientar que a doutrina do início do século xx manifestava uma particular repugnância em qualificar os direitos de personalidade como direitos subjetivos⁴⁴, em virtude dos mesmos serem fundamentalmente perspectivados como poderes de vontade, e assim sendo, levantavam-se particulares obstáculos, desde logo, de ordem lógica, à admissibilidade de direitos em que se registasse

⁴² Cfr., a este propósito, a tendência registada na *common law*, para incluir a vertente patrimonial dos bens de personalidade no âmbito do *right of publicity*, sendo que se verifica, porém, cada vez mais a afirmação de perspectivas monistas, que tendem a não descaracterizar a dimensão pessoal dos direitos de personalidade, apesar de no seu conteúdo se identificar uma manifesta dimensão patrimonial, cfr. David LIBLING, “The concept of property: property in intangibles”, *L.Q.Rev* 1978) 103 e s.

⁴³ Cfr. a este propósito, o nosso estudo, *Responsabilidade Civil por Ofensa ao Crédito ou ao Bom Nome* 99 (especialmente nota 122).

⁴⁴ Cfr., a este propósito, as posições na doutrina nacional, de Guilherme Moreira, José Tavares e Cabral de Moncada, cfr., acerca de tais posições, o nosso estudo, *Responsabilidade Civil por Ofensa ao Crédito ou ao Bom Nome*, 152 e s. (especialmente nota 228). No âmbito da moderna doutrina civilista nacional, há quem conteste ainda que as pessoas enquanto titulares de direitos de personalidade possam ser objecto de direitos subjectivos, no sentido de estes serem perspectivados como poderes de uma pessoa sobre a outra, ou seja, contestando neste âmbito a configuração do direito subjectivo como poder de vontade, cfr Diogo Leite de CAMPOS, “Tempo, Pessoa e Agregado, na Relação Jurídica”, *Revista da Ordem dos Advogados* 72 (2012) 25.

uma identidade entre o sujeito e o objecto dos direitos.

Para além de tais dificuldades, questões de natureza ética podem ainda revelar-se contrárias à imputação da qualidade de direito subjetivo aos direitos de personalidade, invocando-se, nesta sede, o risco da legitimação do suicídio, na eventualidade de se aceitar que o titular do Direito à Vida possa livremente dispor deste bem fundamental.

Este argumento não se revela, no entanto, decisivo, pois como sabemos o ordenamento jurídico pode estabelecer limitações à disponibilidade, com vista fundamentalmente a proteger os titulares de direitos de personalidade. Porém, e atenta, a natureza eminentemente pessoal e extrapatrimonial dos bens tutelados pelos direitos de personalidade, defendemos, por inspiração na Filosofia Kantiana, que o cerne da caracterização dos direitos de personalidade se traduz na respectiva eficácia *erga omnes*, e não nos poderes de disposição particularmente característicos dos direitos reais.

Desta feita, quando nos reportamos à indisponibilidade como nota caracterizadora dos direitos de personalidade, queremos, na essência, destacar a natureza eminentemente pessoal e extrapatrimonial de tal categoria de direitos.

Voltando agora ao regime do artigo 81.º, que nos fez suscitar todas estas lucubrações, importa debruçarmo-nos sobre a disciplina contida no seu número dois, que permite a livre revogabilidade do contrato, do qual decorram limitações à personalidade, não obstante uma tal faculdade possa ser acompanhada da obrigação de reparar os danos causados à contraparte: uma obrigação normalmente circunscrita ao ressarcimento do interesse contratual negativo⁴⁵.

Bem vistas as coisas, encontramos-nos colocados perante uma derrogação ao princípio da pontualidade do cumprimento das obrigações (artigo 406.º), de acordo com o qual, apenas a revogação por mútuo consenso pode pôr termo às relações obrigacionais.

Em rigor, uma tal entorse à disciplina geral consagrada no artigo 406.º, decorre da circunstância das limitações voluntárias aos bens da personalidade se reportarem a um objecto contratual que se traduz em bens de natureza pessoal.

Ora, aqui, mais do que em qualquer domínio obrigacional de

⁴⁵ Neste contexto, importa, porém, reter o ensinamento de Paulo Mota Pinto, de acordo com o qual, a eficácia da declaração revogatória do titular de direito de personalidade não se encontra dependente do cumprimento do aludido direito à indemnização da contraparte: “A limitação voluntária é, por outro lado, livremente revogável (com obrigação de indemnização, mas sem que a eficácia da revogação fique dependendo do seu cumprimento)...”, cfr. Paulo Mota PINTO, “A Protecção da Vida Privada e a Constituição”, *Boletim da Faculdade de Direito* 76 (2000) 191.

natureza patrimonial, se justifica a ideia, segundo a qual, o Direito das Obrigações tende a evitar o mais que pode vinculações de natureza perpétua⁴⁶, com o objetivo de proteger o titular do direito de personalidade que assumiu determinadas obrigações, contra qualquer eventual atitude irreflectida ou menos ponderada aquando da assunção de tais deveres. No fundo, subjacente a esta solução legislativa encontra-se precisamente a mencionada natureza, indisponível ou extrapatrimonial dos direitos de personalidade. Assim sendo, apesar do n.º 1 do artigo 81.º sugerir que são, por regra, admissíveis as limitações convencionais de direitos de personalidade, o número dois deste preceito vem afinal apontar para uma ideia de indisponibilidade, relativa é certo, dos direitos de personalidade.

Sem pretender estender a exposição, não podemos, porém, deixar de fazer referência particular ao regime dos procedimentos especiais” de tutela da personalidade humana -providências adequadas às circunstâncias do caso...” a que se reporta o n.º 2 do artigo 70.º. Outrora, esta matéria era regulada pelos artigos 1474.º e 1475.º do Código de Processo Civil, sendo tais procedimentos qualificados pela generalidade da doutrina como processos de jurisdição voluntária, universo no âmbito do qual se fazem sentir com particular acuidade as exigências regulativas do princípio do inquisitório.

Este regime processual que pretendeu ser mais consentâneo com a maior discricionariedade judicial sugerida pelo artigo 70.º n.º 2 quanto à aplicação de tais medidas reflecte, de modo claro, a ideia de que a tutela dos direitos de personalidade não é apenas uma questão colocada na disponibilidade dos particulares, pontificando aí também, de maneira particular, exigências e interesses de ordem pública.

Após a reforma do Código de Processo Civil em 2012, esta matéria encontra-se regulada nos artigos 879.º a 890.º, revelando a nova disciplina sobre a matéria da tutela processual da personalidade uma

⁴⁶ Estas limitações à perpetuidade das vinculações contratuais assumidas a propósito dos direitos de personalidade, introduzidas por via legislativa, não deixam de ser perspectivadas como soluções inspiradas por interesses públicos relevantes. Encontramo-nos aqui perante limitações à autonomia privada que traduzem a preocupação de proteger o individuo dele próprio. No fundo, estas normas representam manifestações de um certo paternalismo jurídico. Acerca deste tipo de limitações legais que visam proteger a pessoa dela própria (da sua irreflexão e inexperiência...), cfr. John HOSPERS, “Libertarianism and Legal Paternalism”, *The Journal of Libertarian Studies* 4/2 (1980) 256. Com um diferente enfoque, mas suscetíveis de se integrarem neste universo são as normas jurídicas impositivas de formalismo negocial, porquanto as mesmas têm como um dos objetivos essenciais proteger os particulares da sua irreflexão.

intensificação da aludida dimensão publicística⁴⁷, e como tal, uma maior maleabilidade e discricionariedade do juiz na aplicação das medidas céleres e casuisticamente adequadas para a defesa dos bens de personalidade.

Basta tomar em consideração os prazos particularmente breves estabelecidos no artigo 879.º, n.º 1, para a marcação da audiência (20 dias subsequentes, à apresentação do requerimento com as provas) bem como a possibilidade de ser proferida uma decisão provisória irrenunciável sujeita a alteração ou confirmação posterior no processo nos termos previstos no nº5 do mesmo preceito, para nos apercebermos que foi claro propósito do legislador processual ductilizar os mecanismos especiais de tutela da personalidade, com o objetivo de evitar a efectivação de ofensas ou atenuá-las com a maior brevidade possível, conferindo assim menor intensidade às ofensas cometidas.

Um tal regime especial decorre da circunstância sugestivamente evidenciada por Pais de Vasconcelos “Há algo de Ordem Pública que se impõe com muita força ao simples interesse particular”⁴⁸. Em face de todas estas considerações, que manifestamente têm como objectivo explicitar a presença de interesses públicos ou colectivos na tutela dos bens de personalidade, permitam-nos concluir, tal como fomos deixando subentendido, que afinal a dignidade da pessoa humana, e a defesa dos direitos de personalidade reclamada enquanto corolário lógico da afirmação daquele valor fundamental, constituam pedras angulares, sem as quais um qualquer Estado de Direito não pode ser edificado ou não pode subsistir enquanto tal.

IV. O predomínio da Liberdade de Expressão e a dificuldade de responsabilização da imprensa nas hipóteses de divulgação de factos inverídicos ou inexatos

O modo particularmente generoso como o Supremo Tribunal de Justiça tem tratado o valor da Liberdade de Imprensa leva esta alta instância jurisdicional a proferir conclusões demasiadamente genéri-

⁴⁷ Para uma análise mais aprofundada sobre o regime do novo Código de Processo Civil, cfr. P. Pais de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 8.ª ed., Coimbra, 2015, 46-48; J. Remédio MARQUES, “Alguns Aspectos Processuais da Tutela de Personalidade humana na Revisão do Código de Processo Civil de 2012”, *Revista da Ordem dos Advogados* 72 (Abril/Setembro 2012) 653 e s. (o autor pronunciava-se sobre a matéria no momento em que se preparava ainda a reforma do Processo Civil).

⁴⁸ Cfr. P. Pais de VASCONCELOS, *Direito de Personalidade*, Coimbra, 2006, 132.

cas, e como tal, nem sempre rigorosas, mormente no que respeita ao núcleo de factos pelos quais a Imprensa pode ser considerada responsável no âmbito da crónica social.

Bem vistas as coisas, acaba por se registar uma tendência para se colocar praticamente no mesmo plano a divulgação pela imprensa de juízos de valor proferidos no âmbito de artigos de opinião oriundos do campo da litigância política e a transmissão de factos inverídicos e inexatos. Relativamente a qualquer uma destas categorias, certos arestos do Supremo Tribunal de Justiça acabam genericamente por decidir no mesmo sentido — afastamento da responsabilidade dos periódicos que procederam à divulgação de tais tipos de notícias.

No que concerne à comumente designada crónica política, em que está fundamentalmente em causa um universo dominado pelos juízos de valor, o Supremo tem entendido que “Não podem considerar-se ilícitos os artigos de opinião que — embora redigidos de forma mordaz, contundente e desprimorosa, se situam no cerne no debate e crítica à ação política e governativa...”⁴⁹.

No tocante à divulgação de factos no âmbito da crónica social, esta alta instância jurisdicional tem considerado que, mesmo quando estes sejam inexatos ou inverídicos, não há lugar a obrigação de indemnizar fundada em responsabilidade civil, quando os elementos factuais transmitidos não sejam objectivamente suscetíveis de atingir “o direito à Honra e consideração pessoal do visado”⁵⁰.

Com esta conclusão, o Supremo Tribunal de Justiça quer fundamentalmente transmitir que existem declarações de facto *absolutamente neutrais*, pois apesar de serem inexatas ou inverídicas, não se revelam dotadas de potencialidade ofensiva.

Ora, sobre esta matéria, importa considerar que em relação aos juízos valorativos difundidos no âmbito da crítica política não se suscitam quaisquer dúvidas que nos encontramos colocados perante um domínio onde pontifica o relativismo axiológico. No quadro de funcionamento dos Estados de Direito das modernas sociedades plurais e conflituais, onde perante a quase dominante afirmação da laicidade,

⁴⁹ Cfr, *Acórdão do S.T.J. de 13 de julho de 2017 (ponto II do sumário)*, in <www.dgsi.pt>. Cfr. o nosso estudo, *Responsabilidade Civil por Ofensa ao Crédito ou ao Bom Nome*, 302 (“os maus tratos discursivos protagonizados pelos dirigentes partidários na sequência de uma campanha eleitoral, uma vez circunscritos a questões de natureza político-ideológica, representam o exercício de um direito fundamental à participação política e à realização dos valores da liberdade de pensamento e de expressão, ...”)

⁵⁰ Cfr, *Acórdão S.T.J. de 13 de julho de 2017 (ponto IV do sumário)*, in <www.dgsi.pt>.

não nos deparamos com a afirmação de valores superiores, não é possível admitir a existência de referências axiológicas incontestáveis.

No âmbito da litigância política, toda e qualquer proposta valorativa se sujeita ao confronto ou ao debate crítico de outras propostas sustentadas por fundamentos ou cargas axiológicas de sentido oposto. Tais considerações estendem-se igualmente a outros universos onde os juízos e as opiniões críticas constituem a respetiva marca de água, tal como sucede no âmbito das artes, da cultura e da ciência.⁵¹

Revelando-se então como regra consensualmente aceite que a divulgação de opiniões ou de juízos de valor políticos não é dotada de potencialidade ofensiva dos direitos de personalidade, cabendo assim aos visados por este tipo de declarações defenderem-se com o mesmo tipo de armas, ou seja, com argumentos ideológico-políticos, não pode, porém deixar de igualmente ser evidenciada a existência de ressalvas a um tal entendimento, ressalvas essas capazes de poderem justificar a responsabilidade civil pela divulgação de tal tipo de declarações.

Com efeito, não podemos esquecer os ensinamentos de há muito consolidados na doutrina que estabeleçam alguns limites à crítica política, científica, cultural..., porquanto o espaço de liberdade de apreciação crítico-valorativa só pode ser ocupado por valorações e opiniões oriundas dos universos atrás mencionados, e como tal, toda e qualquer divulgação de eventos noticiosos não pode deixar de estar subordinada aos cânones prevalecentes nessas áreas.

Razão pela qual, não pode deixar de se assacar responsabilidade civil por juízos valorativos a quem ultrapasse as linhas definidoras de quanto se possa considerar como crítica razoável e aceitável, uma vez que impõe-se combater com veemência a instrumentalização da crítica para desferir ataques à Honra, Bom Nome ou Reputação dos parceiros ou opositores políticos, culturais, académicos, científicos...

Não podemos esquecer que anda associada à política o nobre privilégio de alimentar controvérsias, com um limite, porém, que

⁵¹ Cfr. o nosso estudo, *Responsabilidade Civil por Ofensa ao Crédito ou ao Bom Nome*, 301 e s. Assim, no contexto da discussão científica não pode o candidato ao grau de Doutor no decurso de provas públicas para obtenção deste título académico, considerar-se atingido no seu Bom Nome e Reputação para efeitos de aplicação do art.º 484º, pela circunstância do(s) arguentes(s) colocar(em) em causa a Honestidade ou o mérito científico da obra. Obviamente que aos membros do júri apenas é permitido a livre crítica quando a mesma se circunscreva ao núcleo científico das matérias em discussão, não lhes sendo, de modo algum, permitido desferir ataques à personalidade ou considerações desprimorosas acerca do caráter ou perfil pessoal do candidato. Ao proceder de uma tal forma, os membros do júri estariam a desenvolver comportamentos censuráveis, a incluir, portanto, no âmbito da *Schmäbkritik*.

esse privilégio impõe; o de impedir um ambiente de chicana pessoal. Neste sentido se orienta a doutrina germânica, que se reporta a esses limites, proibindo a *Schmähkritik*⁵².

Bem vistas as coisas, estes limites explicitados pela dogmática alemã podem reconduzir-se, no plano constitucional, à esfera dos limites imanentes, e a nível civilístico, ao instituto do abuso de direito⁵³, e com este relacionado, aos conflitos aparentes de direitos⁵⁴.

Apenas tomando em conta todas estas ressalvas podemos concordar com o Supremo tribunal de Justiça quando considera que “... os artigos de opinião que- embora redigidos de forma mordaz, contundente e desprimorosa”⁵⁵ não podem considerar-se ilícitos. Importa explicitar, na senda de quanto no início da anotação já deixámos referido, que a responsabilização por juízos de valor apenas pode fundar-se no artigo 483.º n.º 1, e já não no âmbito do artigo 484.º.

Em relação à segunda categoria de declarações, insusceptíveis de responsabilizar os agentes — os factos inverídicos ou inexatos objectivamente não ofensivos dos direitos de personalidade de outrem-, temos muitas dúvidas em admitir a sua admissibilidade, desde logo, em termos tao amplos e categóricos, de um elenco de factos inverídicos ou inexato absolutamente neutrais.

Como já foi amplamente mencionado, o preceito do Código Civil que responsabiliza o agente pela divulgação de factos — o artigo 484.º —, não elenca a falsidade como pressuposto do ilícito aí previsto. Sob este aspeto, a nossa legislação utilizou um enunciado diverso e mais amplo que o correspondente ao modelo germânico do § 824 do B.G.B., no âmbito do qual apenas se admite a responsabilidade pela divulgação de factos falsos.

O âmbito manifestamente mais restrito do B.G.B. confere relevância muito especial à *Exceptio Veritatis*, matéria essa que em face do nosso direito positivo continua a suscitar particulares dificuldades,

⁵² Cfr, a este propósito, Manuel da Costa ANDRADE, *Liberdade de Imprensa e Inviolabilidade Pessoal*, 290-291; o nosso estudo, *Responsabilidade Civil por Ofensa ao Crédito ou ao Bom Nome*, 313 (onde nos referimos especificamente à relevância dos limites impostos pela *Schmähkritik* no âmbito da Sátira e da Paródia). No âmbito da jurisprudência nacional, cfr. acórdão do S.T.J. de 25 de março de 2010 (in <www.dgsi.pt>): de acordo com o aresto, a chicana não está sequer ao abrigo do Direito de Informar.

⁵³ Cfr. o nosso estudo, *Responsabilidade Civil por Ofensa ao Crédito ou ao Bom Nome*, 77 (nota 94), 96 e s. (nota 120).

⁵⁴ Cfr. o nosso estudo, *Responsabilidade Civil por Ofensa ao Crédito ou ao Bom Nome*, 86-87.

⁵⁵ Cfr. *Acórdão do S.T.J. de 13 de julho de 2017* (in <www.dgsi.pt> — ponto II do sumário)

tornando esta questão numa autêntica *Vexata Quaestio*.

Desta feita, a maior abertura do regime contido no artigo 484.º legitima desde a entrada em vigor do Código de 66, a dúvida sobre a admissibilidade da responsabilização do agente pela divulgação de factos verdadeiros⁵⁶. Porém, a redacção deste preceito nunca suscitou dúvidas quanto à afirmação de responsabilidade quando se verifica a transmissão de factos falsos.

Não podemos nesta sede esquecer que a *ratio* determinante da circunscrição do ilícito ao Crédito e ao Bom Nome às afirmações de facto, ficando excluídos do seu âmbito juízos de valor, resulta da circunstância daquelas se revestirem de uma maior potencialidade ofensiva, uma vez que as mesmas se arrogam de uma presunção de verdade⁵⁷.

Para além disso, no tocante ao núcleo de declarações abrangidas por este preceito — as declarações de facto- importa ter em conta uma diretriz bem consolidada na nossa dogmática, de acordo com a qual “o Direito não pode encarar com os mesmos olhos a verdade e a mentira”⁵⁸. Em face desta premissa fundamental para orientar o nosso raciocínio no contexto em análise, a responsabilização pelos factos verdadeiros apenas se revelará admissível verificadas circunstâncias excepcionais, desde logo, quando ocorra uma clara violação do princípio da proporcionalidade.

Importa então tomar em consideração o contexto em que a declaração foi proferida, o meio através do qual a notícia foi divulgada, o impacto mais ou menos intenso das informações transmitidas, para se poder levar a cabo um juízo de ponderação sobre a observância ou inobservância das exigências regulativas da proporcionalidade, desde logo, as envolvidas nos respetivos corolários: a saber, o da necessidade, o da adequação e o da proporcionalidade em sentido estrito.

Uma tal dificuldade sentida a propósito da responsabilização

⁵⁶ Com efeito, a responsabilização pela divulgação de factos verdadeiros constituiu desde a entrada em vigor do Código de 66 uma questão polémica, como se pode depreender do debate travado entre Antunes Varela e Pessoa Jorge sobre a matéria. Enquanto Antunes Varela, não admite a relevância da *exceptio veritatis*, Pessoa Jorge considera que a verdade se traduz numa causa de exclusão da ilicitude, cfr, J. Antunes VARELA, *Das obrigações em Geral*, 1, 10.ª ed., Coimbra, 2005, 548-549 (especialmente a nota 2 da p. 548); Fernando Pessoa JORGE, *Ensaio sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil*, Coimbra, 1968, (Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal 80), 310.

⁵⁷ Cfr. Manuel Carneiro da FRADA, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Coimbra, 2004, 609. Na Jurisprudência Nacional, vide, *Acórdão do S.T.J. de 14 de Fevereiro de 2012* (in <www.dgsi.pt>, em particular o ponto IX das conclusões).

⁵⁸ Cfr. J. Sinde MONTEIRO, *Relatório sobre o Programa, Conteúdo e Método de uma Disciplina de Responsabilidade Civil*, 2009, 47.

por factos verdadeiros que para a doutrina contrária⁵⁹, de resto, nem se coloca, não encontra paralelo quando nos encontramos perante a divulgação de factos falsos.

Por estarem em causa situações de facto, infirmadas na e pela realidade histórico-social, regista-se, desde logo, uma enormíssima susceptibilidade de tais declarações se revelarem manifestamente ofensivas dos direitos de personalidade dos visados, mormente dos seus direitos à Honra, Bom Nome e Reputação.

Não vislumbramos assim à partida afirmações de facto, que pela sua natureza, sejam considerados objectivamente inócuos. Quando muito, e apenas residualmente poderá admitir-se que algumas informações relativas a certos dados pessoais, tais como a idade, estatuto socioprofissional, sexo das pessoas visadas, bem como umas tantas outras respeitantes a determinados estados ou situações exteriores, a saber, o clima, a localização do sítio onde decorreram os factos, a parametrização temporal dos eventos, se possam qualificar como neutros ou diferentes, na eventualidade de serem individualmente considerados.

Porém, todos estes dados ou informações, quando expostos em determinado contexto, ou com um certo encadeamento, podem constituir fonte para fortes ataques aos direitos de personalidade das pessoas a quem aqueles respeitam. No elenco de circunstâncias ou elementos suscetíveis de converterem dados informativos inócuos em afirmações ofensivas aos direitos de personalidade de outrem, contam-se, entre outros, os exageros expositivos, as descontextualizações, hipóteses, nas quais, pode com toda a probabilidade, estar presente um propósito do agente em distorcer a verdade dos factos.

Destarte, na base da conversão de dados aparente e isoladamente inócuos em afirmações ofensivas podem encontrar-se motivações subjectivas, sendo que a averiguação acerca do carácter ofensivo ou neutro das afirmações encontra-se naturalmente dependente de uma apreciação descomprometida ou objetiva.

Tendo consciência que os elementos ou dados de facto numa primeira análise tidos por inócuos, apenas assumem relevo quando apreciados em determinado contexto, então a contextualização ou descontextualização revela-se fundamental para apreciar o carácter ofensivo ou inócuo daqueles⁶⁰.

⁵⁹ Cfr, entre nós, a já mencionada orientação seguida por Pessoa Jorge, cfr. Fernando Pessoa JORGE, *Ensaio sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil*, 310.

⁶⁰ Torna-se, necessário o intérprete proceder à apreciação dos eventos noticiosos *in totum*, ou seja, na sua globalidade. Na verdade, poderemos deparar-nos com os factos em si mesmos verídicos, ou inexatos aparentemente, mas em virtude, da técnica narrativa utilizada (exageros expositivos, incompletude das notícias,

Em face de todas estas considerações, sentimos, pois, muita dificuldade em rever-nos no entendimento que tem feito vencimento no Supremo Tribunal de Justiça, de acordo com o qual existem factos inexatos ou inverídicos, que atenta na sua natureza, não são susceptíveis de atingir os direitos à Honra e consideração pessoal do visado.

Para além disso, esta posição parece-nos excessivamente generosa ou amiga da tutela da Liberdade de Expressão, ignorando desde há muito a discussão travada na doutrina e na jurisprudência em torno da admissibilidade da responsabilização do agente por factos verdadeiros. Com efeito, se em relação a um contexto, relativamente ao qual não se suscitam particulares dúvidas quanto ao surgimento da responsabilidade no âmbito do artigo 484.º — os factos falsos — o Supremo Tribunal de Justiça tem levantado, em termos genéricos, obstáculos tão significativos, então parece estar longe do horizonte desta linha de orientações, nele seguidas, aceitar a admissibilidade da responsabilização por factos verdadeiros.

Na verdade, temos sempre advogado a este propósito que, a divulgação de factos verdadeiros, pode, atento o respetivo contexto, revelar-se particularmente ofensiva dos direitos à Honra e Reputação dos visados⁶¹, implicando, assim, qualquer decisão ponderada sobre esta matéria uma particular análise das circunstâncias do caso. Razão pela qual a formulação pelo Supremo Tribunal de Justiça de conclusões tão genéricas, sem referência a válvulas de escape ou ressalvas particulares, não se nos afigura uma posição muito correta, traduzindo antes uma postura unilateralista na apreciação do conflito de direitos em análise — Liberdade de Expressão versus Bom Nome e Reputação.

descontextualização dos assentos ...), acabam por serem considerados inexatos, ou com potencialidade ofensiva, para os respetivos destinatários, cfr., a este propósito, o nosso estudo, *Responsabilidade Civil por Ofensa ao Crédito ou ao Bom Nome*, 452 e s.; Roberto PARDOLESI, “Responsabilità Civile-Diffamazione a Mezzo Stampa Diritto di— Limiti —”, *Foro Italiano* 1 (1984) 2713.

⁶¹ Aliás, uma tal perspetiva tem tido ao longo dos anos particular acolhimento na Jurisprudência Nacional, cfr., a este propósito, *Acórdão do Supremo Tribunal de 14 de Fevereiro de 2012*, de acordo com o qual a tutela civil da honra abrange “... facto ou opinião informativa sejam ou não verdadeiros, desde que os mesmos sejam susceptíveis, dadas as circunstâncias do caso, de abalar o prestígio de que a pessoa goze ou o bom conceito em que seja tida...” (acórdão este obtido por unanimidade, cfr. <www.dgsi.pt>).

ABUSO DO DIREITO DE AÇÃO E RESPONSABILIDADE CIVIL

UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DOS ORDENAMENTOS
LUSO-BRASILEIRO E NORTE-AMERICANO

FRANCISCO MUNIZ

1. Sintetização da problemática e delineamento do percurso da investigação: a edificação de relações de responsabilidade civil extracontratual no contexto do exercício abusivo do direito de ação

Não é recente a discussão acerca da natureza do direito de ação, seu conteúdo e limites. A plurivocidade do conceito de “ação”, bem como os questionamentos da acurácia técnico-dogmática da correlata expressão “direito de ação”¹ e a defesa do uso de terminologia distinta em sua substituição², decorrem dos distintos pressupostos gnoseoló-

¹ Para Pontes de Miranda, deve-se evitar a expressão “direito de ação”, a qual ensejaria uma confusão entre ação e a ligação dela ao direito. Não existiria direito à pretensão ou direito à ação. A pretensão de que é dotado o direito subjetivo possui diversos elementos, dentre os quais a “ação”, compreendida como o remédio jurídico processual. A ação seria, assim, inerente ao direito e um dever correspondente ao Estado, desde que arvorou para si a tutela jurídica e a realização da justiça. Cf. Pontes de MIRANDA, *Tratado das ações*, t. I, 2.^a ed., São Paulo: RT, 1972, 116.

² Nogueira defende a utilização da expressão “Direito fundamental à jurisdição”, pois evitaria confusão terminológica com as distintas acepções do significante “ação”: ação em sentido material, no sentido processual, etc. Cf. Pedro Henrique Pedrosa NOGUEIRA, *Teoria da ação de direito material*, Salvador: JusPodivm, 2008, 45 e s.

gicos que sejam estabelecidos para a compreensão dos citados termos, do contexto e das finalidades a que se destinam o seu uso.

A multiplicidade de conteúdos encerrados no que se compreende por direito de ação³ e a historicidade⁴ das distintas construções conceituais impõem a delimitação previa do significado utilizado e, por conseguinte, a fixação das premissas tomadas por ponto de partida de um estudo que vise analisar as possíveis consequências do seu exercício abusivo, especificamente nas hipóteses que o abuso implica danos a partir dos quais se possa pensar na edificação de uma responsabilidade civil.

Na tradição jurídica luso-brasileira, o direito de ação pode ser extraído do direito de acesso à justiça⁵, que possui uma dimensão prestacional mais ampla e engloba diversos deveres para o Estado (*e. g.*, garantir a razoável duração do processo, o patrocínio judiciário gratuito, etc.)⁶. Também o direito de acesso à justiça pode ser considerado contingente e deve ser compreendido a partir dos diversos influxos (sociais, econômicos, etc.) que norteiam a contínua cons-

³ Paula Costa e SILVA, *Acto e Processo: O Dogma da Irrelevância da Vontade na Interpretação e nos Vícios do Acto Postulativo*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, 150.

⁴ Calmon de Passos, na década de 60 do Século xx, ressaltava a historicidade do conceito de direito de ação, ao aderir à conclusão de Riccardo Orestano, para quem apenas com referência a um ordenamento concreto seria possível determiná-lo. Cf. J. J. Calmon de PASSOS, *A ação no direito processual civil brasileiro*, Salvador: Jus Podivm, 2014, 27. A concepção porosa do direito de ação pode ser evidenciada pelas inúmeras conceituações extraídas em distintos contextos históricos e quadrantes jurídicos diversos. Para uma ilustração da miríade de concepções que podem ser observadas, vide os entendimentos colacionados em: João de Castro MENDES, *O direito de ação judicial: estudo de processo civil*, Lisboa: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1957, 12-14. Décadas depois da publicação da obra de Mendes, ainda frisava Antunes Varela que o tema permanecia controverso, cf. João de Matos Antunes VARELA, “O direito de ação e a sua natureza jurídica”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência* 3824 (1993) 325-326. Ao tratar do direito de ação, limitar-se-á neste trabalho a apresentar as compreensões necessárias ao desenvolvimento da problemática, por ser impossível neste tipo de trabalho apresentar e tratar de uma lista exaustiva de autores que desenvolveram a questão. Nesse mesmo sentido desenvolveu Luigi Paolo COMOGLIO, *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*, Padova: Cedam, 1970, 44.

⁵ Acesso à justiça compreendido como a síntese da garantia de acesso aos tribunais e ao direito, prevista no artigo 20.º da Constituição da República Portuguesa (CRP). Nesse sentido: Ronnie Preuss DUARTE, *Garantia de acesso à justiça: os direitos processuais fundamentais*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, 19. No Brasil, o direito de acesso à justiça pode ser inferido do princípio da inafastabilidade da jurisdição, consagrado no artigo 5.º, xxxv, da Constituição Federal (CF).

⁶ J. J. MENDONÇA / Florentino dos SANTOS, *Acesso equitativo ao direito e à justiça*, Coimbra: Almedina, 2016, 166.

trução dos ordenamentos jurídicos⁷ e umbilicalmente vinculado à intencionalidade normativa⁸ que cada sistema de direito visa proteger.

Parte-se, portanto, da noção de que o direito de ação consubstancia o exercício concreto do direito de acesso à justiça e decorre da solicitação de uma providência estatal para a resolução de uma controvérsia e atribuição de uma determinada tutela, com a devida observância dos predicados impostos pelo ordenamento jurídico para a entrega de uma solução justa (no contexto luso-brasileiro, podem ser exemplificados o direito a um processo sem dilações indevidas, ao contraditório efetivo, etc.).

O direito de acesso à justiça é um “direito processual fundamental”⁹ intimamente vinculado à proteção do sentido do direito enquanto direito, à tutela da pessoa e toda a carga axiológica a ela conferida, bem como à garantia da efetividade dos direitos de que dispõem a pessoa, uma vez que é o recurso ao Poder Judiciário, em um cenário de vedação da autotutela, que poderá resguardá-los¹⁰.

Se a salvaguarda do acesso ao direito e aos tribunais foi um objetivo político inserido no contexto da consolidação dos direitos humanos no século xx, um grande dilema dos ordenamentos jurídicos no século xxi é reafirmar o direito de acesso à justiça e, ao mesmo tempo, apresentar respostas ao seu uso abusivo em um cenário de aumento exponencial do número de litígios judiciais, que traz consigo uma crescente intolerância à utilização desarrazoada do direito de ação¹¹.

A consolidação dos direitos processuais fundamentais se deu concomitantemente a um crescente aumento no volume de litigância¹², fenômeno que abrange países com distintos níveis de desenvol-

⁷ J. J. MENDONÇA / Florentino dos SANTOS, *Acesso equitativo ao direito e à justiça*, 388.

⁸ “a intenção normativa é, portanto, uma exigência que se funda em valores e que uma comunidade histórico-socialmente concreta pretende que se realize na prática”, cf. leciona Fernando José BRONZE, *Lições de introdução ao Direito*, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, 173.

⁹ A expressão colhida em J. J. Gomes CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, Coimbra: Almedina, 2003, 446.

¹⁰ Ronnie Preuss DUARTE, *Garantia de acesso à justiça: os direitos processuais fundamentais*, 87.

¹¹ “The current litigation explosion places an increasingly intolerable burden on the nation’s courts.” (Milton HANDLER / Richard A. De SEVO, “The Noerr Doctrine and it’s sham exception”, *Cardoso Law Review* 6 (1984) 54.

¹² O fenômeno da explosão dos números de litígios judiciais não decorre, entretanto, de uma pueril conclusão de que as sociedades contemporâneas se tornaram consciente de seus direitos e as pessoas passaram a exercer o direito de ação com maior intensidade. Referindo-se especificamente ao caso norte-americano, Ol-

vimento e que muitas vezes se veem igualmente assolados com a utilização desmedida do sistema judicial, a exemplo de Portugal, Brasil e Estados Unidos¹³. Neste cenário contemporâneo, caracterizado por sociedades cuja população está mais consciente dos direitos de que dispõe e nas quais os tribunais judiciais são vistos como a principal (e praticamente exclusiva) forma de se alcançar justiça¹⁴, surgem os “litigantes frívolos”¹⁵, a aforar ações inúteis e ações que, ainda que possuam utilidade para o autor, extrapolam os limites da litigância responsável por descumar a teleonomologia¹⁶ do direito de ação e pro-

son elenca uma miríade de interesses concorreram para que o sistema jurídico fosse moldado para incentivar o aumento da litigiosidade, ao concluir que “America did not begin litigating more and harder because its population suddenly took into its head to become more contentious. We got more lawsuits because those who shaped our legal system wanted more lawsuits. The American litigation explosion was no enigmatic Big Bang from out of a void. It had a long, traceable fuse.” (Walter K. OLSON, *Litigation explosion: what happened when America unleashed the lawsuit*, New York: Truman Talley Books Dutton, 1991, 5).

¹³ Miguel Carlos Teixeira PATRÍCIO, *Análise econômica da litigância*, Coimbra: Almedina, 2005, 156.

¹⁴ Por evidente, não se descarta da existência de particularidades e tendências que fogem a esta regra geral. Nos EUA, por exemplo, apesar do elevado número de litigância em números proporcionais e absolutos, a limitação do acesso à justiça no que tange a um largo espectro de direitos é um fenômeno que provocou, *v. g.*, a diminuição do número de ações coletivas relativas a direitos civis (como casos de discriminação relacionadas a vínculos trabalhistas) em mais de 95%, cf. Sarah STASZAK, *No day in court: access to justice and the politics of judicial retrenchment*, New York: Oxford University Press, 2015, 18. A mesma *Scholar* da Universidade de Harvard (p. 8-9) afirma que um conjunto de fatores levaram à limitação do acesso à justiça: o desenvolvimento e proliferação de práticas de soluções alternativas de litígios, mudanças nas regras processuais sobre as ações coletivas e sobre julgamentos sumários e acordos, o crescimento das agências estatais de regulação, esforços para proteger grupos de indivíduos ou atores governamentais de serem processados (imunidades qualificadas), o uso da 11.^a Emenda para proteger Estados de serem processados na suas próprias cortes, a limitação dos remédios legais que incentivam a busca por um procedimento judicial, diminuição de honorários sucumbenciais, danos punitivos, e tentativas de limitar a jurisdição das cortes para ouvir determinadas demandas ou estabelecer novos remédios nos termos da lei, entre outras medidas.

¹⁵ “A *litigância frívola* pode ser definida como a litigância com baixa probabilidade de êxito provocada pelo queixoso. Este, qual *improbis litigator*, decide levar a questão a Tribunal mesmo apercebendo-se de que o valor que irá obter é inferior aos custos que terá que suportar (supondo-se, naturalmente, que esses custos não são em tal montante que até um *litigante legítimo* se veja nesta situação...)”, cf. Miguel Carlos Teixeira PATRÍCIO, *Análise econômica da litigância*, 63.

¹⁶ Expressão trabalhada por Fernando José Bronze e descrita como “um teleologismo de fins e de valores”, conforme síntese de Linhares em José Manuel Aroso LINHARES, “Juízo ou decisão? Uma interrogação condutora no(s) mapa(s) do

vocar consequências ilícitas.

À semelhança da generalidade dos direitos, o direito de ação possui limites ao seu manejo, cuja transposição leva o sujeito ao terreno da ilicitude¹⁷. Não se confunde, entretanto, delinear os limites e formas de concretizar o seu exercício legítimo com a estipulação de um dever de não propor ações ou de não sucumbir após a propositura de uma demanda perante os tribunais¹⁸: é da definição das possibilidades e dos pressupostos para a responsabilidade civil por ilícitos que decorrem do manejo abusivo do direito de ação como um instrumento para causar danos¹⁹.

Buscar-se-á, em síntese, responder na presente investigação ao seguinte questionamento: quais as possíveis respostas que o direito da responsabilidade civil dos ordenamentos jurídicos de Portugal, do

discurso jurídico contemporâneo”, in Fernando José BRONZE *et al.*, coord., *Juízo ou decisão? O problema da realização jurisdicional do direito*, Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2016, 233.

¹⁷ Por todos, vide: Pedro de ALBUQUERQUE, *Responsabilidade processual por litigância de má-fé, abuso de direito e responsabilidade civil em virtude de actos praticados no processo*, Coimbra: Almedina, 2006, 67.

¹⁸ É oportuno, neste ponto, o alerta de Dinamarco: “as situações concretas devem ser interpretadas com sensata razoabilidade, de modo a evitar a repressão a condutas que somente revelem astúcia ou espírito de luta, sem transbordar para o campo do excesso. Como em todo combate, reprimem-se os golpes baixos mas sem golpes não há combate. Golpes leais não são reprimidos porque fazem parte de jogo.” (Cândido Rangel DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, vol. II, 6.^a ed., São Paulo: Malheiros, 2009, 274). Descabido, portanto, considerar a arena processual um espaço de luta livre, conforme também pontuou Stoco (ainda que, conforme se verá neste trabalho, com uma visão mais estreita sobre o que se poderá considerar um exercício abusivo do direito de ação): “Não se pode conceber que o indivíduo que arrasta outro a uma demanda da qual estava incontestavelmente livre deva eximir-se ao ressarcimento dos prejuízos que lhe causou. Nem se diga, empregando o argumento por nós acima exposto, que tal fato deriva da própria natureza humana, que não pode à primeira vista distinguir o justo do injusto; a nossa hipótese é de um direito incontestável aos olhos de toda gente até mesmo daquele que tem a vista obscurecida pelo próprio interesse.” (Rui STOCO, *Abuso do direito e má-fé processual*, São Paulo: RT, 2002, 145).

¹⁹ Não se olvida a existência das hipóteses em que o direito de ação implica a incidência das normas gerais de responsabilidade civil, denominadas por Menezes Cordeiro de responsabilidade pela ação ou culpa *in agendo* (António Menezes CORDEIRO, *Litigância de má-fé, abuso do direito de ação e culpa “in agendo”*, Coimbra: Almedina, 2014, 150). O autor (*ibid.*, 200) assevera que estas hipóteses de culpa *in agendo* estão geralmente ligadas às situações em que o ilícito perpetrado a partir do processo emanem efeitos para além dos autos onde se verifique o problema. Limita-se, entretanto, o escopo do presente trabalho ao estudo da modalidade de ilicitude configurada a partir do abuso de direito e suas possíveis implicações no âmbito da responsabilidade civil.

Brasil e de países que adotam sistemas de inspiração inglesa (*Common Law*) apresentam para a hipótese em que o exercício do direito de ação causa danos aos demandados e/ou a terceiros?

O percurso a ser desenvolvido até a apresentação das conclusões formuladas para o problema apresentado passa, primeiramente, pelo delineamento da origem e pressupostos do conceito de direito de ação, bem como do seu sentido e limites de seu exercício regular. Em razão dos limites objetivos e espaciais da presente investigação, não se adentrará nos pormenores das distintas concepções existentes acerca dos conceitos de direito de ação e de abuso de direito (para uma análise mais aprofundada das problemáticas inerentes a cada um dos termos, bem como uma análise crítica de cada um deles, remete-se o leitor para as obras referenciadas de maior fôlego ao longo do presente trabalho), mas se buscará apresentar os pressupostos que nos levam a adotar as concepções defendidas.

Em seguida, apresentar-se-á a compreensão do abuso do direito nos países que adotam o sistema da *Common Law*, bem como algumas hipóteses que podem ser consideradas uma expressão de abuso de direito de ação naquele sistema: *malicious prosecution* e *abuse of process*.

Por fim, buscar-se-á evidenciar a existência de um problema comum aos distintos ordenamentos jurídicos investigados (o abuso do direito de ação), cujas respostas partem de fundamentos semelhantes: a necessidade de se resguardar a teleonomologia do direito de acesso à justiça.

2. Da compreensão do conceito de direito de ação à configuração de seu exercício abusivo no direito luso-brasileiro

Delimitar o direito de ação como a possibilidade de se buscar uma tutela jurisdicional dotada de predicados necessários à atribuição de uma decisão justa acerca de uma pretensão implica concluir que a existência de direito material não é pressuposto da existência do direito de ação²⁰; seu exercício legítimo encontra-se, entretanto, vinculado à observância da finalidade e sentido do processo, bem como aos

²⁰ J. J. Calmon de PASSOS, *A ação no direito processual civil brasileiro*, 20. Em Portugal, no mesmo sentido, Lebre de Freitas entende que “é hoje pacificamente entendido como um direito público totalmente independente da existência da situação jurídica para a qual se pede a tutela judiciária, afirmando-se como existente ainda que ela na realidade não exista, a afirmação basta à existência do processo com o consequente direito à emissão de sentença.” (José Lebre de FREITAS, *Introdução ao processo civil: conceito e princípios gerais à luz do código revisto*, Coimbra: Coimbra Editora, 1996, 79).

valores fundamentais do sistema jurídico, configurando-se um poder correlacionado a diversos deveres jurídicos²¹.

Para se compreender os limites do direito de ação, o seu sentido deve ser cotejado com o sentido da responsabilidade civil que possa a ele ser vinculado, em decorrência do exercício ilegítimo do direito de propor uma demanda em juízo. Distinguir, na esteira do pensamento de Hannah Arendt e do pensamento capitaneado por Castanheira Neves, entre o objetivo, ou seja, a serventia que é dada a determinado instituto jurídico (“para que” serve), e o seu sentido, aquele que atribui significância dignificante a algo (“em nome de quê”), possui a importância de demarcar os pressupostos ético-axiológicos de um dado instituto jurídico e evitar que ele seja atirado em uma cadeia de utilidades desprovida de um princípio último²², apartado da intencionalidade que o enforma e que lhe apresenta um sentido do direito enquanto direito²³. O abuso será verificado, por conseguinte, quando o exercício de um direito se encontre em dissonância com o seu sentido e colida com os princípios normativos do direito enquanto direito²⁴.

²¹ João de Matos Antunes VARELA, “O direito de acção e a sua natureza jurídica”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência* 125/3824-3826-3831 (1993) 317.

²² Acerca dos problemas de um paradigma utilitarista de compreensão dos meios e fins das ações humanas desprovidos de um princípio justificante: Hannah ARENDT, *The human condition*, Chicago: University of Chicago Press, 1998, 153-154.

²³ Acerca da perquirição do sentido do direito, colhem-se as lições de Pinto Bronze, a partir do pensamento de Castanheira Neves, que, assim como Hannah Arendt, também atribui à concepção de sentido um viés axiológico: “...sentido é diferente da mera descrição de um fenómeno porque o sentido tem imediatamente a ver com o homem, toca-o interpelantemente, impondo-lhe a assunção de um compromisso com os outros e com as coisas. (...) um sentido não é susceptível de ser considerado empírico-analiticamente (não pode descrever-se na sua mera objectividade), pois só se compreende prático-intencionalmente...” (Fernando José BRONZE, *Lições de introdução ao Direito*, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, 149) e continua adiante: “uma ordem de direito não é apenas uma ordem com a estrutura, as funções, as notas caracterizadoras e os efeitos que analisámos. Tem também um sentido que importa compreender. E um sentido, já o sabemos, só pode ser compreendido num universo significante. De modo que a pergunta para nós circunstancialmente decisiva deve formular-se assim: o que é que, no universo de valores por mediação dos quais nos compreendemos uns aos outros como sujeitos éticos, é então o direito?” (*ibid.*, 153). É, pois, o sentido do direito, denominado por Castanheira Neves de “princípio normativo”, lastreado em sua axiológica validade fundamentante (*ibid.*, 463). Nas palavras do próprio C. Neves: “o primeiro sentido da ideia de direito é, certamente, o do respeito incondicional da pessoa humana (...) ser pessoa é ser sujeito de direito e o direito só pode sê-lo de pessoas.” (A. Castanheira NEVES, “O papel do jurista no nosso tempo”, in *Digesta*, vol. I, Coimbra Editora, 1995, 40).

²⁴ Mafalda Miranda BARBOSA, *Estudos de teoria geral do direito civil*, Lisboa: Principia, 2017, p. 131. Nos dizeres de Barbosa (ob. cit., p. 122) “O abuso do di-

Pautados na reafirmação da personalidade²⁵, na consideração de que responsabilizar alguém significa considerá-lo como pessoa, e não como objeto, os conceitos de liberdade e responsabilidade estão intrinsecamente ligados à configuração da dignidade da pessoa humana²⁶ e à teleonomologia da responsabilidade civil²⁷, instituto este que busca evitar que os desígnios de uma pessoa sejam realizados às custas do sacrifício injustificado de outrem²⁸.

Não se há de falar, pois, em liberdade de exercício de direito de ação sem a correlata responsabilidade por todos os danos que podem ser causados em decorrência do manejo de direitos processuais, sejam culposas ou dolosas as condutas: dissociar a íntima relação entre a responsabilidade e a liberdade implicaria macular o substrato comum ao sentido que norteia a responsabilidade civil e o direito fundamental de acesso à justiça, que é resguardar a pessoa humana e os direitos que lhe são inerentes.

No direito português, a vedação ao abuso de direito está consagrada²⁹ no artigo 334.º do Código Civil e pode ser exprimido como o exercício do direito que respeita a estrutura formal do texto da lei,

reito configura-se, assim, como uma contradição entre os dois polos que entretencem o direito subjetivo. A sua estrutura formal reconhecida pelo ordenamento jurídico e o fundamento normativo que integra esse mesmo direito e lhe confere materialidade devem estar em conformidade. Quando esta não é detetada, ocorre o anunciado abuso.”

²⁵ Também a defender uma raiz marcadamente personalista para o direito de ação, vide: João de Matos Antunes VARELA, “O direito de acção e a sua natureza jurídica”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência* 3831 (1993) 169.

²⁶ De acordo com Milagros Otero PRAGA, “La libertad. Una cuestion de axiologia jurídica”, *Boletim da Faculdade de Direito* 75 (1999) 179, “El individuo debe ser libre porque el respeto a su dignidad así lo exige.”

²⁷ “encontrada na ideia de personalidade a matriz ética em que radica o sentido do direito, e estruturando-se aquela numa dialéctica entre liberdade e responsabilidade, à responsabilidade civil não pode deixar de ser reconhecida uma intencionalidade última que seja diretamente comunicada pelo princípio normativo do direito enquanto direito.”, cf. alude Mafalda Miranda BARBOSA, “Reflexões em torno da responsabilidade civil – teleologia e teleonomologia em debate”, in: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. 81, 2005, p. 558)

²⁸ A. Castanheira NEVES, “Pessoa, direito e responsabilidade”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 6 (jan./mar. 1996) 42.

²⁹ Mas ao citado artigo 344.º não se limita, pois a ideia de vedação ao abuso de direito, de acordo com Barbosa, “decorre do próprio entendimento normativo hodierno”, configura um princípio normativo e visa exprimir a compreensão do direito justo, no entender de Castanheira Neves, acompanhado por Barbosa em entendimento com o qual concordamos. Cf. Mafalda Miranda BARBOSA, *Estudos de teoria geral do direito civil*, 130; A. Castanheira NEVES, *Questão-de-facto e Questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade (Ensaio de uma reposição crítica)*, Coimbra: Almedina, 1967, 525.

mas é ilegítimo por macular a sua afetação substancial, funcional ou teleológica, de modo que, se originar um dano do exercício abusivo do direito, o seu titular pode ser condenado a indenizar o lesado, desde que reunidos os demais pressupostos da responsabilidade³⁰.

A jurisprudência portuguesa compreende o abuso de direito a partir de recortes objetivos, sendo despicienda a consciência de que se excedem os limites fixados pelo direito, apesar de a intenção com que o titular do direito agiu contribua para a compreensão, no caso concreto, da existência ou não do abuso de direito³¹. Entendimento semelhante àquele da jurisprudência portuguesa é encontrado nos tribunais do Brasil³² a respeito da interpretação do artigo 187.º do Código Civil brasileiro, que reproduziu, com ligeiras alterações, o artigo 334.º do Código Civil de Portugal. No Brasil, o abuso do direito é considerado cláusula geral³³ aplicável a todos os ramos do direito³⁴. À semelhança da jurisprudência lusitana também configura ilicitude objetiva e prescinde da análise do dolo ou culpa do agente, de modo que a responsabilidade civil do titular de um direito abusivamente exercido impõe tão somente a existência de dano a terceiros e o nexo com a conduta³⁵.

Não existe presunção de abuso de direito³⁶ e somente pode ser configurado a partir da análise do caso concreto. Problema normativo que é, não escapa à compreensão de que toda interpretação de norma somente pode ser realizada em concreto³⁷.

³⁰ João de Matos Antunes VARELA, *Das obrigações em geral*, vol. 1, Coimbra: Almedina, 2015, 544.

³¹ Mafalda Miranda BARBOSA, *Estudos de teoria geral do direito civil*, 138.

³² Ilustra-se o entendimento a partir do seguinte acórdão: BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Nona Câmara Cível, Apelação Cível nº 70054562335, Relator: Miguel Ângelo da Silva, Data de Julgamento: 25/09/2013, Data de Publicação: 27/09/2013.

³³ Cristiano Chaves de FARIAS / Nelson ROSENVALD / Felipe Peixoto BRAGA NETTO, *Curso de direito civil*, vol. 3, Salvador: JusPodivm, 2018, 227-228.

³⁴ Nesse sentido, é o Enunciado n.º 414 do Conselho da Justiça Federal.

³⁵ É, outrossim, o entendimento firmado no Enunciado nº 37 da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: “A responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico.” No mesmo sentido: Alexandre GUERRA, *Responsabilidade civil por abuso do direito*, São Paulo: Saraiva, 2011, 400; Nelson NERY JUNIOR / Rosa Maria de Andrade NERY, *Código Civil comentado*, São Paulo: RT, 2006, 296-297.

³⁶ Fredie DIDIER JR. / Daniela Santos BOMFIM, *Pareceres*, vol. 2, Salvador: JusPodivm, 2018, 24; António Menezes CORDEIRO, *Litigância de má-fé*, 78.

³⁷ A interpretação que faria a norma legal transmutar-se em previsão normativa ocorre apenas no caso concreto, o qual, por sua vez, apenas transforma-se em um caso típico dentro da norma legal, já que o texto da norma não seria promulgado

As conclusões expostas são válidas também nas específicas situações de abuso de direito de ação, espécie do gênero abuso de direito, que deve ser objetivamente caracterizado a partir das nuances do caso concreto, independentemente de dolo ou culpa do agente³⁸. O abuso do direito de ação independe da existência de dano à parte contrária³⁹

Há, portanto, limites funcionais e extrínsecos ao direito de ação, de modo que a mera observância formal das regras processuais não configura a legitimidade do seu exercício⁴⁰: além da adequação aos requisitos processuais, deve-se observar o objetivo da ação e o sentido do direito processual civil. Configura, por exemplo, um exercício disfuncional de posição jurídica⁴¹ aproveitar-se do direito de ação para concretizar um processo judicial que provoque danos não abrangidos pela esfera da justa decisão que dele advenha ou um processo com finalidade diversa daquele que lhe fornece o seu sentido de existência.

Mesmo quando a demanda é exercida a partir do meio processual adequado e se mostra necessária a tutela jurídica dos direitos do

para ser apenas compreendido, mas para ser trabalhado pelo jurista. Constitui-se, portanto, uma circularidade hermenêutica que não se enquadra na vetusta dicotomia entre questão de fato e questão de direito, já que não existiria uma interpretação abstrata da norma, cujo sentido somente poderia ser adquirido diante do caso concreto: a cisão entre interpretação da lei e qualificação dos fatos é substituído pelo “vaivém do olhar”, no lugar da concatenação metódica e ordenada das etapas lógico-substantivas. Cf. Francisco Arthur de Siqueira MUNIZ, *As retóricas na história da (in)distinção conceitual entre questão de fato e questão de direito: análise do juízo de cognição do conceito indeterminado de improbidade administrativa dolosa nos recursos especiais*, Dissertação de Mestrado – Centro de Ciências Jurídicas – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2013, 57.

³⁸ Nesse sentido: Pedro Baptista MARTINS, *O abuso do direito e o ato ilícito*, 3.^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997, 75; Marcelo Rodrigues PRATA, “O abuso no exercício do direito de ação, a litigância de má-fé e a reforma do CPC”, *Revista Trabalhista* 24 (2007) 152.

³⁹ Adroaldo LEÃO, *O litigante de má-fé*, Rio de Janeiro: Forense, 1982, 10; José Olímpio de CASTRO FILHO, *O abuso do direito no processo civil*. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960, 191; em sentido contrário, a entender pela necessidade de configuração de dano para a existência de abuso do direito de ação (apesar de a autora tratar o dano de forma alargada): Helena Najjar ABDO, *O abuso do processo* São Paulo: RT, 2007, 124.

⁴⁰ Paula Costa e SILVA, *A litigância de má fé*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 555. Conforme leciona Varela (João de Matos Antunes VARELA, *Das obrigações em geral*, vol. I, 544), “O exercício do direito em termos reprovados pela lei, ou seja, respeitando a *estrutura formal* do direito, mas violando a sua *afecção substancial*, funcional ou teleológica, é considerado como ilegítimo.”

⁴¹ Terminologia que, para Menezes Cordeiro, melhor exprime o conceito de abuso de direito. Cf. Antônio Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, I, Parte Geral, Tomo IV, Coimbra: Almedina, 2005, 372.

autor, o seu desmembramento por múltiplas ações⁴², ao invés de sua propositura em um único processo (ou no menor número possível), poderia configurar um desvirtuamento dos fins do processo ou do dever de mitigar a perda da contraparte⁴³, para além dos ônus já inerentes à sujeição à ação (incômodo e angústias naturais da situação de se encontrar inserido em um litígio judicial, contratação de advogados, presença em audiências, possibilidade de arcar com os ônus sucumbenciais...), de modo a configurar um propósito meramente emulatório na pulverização da demanda por várias ações⁴⁴. Não é por ser extraído de norma de direito fundamental⁴⁵ que o exercício do direito de ação não estará limitado à proibição do abuso de direito: violar a confiança ou buscar vantagens mínimas mediante provocação de danos exacerbados configuram hipóteses de abuso do direito de ação⁴⁶. Também a propositura de uma ação arrimada em fatos sabidamente inverídicos, com o objetivo único de lesar o demandado ou terceiros, configura uma lide temerária e abuso do direito de ação, devendo o lesante responder pelos danos decorrentes⁴⁷.

Por vezes, a jurisprudência confunde má-fé com abuso de direito, ou os aproxima com claras zonas de sobreposição⁴⁸, “ou mesmo

⁴² Problema levantado também por Paula Costa e SILVA, *A litigância de má fé*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 618.

⁴³ Acerca da incidência do *topos* “*duty do mitigate the loss*” no processo civil, enriquecido com apresentação de estudo de caso, vide: Fredie DIDIER JR., “Multa coercitiva, boa-fé processual e supressão: aplicação do duty to mitigate the loss no processo civil”, *Revista de Processo* 34/171 (maio 2009) 35-48. Também a reiterar a inadmissibilidade de se provocar danos evitáveis a outrem ou além do estritamente necessário para legitimamente exercer seu direito em (e através do) juízo: Pedro de ALBUQUERQUE, *Responsabilidade processual* 133.

⁴⁴ A possibilidade de configuração de ilicitude decorrente de “atuações processuais complexas”, ou seja, quando um conjunto de ações individualmente legítimas constituem um ilícito se analisadas holisticamente, também é analisada em: António Menezes CORDEIRO, *Litigância de má-fé*, 202.

⁴⁵ Até mesmo o próprio direito de acesso à justiça não é ilimitado. Câmara lembra que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (v. Acórdão Golder, de 21/02/1975, e Acórdão Waite e Kennedy, de 18/02/1999) possui decisões que registram que o direito de acesso aos tribunais não é absoluto e pode ser restringido pelos Estados na medida em que se mostre necessário ou adequado para alcançar um fim legítimo, respeitado o princípio da proporcionalidade. Cf. Miguel Bettencourt CAMARA, *O direito a um processo justo na justiça cautelar e o dever de indemnizar*. Lisboa: AAFDL Editora, 2018, 40.

⁴⁶ António Menezes CORDEIRO, *Litigância de má-fé*, 145.

⁴⁷ Renata SOLTANOVITCH, *Responsabilidade processual*. São Paulo: Scortecci, 2010, 122.

⁴⁸ Pedro de ALBUQUERQUE, *Responsabilidade processual*, 80.

litigância de má-fé, abuso de direito e responsabilidade civil”⁴⁹. Na doutrina, expõem-se sensíveis dissensos quanto ao alcance, aos critérios e normas de incidência aptas a sancionar os ilícitos oriundos da atuação processual, conforme evidencia o cotejo do entendimento de Paula Costa e Silva⁵⁰ com o pensamento de Pedro de Albuquerque⁵¹ e

⁴⁹ Pedro de ALBUQUERQUE, *Responsabilidade processual*, 81.

⁵⁰ Para Paula Costa e Silva (*A litigância de má fé*, 552), cuja obra foi escrita posteriormente aos trabalhos de Cordeiro e Albuquerque sintetizados nas notas subseqüentes, a litigância de má-fé configura um tipo especial de ilícito, uma vez que ambos tutelariam bens jurídicos idênticos e perseguiriam finalidades iguais: a norma o artigo 542.º CPC (antigo artigo 456.º no CPC de 1961) encontrar-se-ia em uma relação de especialidade em relação ao artigo 483.º/1 CC, e os ilícitos absorvidos pela norma processual em questão receberiam uma valoração diversa daquela prevista no Código Civil para os fatos jurídicos em geral. O fato de a indenização imposta pelo dispositivo processual civil do artigo 542.º ser arbitrada não atribuiria a ela o caráter de pena, mas “um meio de eliminação, dentro da medida do possível, dos danos provocados na esfera da parte processual lesada” (p. 543). Tratar-se-ia, no entender da autora, de limitações válidas e razoáveis da repressão dos ilícitos às hipóteses de condutas processuais realizadas com dolo ou culpa grave, e que não violaria o âmbito de proteção efetiva dos bens jurídicos violados pela atuação processual ilícita (p. 546), que estariam justificados pela natureza do ato lesivo ser uma conduta processual (p. 524). A existência de hipóteses especiais em que todas as modalidades de culpa são sancionadas (*v. g.*, atual artigo 374.º CPC) justificar-se-ia pela especial periculosidade que estaria subjacente às regras violadas, de modo que, ao sancionar apenas a conduta dolosa, o artigo 22.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (CIRE) seria o único dispositivo a fugir desta lógica (p. 512). Ao centralizar os ilícitos decorrentes de condutas oriundas de uma relação processual nas normas processuais civis, a autora afasta, outrossim, a aplicação *per se* da cláusula geral do abuso de direito do Código Civil e afirma ser o interesse processual o instrumento escolhido pelo processo civil para reprimir o abuso do direito de ação (p. 645).

⁵¹ Pedro de ALBUQUERQUE, *Responsabilidade processual*. Para o autor, há que se distinguir a tutela do interesse público de respeito ao processo, aos tribunais e à justiça, que é realizada pelo sistema da litigância de má-fé (p. 55), do acautelamento de posições privadas que seriam resguardadas pela vedação ao abuso de direito e pelas regras gerais da responsabilidade civil (p. 59). A indenização prevista pelo dispositivo processual que sanciona a má-fé, ao estabelecer uma maior discricionariedade de o magistrado optar pela indenização que julga adequada à conduta do litigante (e não na situação do lesado), estaria sujeita a regras distintas da indenização resultante dos artigos 562.º e seguintes do CC (p. 54). A finalidade da indenização por litigância de má-fé, arbitrada pelo julgador, seria meriamente sancionatória da conduta do litigante e, quando muito, compensatória, mas não ressarcitória, pois não se mede pela extensão do dano sofrido pelo lesado, como sói ocorrer na regra geral do CC em matéria de responsabilidade civil (p. 55). Não há, outrossim, para Albuquerque, uma vedação nas normas processuais à aplicação do artigo 483.º do Código Civil (p. 102) e a tutela jurídica das lesões culposas decorrentes de uma atividade processual impor-se-ia, inclusive, por força do próprio direito de ação, contrariaria a garantia fundamental de acesso aos tribunais e o direito à tutela constitucional dos bens jurídicos fundamentais agredidos (p. 121).

Menezes Cordeiro⁵².

No Brasil, Fredie Didier Jr. entende que o abuso de direito de ação configura-se também como litigância de má-fé, esta última “a manifestação do abuso do direito de ação ou de outra situação jurídica processual decorrente em determinada relação processual”⁵³. Para o processualista brasileiro, as hipóteses de litigância de má-fé previstas na legislação processual civil são meramente exemplificativas, enquanto Menezes Cordeiro limita a litigância de má-fé às previsões tipificadas no sistema processual⁵⁴. Não podemos acolher, neste ponto, o pensamento do referido processualista brasileiro, por compreendermos que a configuração da litigância e má-fé e do abuso do direito de ação possuem distintas consequências, pressupostos diversos que os enformam, bem como a natureza e finalidade divergentes das normas que os concretizam⁵⁵.

Não se tem a pretensão, neste trabalho, de elencar todas as possíveis hipóteses⁵⁶ e distintos critérios estabelecidos pela doutrina e jurisprudência para configurar o exercício abusivo do direito de ação, por se tratar de atividade que foge ao escopo da investigação delineada no capítulo anterior. Buscou-se, sim, neste capítulo, fincar o entendimento de que o direito de ação não pode ser considerado ilimitado e sua con-

⁵² Antônio Menezes CORDEIRO, *Litigância de má-fé*. Para o autor, limitar a responsabilidade às condutas em que se prove dolo ou culpa grosseira não seria uma “gratificação”, mas sim uma restrição qualitativa da tutela civil dos bens jurídicos (p. 62), mormente por centrar-se na apreciação do comportamento do agente lesante, o que traz dificuldades probatórias e no plano da realização judicativo-decisória (p. 67). Em nova edição posterior ao lançamento da obra de Paula Costa e Silva, pontua Cordeiro (p. 72) que aquela autora, ao criticar seu posicionamento (em muito consonante com o de Pedro de Albuquerque, conforme ressalta na p. 43), considerou apenas alguns dos argumentos de Albuquerque e evitou aqueles apresentados na obra em comento. Cordeiro rebate (p. 72-73) também o argumento de que a natureza das indenizações conferidas pelo artigo 543.º/1, b), CPC seria idêntica àquela conferida pelo artigo 483.º CC e que esse entendimento poderia ser extraído do acórdão de 10-jul-2007 do STJ, ao analisar minuciosamente o aresto e concluir que a indenização ali atribuída em nada se assemelharia aos preceitos do artigo 483.º/1 CC, dado o ínfimo valor que não satisfaria qualquer cunho compensatório plausível ou de repressão eficaz. O autor conclui (p. 74) que a litigância de má-fé não é suficiente para lidar com os ilícitos perpetrados pela via processual, dado o cariz restrito de suas hipóteses e requisitos de incidência, de modo que reconduzir ao instituto processual a responsabilidade civil geral seria neutralizar este instrumento, em um claro desserviço à tutela da pessoa e do processo.

⁵³ Fredie DIDIER JR. / Daniela Santos BOMFIM, *Pareceres*, vol. 2, 34.

⁵⁴ Antônio Menezes CORDEIRO, *Litigância de má-fé*, 74.

⁵⁵ Nesse sentido, vide a síntese do pensamento de Menezes Cordeiro e Pedro de Albuquerque anteriormente cotejados.

⁵⁶ Tarefa que seria impossível, conforme registra Luis Rodrigues WAMBIER, “Abuso do procedimento especial”, *Revista de Processo* 37/204 (fev. 2012) 63.

cretização através do processo está vinculada a uma ética jurídica⁵⁷ que enforma todo o direito civil e norteia também o direito processual civil.

3. Abuso de direito no âmbito do processo nos sistemas de *common law*

No contexto dos sistemas jurídicos da *Common Law*, a compreensão do conceito de abuso de direito não assume contornos tão desenvolvidos quanto no direito luso-brasileiro. A tradicional relutância do direito inglês em pensar em termos de direitos tal qual percebidos nos países de *Civil Law* evidencia as origens da constatação acima referida acerca do abuso de direito⁵⁸ no modelo jurídico da *Common Law*. Há, entretanto, a existência de conceitos paralelos: os princípios da *Equity* (largamente desenvolvidos no direito inglês com o específico propósito de prevenir o exercício abusivo de direitos da *Common Law*), a vedação ao *Use of land in aemulationem vicini* (direito escocês que configura ilícito a atitude do proprietário que usa seu imóvel para causar um dano ao seu vizinho), o desenvolvimento da *Law of defamation/contempt of court* (pode ser considerado uma decorrência do abuso do direito/liberdade de expressão), da *Tax avoidance*, e da ideia que *Fraud unravels everything* (extraída de afirmação do Lord Denning em *Lazarus Estates Ltd v. Beasley*, para quem nenhum tribunal deveria manter incólume uma vantagem adquirida por um sujeito no contexto de uma fraude)⁵⁹.

Situação semelhante é verificada nos EUA, onde é a ideia de abuso de direito poderia ser inferida de conceitos como *Extortion*, *Misuse of copyright and patent rights*, *nuisance*, *lack of public purpose in tax law*, entre outros, a ponto de existir quem defenda a tese de que o abuso de direito é doutrina reconhecida pelo direito norte-americano, apesar de reconhecer que seria uma posição francamente minoritária⁶⁰.

O direito comum norte-americano desenvolveu, entretanto, institutos distintos para tratar de situações específicas que poderiam ser abarcadas na concepção de abuso do direito de ação de que tratamos⁶¹,

⁵⁷ “o processo não é um conjunto abstrato de equações concebidas em um laboratório, mas uma técnica a serviço de uma ética de direito material.” (Nelson ROSENVALD, *Direito civil em movimento*, 2.^a ed., Salvador: JusPodivm, 2018, 164).

⁵⁸ David ANDERSON, “Abuse of Rights”, *Judicial Review* 11/4 (2006) 350.

⁵⁹ David ANDERSON, “Abuse of Rights”, 350.

⁶⁰ Joseph M. PERILLO, “Abuse of Rights: A pervasive legal concept”, *Pacific Law Journal* 27 (1995) 38-39.

⁶¹ Especificamente quanto à responsabilidade civil no exercício do direito de ação, fora do contexto de ações penais e sob a ótica da *common law*, vide, entre outros: G. H. L. FRIDMAN, *The law of torts in Canada*, 2.^a ed., Toronto: Carswell, 2002, 861-

a exemplo da *malicious prosecution* e do *abuse of process*, dois conceitos que costumam causar confusão mesmo entre os profissionais daquele país⁶², mormente quando, em determinadas jurisdições, já foram tratados como sinônimos⁶³.

O abuso do processo (*abuse of process*) foi um conceito desenvolvido como um remédio para abarcar as hipóteses do uso indevido do processo legal que não eram acobertadas pela *malicious prosecution*, uma causa de ação que surgiu séculos antes para amparar pessoas injustificavelmente processadas. A *malicious prosecution* permite ao querelante ser indenizado, se ele conseguir demonstrar que o querelado propôs contra ele um procedimento anterior sem causa provável (*probable cause*), com malícia⁶⁴, e que o procedimento anterior foi julgado a seu favor.⁶⁵

864; Dan D. DOBBS, *The law of torts*, 2.^a ed., St. Paul: West Group, 2000, 1213-1215, 1228-1243; Cecil A. WRIGHT, *Cases on the law of torts*, 4.^a ed., London: Butterworths, 1967, 1094-1098; William L. PROSSER / John W. WADE, *Cases and materials on torts*. 5.^a ed., Mineola: The Foundation Press, 1971, 976, 984-991; CLERK / LINDSELL, *On torts*, 19.^a ed., London: Sweet & Maxwell, 2006, 994-1001; R. F. V. HEUSTON, *Salmond on the law of torts*, 15.^a ed., London: Sweet & Maxwell, 1969, 164-167, 560-561.

⁶² “Because the tort of malicious prosecution, like abuse of process, involves a common element, i.e., an improper purpose, they are often confused. However, beyond this common element the similarity ends.” (T. J. O’CONNOR, “Bull v. McCuskey: Abuse of Process Abused”, *Western State University Law Review* 247 (1980) 251) Mais adiante, na p. 256, pontua que “The cases discussed indicate that the tort is often confused with malicious prosecution and misapplied by trained judges and attorneys whose profession it is to know the law.”

⁶³ A ausência de tratamento distinto era prevista, por exemplo, na legislação do Estado de Ohio, na década de 60, cf. Tobi GOLDOFTAS, “Abuse of process”, *Cleveland-Marshall Law Review* (jan. 1964). 164. Atualmente, o Direito do Estado de Ohio trata os institutos de forma distinta, apesar de muito próximos. A distinção atual é registrada, e. g., em famoso precedente da Corte de Apelações de Ohio (Kremer v. Cox): “Abuse of process does not lie for the wrongful bringing of an action, but for the improper use, or ‘abuse,’ of process. Thus, if one uses process properly, but with a malicious motive, there is no abuse of process, though a claim for malicious prosecution may lie. The tortious character of the defendant’s conduct consists of his attempts to employ a legitimate process for a legitimate purpose in an improper manner.” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Corte de Apelações de Ohio, Nono Distrito, Kremer v. Cox, julgado em 11 de setembro de 1996. Disponível em: <<https://casetext.com/case/kremer-v-cox>>, acesso em 03-01-2019.

⁶⁴ O Justice Holmes Jr. definiu a *malice* como “a malevolent motive for action without reference to any hope of a remoter benefit to oneself to be accomplished by the intended harm to another.” (Oliver Wendell HOLMES JR, “Privilege, Malice, and Intent”, *Harvard Law Review* 8/1 (Apr. 25, 1894) 2, disponível em <<https://www.jstor.org/stable/pdf/1322381.pdf>>, acesso em 10 de dez. 2018.

⁶⁵ R. S. SCOTT III, “Abuse of process: a gap in Alabama Law”, *Cumberland Law Review* 209 (1979) 209.

As situações de *malicious prosecution* lidam com as hipóteses de propositura de ações judiciais erradas ou maliciosas que tenham causado danos aos demandados, sendo o próprio processo o instrumento que causa o dano; o abuso do processo, por seu turno, seria a utilização do processo como uma arma para pressionar os demandados e, assim, obter um objetivo impróprio, de modo que é a coação e os propósitos impróprios, não os danos causados, que diferenciam o abuso do processo do regular exercício do direito de ação, na ótica da *Common Law*⁶⁶. Em outras palavras, se uma pessoa processa um inocente por um crime sem fundamentos razoáveis para considerá-lo culpado, tem-se uma hipótese de *malicious prosecution*; se o processo possui bases razoáveis, mas é proposto para extorquir o pagamento de um débito, é abuso de processo.

O *tort*⁶⁷ denominado abuso do processo tornou-se amplamente reconhecido a partir do *leading case* *Grainger v. Hill*, um caso oriundo do direito inglês ainda na primeira metade do século XIX (1838). Até hoje não se verifica nos EUA, entretanto, uma legislação federal uniforme em relação ao chamado abuso do processo. Mesmo em uma ação baseada no uso indevido do processo federal, é a lei do Estado no qual o processo foi proposto que irá reger a configuração ou não do abuso⁶⁸, que pode ser definido como um uso impróprio ou perversão do processo para uma finalidade distinta daquela para a qual foi idealizado. O uso impróprio normalmente toma a forma de uma coerção para obter uma vantagem colateral, não necessariamente envolvendo o procedimento em si, a exemplo da imposição do pagamento de uma determinada quantia mediante a utilização do processo como uma ameaça⁶⁹.

O lesado em decorrência do abuso do processo pode ser ressarcido dos danos que sofreu em consequência natural e provável do *tort*, inclusive danos especiais (a exemplo de danos físicos ou morais, danos materiais, danos decorrentes da perda do tempo, prejuízos a um negócio, propriedade ou posição financeira), além de ensejar danos punitivos

⁶⁶ Tom Ka CHEUNG NG, “Abuse of Legal Process as a Cause of Action A note on *Land Securities plc and others v Fladgate Fielder (A Firm)*”, *Hong Kong Journal of Legal Studies* 183 (2011) 187.

⁶⁷ Termo que se aproxima da ideia de delito nos sistemas jurídicos de direito romano-germânico.

⁶⁸ “In an action based on misuse of federal process, the law of the state in which the process was issued controls. There is no federal common law of abuse of process” (Milton HANDLER / Richard A. De SEVO, “The Noerr Doctrine and its sham exception”, 38).

⁶⁹ “usually takes the form of coercion to obtain a collateral advantage (...) not properly involved in the proceeding itself, such as the surrender of property or the payment of money, by the use of the process as a threat or a club.” (William L. PROSSER, *Handbook of the Law of Torts*, 4.^a ed., St. Paul: West Pub., 1971, 857).

exemplares, quando se prova que o abuso do processo foi acompanhado da malícia⁷⁰.

4. Conclusões

Fixadas as premissas do que se compreende por direito de ação, estabelecidas as distinções compreendidas entre abuso do direito de ação e litigância de má-fé, bem como elencados os pressupostos para a configuração do abuso do direito de ação nos sistemas de direito português, brasileiro e norte-americano, entende-se possível apresentar aqui algumas linhas acerca do resultado do cotejo entre os sistemas jurídicos investigados.

O exame da intencionalidade do ato que se busca enquadrar como *malicious prosecution* e *abuse of process* toma, nos sistemas jurídicos anglo-saxônicos, uma relevância que não se verifica no âmbito do direito luso-brasileiro. A prova da intenção daquele que exerce o direito de ação constitui pressuposto para a configuração do *tort*, o que não se verifica na experiência dos países de *Civil Law* analisados neste artigo.

A relevância atribuída a critérios subjetivos pelos sistemas de origem anglo-saxônica, em oposição ao critério objetivo-finalístico dos sistemas luso-brasileiros, não impede, entretanto, que se vislumbre características comuns aos dois sistemas jurídicos na configuração do abuso do direito de ação. Da leitura dos precedentes que enformam a doutrina da *malicious prosecution* e do *abuse of process*, percebe-se que as conclusões alcançadas objetivam vedar a utilização do processo para finalidades distintas daquela que ensejam a sua consagração, sob pena de se desvirtuar o sentido do próprio direito de acesso à justiça, compreensão análoga àquela que está na base da ideia de vedação ao abuso do direito de ação.

Em todos os sistemas analisados, ainda que a partir de pressupostos probatórios distintos e com amplitude do dever de indenizar e configuração dos danos com nuances evidentes, o lesado pelo exercício abusivo do direito de demandar em juízo pode buscar reparação civil dos prejuízos sofridos. Observa-se, assim, um sinal de que o abuso do direito de ação não é tolerado e demanda uma resposta do direito da responsabilidade civil, que reafirme os deveres éticos que permeiam a concretização da garantia de acesso à justiça.

⁷⁰ Tobi GOLDOFTAS, "Abuse of process", *Cleveland-Marshall Law Review* (jan. 1964) 170.

DAS FUNÇÕES RECONSTITUTIVA E PUNITIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

PROPOSTAS DE REFORMA DO CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS

HENRIQUE SOUSA ANTUNES

1. Notas introdutórias¹

A discussão sobre a função punitiva da responsabilidade civil está indelevelmente marcada pelo pecado original da responsabilidade. No início dos tempos, a reparação e a punição constituíam uma mesma resposta à ofensa praticada. Que a conduta de um agente pudesse ser sancionada com um fim diverso da retribuição movida pelo mal imputado àquele comportamento pressupôs a sofisticação do pensamento jurídico. A responsabilidade civil emancipou-se da responsabilidade penal e, ciosa da sua alforria, rejeita, na pureza dos conceitos, uma diluição de identidades².

A justificação para a sobrevivência ou a emergência de regimes punitivos nos sistemas jurídicos anglo-saxónicos e, esparsamente, nos direitos da Europa continental aparece diluída nas circunstâncias do momento que os ditou. Cremos que, neste contexto, mais importante do que perceber os motivos da sua origem é reconhecer a sua existência³.

¹ Os preceitos ou regimes legais sem indicação diversa no texto são de direito português.

² Encontra-se uma síntese da evolução histórica da responsabilidade civil em Mário Júlio de Almeida COSTA, *Direito das Obrigações*, 12.^a ed., Coimbra, 2009, 524 e s.

³ Sobre a premência do debate em diálogo de direito comparado, veja-se, por exemplo, Júlio Gomes, “Uma função punitiva para a responsabilidade civil e uma função reparatória para a responsabilidade penal”, *Revista de Direito e Economia* 15 (1989) 105 e s.

As águas da reflexão são turvas e, no entanto, o debate é urgente⁴. Eis os pontos cardeais destas linhas. A restituição do lucro vem sendo trazida à análise sobre a pertinência da inclusão de uma dimensão punitiva entre os efeitos da responsabilidade civil. Como veremos, sem fundamento. Do mesmo modo, a seriedade do labor jurídico não é compatível com declarações de rejeição epidérmica da função punitiva assinalada. São as exigências da necessidade humana que condicionam os paradigmas do direito.

Eis, então, as perguntas que orientam o nosso percurso: é possível incluir o resgate do lucro ilícito no dever de indemnizar? Constitui solução desejável a previsão de penas privadas como sanção de um facto ilícito?

2. O resgate do lucro ilícito

O conceito de indemnização tem assentado na reconstituição da situação hipotética do lesado. Trata-se de ressarcir os danos patrimoniais e não patrimoniais da pessoa ofendida pela lesão. Em virtude da conceptualização talhada pela evolução histórica, os efeitos do facto determinante da responsabilidade na esfera do lesante são apartados da obrigação de indemnizar.

E, no entanto, outra vem sendo a abordagem do legislador contemporâneo, destacando-se, a esse respeito, o legislador europeu. Servem de referência a Diretiva 2004/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de abril de 2004, relativa ao respeito dos direitos de propriedade intelectual, e a Diretiva (UE) 2016/943, de 8 de junho de 2016, relativa à proteção de *know-how* e de informações comerciais confidenciais (segredos comerciais) contra a sua aquisição, utilização e divulgação ilegais⁵.

No artigo 13.º, n.º 1, da Diretiva 2004/48 lê-se, acerca da indemnização por perdas e danos (epígrafe da norma): «Os Estados-Membros devem assegurar que, a pedido da parte lesada, as autoridades judiciais competentes ordenem ao infrator que, sabendo-o ou tendo motivos razoáveis para o saber, tenha desenvolvido uma atividade ilícita, pague ao titular do direito *uma indemnização por perdas e danos adequada ao prejuízo por este efetivamente sofrido* devido à violação». Ora, nos termos

⁴ Em perspetiva diversa, rejeitando a legitimidade de danos punitivos, consulte-se Mafalda Miranda BARBOSA, *Lições de Responsabilidade Civil*, Cascais, 2017, 41 e s.

⁵ Publicadas no *Jornal Oficial da União Europeia*, respetivamente, L 195, de 2 de junho de 2004, p. 16-25, e L 157, de 15 de junho de 2016, p. 1-18.

da alínea a) dessa norma, os lucros indevidos obtidos pelo infrator constituem uma consequência económica negativa relevante, um dado que vincula as autoridades judiciais na fixação do montante da indemnização por perdas e danos. Ou, como se descobre no considerando 26 da Diretiva: «(...) o montante das indemnizações por perdas e danos a conceder ao titular *deverá ter em conta todos os aspetos adequados, como os lucros cessantes para o titular, ou os lucros indevidamente obtidos pelo infrator (...)*».

A fórmula é replicada na Diretiva (UE) 2016/943, com a seguinte justificação (considerando 30): «*A fim de evitar que uma pessoa que adquire, utilize ou divulgue um segredo comercial, com conhecimento de causa ou com motivos razoáveis para ter esse conhecimento, possa beneficiar dessa conduta, e de assegurar que o titular do segredo comercial lesado seja, na medida do possível, colocado na posição em que estaria caso essa conduta não tivesse ocorrido, é necessário prever uma compensação adequada do prejuízo sofrido como resultado dessa conduta ilegal. O montante da indemnização concedida ao titular lesado do segredo comercial deverá ter em consideração todos os fatores adequados, como a perda de rendimentos do titular do segredo comercial ou os lucros indevidos do infrator (...)*». Na parte dispositiva, constituem os lucros do lesante uma consequência económica negativa atendível na fixação da indemnização, prevendo o legislador que os Estados-Membros limitem «a responsabilidade dos empregados perante os respetivos empregadores por prejuízos causados em virtude da aquisição, utilização ou divulgação ilegais de um segredo comercial do empregador caso o seu comportamento não tenha sido doloso» (artigo 14.º, n.ºs 1 e 2).

Em qualquer dos regimes, o legislador permitiu que a indemnização pudesse assumir a natureza de um montante fixo, correspondente à remuneração devida se a autorização houvesse sido prestada. Essa quantia constitui, no entanto, um valor mínimo.

As soluções representam, apenas, um pragmatismo na elaboração da lei, subordinando-se o conceito de indemnização às finalidades prosseguidas, ou constituem, ainda, uma manifestação desse conceito? Temos defendido que a noção de indemnização dada pelo direito português é compatível com o caminho que os regimes atrás referidos procuram trilhar. Afinal, dá-se cumprimento a uma dimensão relacional que anima a indemnização ⁶. Reconheça-se, porém, que, em nossa

⁶ Considere-se que o artigo 562.º do Código Civil impõe ao lesante o dever de recriar a situação hipotética que a sua intervenção impossibilitou. Então, retomando o nosso pensamento, «essa realidade alternativa tem, necessariamente, de compreender a posição do agente. Se o lesante obteve um benefício patrimonial com o seu comportamento, é uma ficção dizer-se que a restituição escapa à reconstituição da situação que existiria» [Henrique Sousa ANTUNES, “Das funções reconstitutiva e

opinião, o resgate do proveito obtido pelo agente acompanha até o entendimento mais tradicional sobre a indemnização, considerando que o lucro ilicitamente obtido constitui um dano não patrimonial autónomo sofrido pelo lesado. Escrevemos, outrora:

«As insuficiências do enriquecimento sem causa, quanto ao seu objeto e a respeito das suas consequências, a artificialidade do recurso à gestão de negócios imprópria, e, porventura, os seus efeitos perversos, a limitação da aplicação analógica das regras da posse, a amplitude com que a indemnização dos danos não patrimoniais foi acolhida no direito português, adaptável à evolução das circunstâncias sociais, o fim de *satisfazer* o lesado que àquela é reconhecida, reagindo à infirmação do seu direito, a natureza do bem que é ofendido, o sentimento de justiça, deve habilitar o juiz, nesta sede, a restituir ao lesante as receitas líquidas imputáveis ao seu comportamento. Em situações de elevada censurabilidade, admite-se a aplicação do critério das receitas brutas»⁷.

Seja como for, é dificilmente sustentável que um conceito clássico de indemnização possa ser imune às alterações legislativas que, entretanto, vão ocorrendo. A inclusão do lucro do lesante no juízo de indemnização não é justificável pela especificidade das matérias legisladas, antes constitui uma opção de política legislativa motivada pela prevenção de comportamentos parasitários, de natureza, necessariamente, geral. Aliás, num sistema jurídico em que a intervenção de outras disciplinas normativas se revela, certamente imprópria, mas também ineficaz. O direito português das contraordenações permite que o lesante conserve o lucro ilícito obtido, na medida em que a elevação da coima em razão do benefício económico do agente não pode exceder um terço do limite máximo estabelecido por lei (artigo 18.º, n.º 2, do regime geral das contraordenações — Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de outubro).

Neste sentido, a unidade do sistema jurídico impõe a revisão da noção de indemnização. É insustentável que o ordenamento acolha regimes parcelares sem atender à expressão universal da censura ao desrespeito consciente pela decisão alheia sobre o destino económico dos bens utilizados. Neste sentido, é especialmente significativo o projeto de reforma da responsabilidade civil em França (março de 2017), estatuindo entre os efeitos da responsabilidade, uma pena apli-

punitiva da responsabilidade civil extracontratual”, in Agostinho Cardoso GUEDES / Nuno Manuel Pinto OLIVEIRA, coord., Colóquio de Direito Civil de Santo Tirso — O Código Civil 50 anos depois: balanço e perspetivas, Coimbra, 2017, pág. 492].

⁷ *Da Inclusão do Lucro Ilícito e de Efeitos Punitivos entre as Consequências da Responsabilidade Civil Extracontratual: a sua Legitimação pelo Dano*, Coimbra, 2011, 651.

cável nos termos da seguinte previsão geral (artigo 1266-1, alínea 1):

«En matière extracontractuelle, lorsque l’auteur du dommage a délibérément commis une faute en vue d’obtenir un gain ou une économie, le juge peut le condamner, à la demande de la victime ou du ministère public et par une décision spécialement motivée, au paiement d’une amende civile».

Está clara a vocação universal da repressão do lucro ilícito do lesante pela responsabilidade civil.

Entretanto, que não se duvide da ausência de qualquer efeito punitivo nas opções do legislador europeu. Assim é, em razão da natureza do resgate do lucro ilícito: o lesante é colocado na situação em que estaria se não tivesse praticado a lesão. Assim é, também, porque o legislador expressamente o declara.

3. A pena privada

E quanto à atribuição de uma dimensão punitiva à responsabilidade civil? O exercício de um poder punitivo sobre uma pessoa em benefício de outra pessoa parece ideia adversa à sujeição das relações jurídico-privadas a uma justiça corretiva, destinada a repor o equilíbrio entre as partes. Ao longo da história, a punição converteu-se num instrumento da coletividade destinado a sancionar a ofensa de interesses públicos. Só a tutela da comunidade justificaria a afetação da liberdade individual ou da integralidade patrimonial em medida que excedesse a correção dos desequilíbrios gerados pelo comportamento do lesante.

A superação do paradigma de um castigo às mãos do outro, certamente pela substituição do exercício da tutela privada pela heterotutela, mas também pela demarcação progressiva das fronteiras entre o interesse público e o interesse privado, é celebrada como uma conquista do pensamento jurídico. As penas privadas constituiriam, assim, manifestações de desforço, de desagravo, memórias de um tempo passado.

Defender a possibilidade de a responsabilidade civil gerar efeitos punitivos parece a manifestação de uma impropriedade técnico-jurídica, um erro primário de um jurista impreparado. Assim na Europa continental. A proibição reiterada da condenação em *punitive damages* pelo legislador europeu exemplifica que, mais do que as razões ligadas às especificidades de certo ordenamento jurídico, a afirmação constitui uma verdade intocável. A rejeição é replicada de forma acrítica: nem sequer se equaciona a bondade da medida, depurada das desvantagens que as características de outro sistema judicial, como o norte-americano, impliquem.

Veja-se o que sucede na Recomendação da Comissão Europeia de 11 de junho de 2013, sobre os princípios comuns que devem reger os mecanismos de tutela coletiva inibitórios e indemnizatórios dos Estados-Membros aplicáveis às violações de direitos garantidos pelo direito da União (2013/396/EU) ⁸. Pretende-se facilitar o acesso à justiça e garantir um nível elevado de proteção do consumidor (considerando 1). Se, à luz das finalidades declaradas, a existência de danos em massa motivaria a revisão do papel tradicional conferido à indemnização, o considerando 15 justifica a proibição da condenação em *punitive damages* com a prevenção de “uma cultura de litígios abusivos”. E, no entanto, as tradições jurídicas da maioria dos Estados-Membros (parte final do considerando) são utilizadas como um conforto argumentativo. Aliás, no Relatório da Comissão sobre a aplicação da Recomendação (apresentado em 25 de janeiro de 2018 ⁹) lê-se, a respeito da proibição das indemnizações punitivas estabelecida no princípio 31:

«O conceito de excesso de compensação por danos punitivos é, de modo geral, estranho à maioria dos sistemas jurídicos dos Estados-Membros. O convite à apresentação de informações não revelou qualquer caso de danos punitivos solicitados ou concedidos em ações de tutela coletiva. *Deste modo*, concluiu-se que não havia necessidade de normas especiais para as ações de tutela coletiva» ¹⁰.

Outro exemplo de uma opção tomada sem a ponderação devida acerca da adequação dos instrumentos utilizados para a tutela prosseguida encontramos na Diretiva 2014/104/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de novembro de 2014, relativa a certas regras que regem as ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infração às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia ¹¹. Reconhecendo que a aplicação privada é uma condição de plena eficácia do direito da concorrência (considerando 3), limita aquela à indemnização dos danos sofridos. Descobre-se no considerando 13, parte final: «Sem prejuízo da reparação por perda de oportunidade, a reparação integral nos termos da presente diretiva não deverá conduzir a reparação excessiva, por meio de indemnizações punitivas, múltiplas ou outras». Neste sentido dispõe o artigo 3.º, n.º 3, da referida Diretiva.

⁸ Publicada no *Jornal Oficial da União Europeia*, L 201/60, de 26 de julho de 2013, p. 60-65.

⁹ COM(2018) 40 final.

¹⁰ P. 18.

¹¹ Publicada no *Jornal Oficial da União Europeia*, L 349, de 5 de dezembro de 2014, p. 1-19.

Saliente-se que, no percurso legislativo, o Livro Verde da Comissão sobre o tema (de 19 de dezembro de 2005¹²) abordou a restituição dos lucros ilícitos e a possibilidade de duplicação da indemnização, soluções que o Livro Branco (de 2 de abril de 2008¹³) viria a silenciar. Parece, a esse respeito, elucidativa a nota seguinte: «A Comissão seguiu um (...) princípio orientador, nos termos do qual o quadro normativo necessário para assegurar maior eficácia às ações de indemnização por infração às regras comunitárias no domínio *antitrust* se deve basear numa *abordagem genuinamente europeia*. Consequentemente, as opções de política geral propostas (...) consistem em medidas equilibradas, assentes na cultura e tradições jurídicas europeias. (...) As medidas formuladas no presente Livro Branco são concebidas para criar um sistema eficaz de aplicação “privada”, baseado em ações de indemnização que virão completar, *sem substituir nem prejudicar*, a ação dos poderes públicos neste domínio»¹⁴.

O direito contemporâneo veio, no entanto, demonstrar que a abordagem histórica tem a si associada um risco de inversão metodológica evidente. Na atualidade, é, frequentemente, a punição a determinar o interesse público, em vez de este justificar a intervenção punitiva. O legislador demitiu-se de uma análise prévia sobre a natureza dos interesses em presença. A disciplina das contraordenações é, porventura, o melhor sinal desse desconcerto. Em tempos, escrevemos sobre o *destempero* das contraordenações: «o poder sancionatório da Administração excedeu os limites originais que o justificaram e inclui, agora, relações em que predomina o interesse privado. A lei beneficia a coletividade, destinando-lhe uma sanção que, no entanto, tem origem na ofensa de um bem primariamente individual. Ou seja, a justiça retributiva encontra fundamento na justiça corretiva, aplicando, contudo, uma lógica distributiva ao destino da sanção. Há uma incoerência intolerável do sistema que apenas pode ser corrigida convertendo o particular em beneficiário da pena. Desse modo, a justiça corretiva funcionaria como o alicerce e a abóboda da justiça retributiva que se entenda aplicável»¹⁵.

Que sentido faz reconhecer a existência de uma perturbação do interesse coletivo na afetação de direitos subjetivos sem tutela penal, e, desse modo, esgotando-se o interesse público na prevenção que uma pena privada é capaz de desempenhar? Em sentido paralelo à

¹² COM(2005) 672.

¹³ COM(2008) 165 final.

¹⁴ P. 3 e s.

¹⁵ Henrique Sousa ANTUNES, *Da Inclusão do Lucro Ilícito*, 32 e s.

multiplicação de regimes contraordenacionais que sancionam a violação de um direito subjetivo de natureza patrimonial, como a propriedade intelectual ou a propriedade de coisa corpórea, ou um direito de personalidade, justificar-se-ia a revisão das penas privadas admitidas pelo legislador para a tutela do direito de crédito?

Pensa-se, em especial, nos juros moratórios (artigo 806.º do Código Civil), na cláusula penal (artigos 810.º a 812.º do Código Civil) e na sanção pecuniária compulsória. Tome-se como exemplo esta última figura, prevista no artigo 829.º-A do Código Civil. No direito francês, onde descobrimos o antecedente do regime português, o credor recebe na integralidade o montante da sanção.

Argumente-se, ainda, com o espaço atribuído à indemnização dos danos não patrimoniais no direito português. O artigo 496.º do Código Civil é lido, geralmente, à luz de uma finalidade punitiva da disciplina.

Serão estas normas, e outras dispersas na lei civil, resquícios de um tempo primitivo, imperfeições que o legislador deve corrigir? Não. Constituem tão-só uma expressão da vinculação das sanções punitivas à natureza dos interesses prosseguidos, sempre que o legislador identifica a legitimidade, ou a necessidade, de instrumentos preventivos que acresçam à dinâmica própria de uma justiça corretiva.

Aquela vinculação está em conformidade com as exigências da existência humana. São palavras nossas: «As sanções privadas que, a respeito das consequências da aplicação daquele instituto, apresentem um efeito punitivo são legitimadas pelo dano. O dano é a causa da sua estatuição, destinando-se o *remédio*, nuns casos a determiná-lo ou a preveni-lo, noutros a concretizar o direito do lesado ao desagravo, à vindicta»¹⁶.

Os regimes que convocámos, em expressão meramente exemplificativa, tornam urgente a reforma do sistema, o reposicionamento das contraordenações em face do direito civil¹⁷. Vejamos.

Na sua origem, as contraordenações procuraram salvaguardar o funcionamento da atividade administrativa, designadamente na conformação do setor económico¹⁸. E nesses antecedentes, descobre o conceito o seu objeto fundamental. Tomando de empréstimo a reflexão de Augusto Silva Dias, as contraordenações sancionam «comportamentos que atentam contra interesses de organização e funcio-

¹⁶ Henrique Sousa ANTUNES, *Da Inclusão do Lucro Ilícito*, 608.

¹⁷ Eis o que aceita Paulo Pinto de ALBUQUERQUE, *Comentário do Regime Geral das Contraordenações à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa, 2011, 12 (§ 17).

¹⁸ Veja-se, nomeadamente, Augusto Silva DIAS, *Direito das Contraordenações*, reimpr., Coimbra, 2018 16 e s.

namento de setores da atividade económico-social e/ou que frustram regras instituídas para a prevenção de perigos»¹⁹. A fronteira é, em geral, traçada, em relação ao direito penal, descobrindo neste a retribuição das condutas que, nas palavras de Augusto Silva Dias, «atentam contra os fundamentos da sociedade, ancorados na ideia de reconhecimento recíproco de pessoas livres e iguais e nos bens jurídicos que a explicitam»²⁰.

Acompanhando, ainda, o mesmo autor, «o território das contraordenações — e também de alguns setores do Direito Penal — é marcado não pela eticidade, aferida em função de um bem jurídico-penal, mas pela disfuncionalidade dos comportamentos, isto é, pela aptidão destes para provocar entropia no funcionamento de determinados subsistemas sociais, ou, se se preferir, para perturbar a vigência regular de interesses de ordenação de âmbitos da atividade social»²¹. Enfim, o fundamento das contraordenações «reside (...) na carência de regulação de uma dada atividade por necessidades de ordenação e/ou de prevenção institucional de perigos. Deverá ser esse o critério reitor para a criação de contraordenações, respaldado sempre em exigências de proporcionalidade»²².

Neste contexto, perdem as contraordenações legitimidade quando são utilizadas sem qualquer finalidade regulatória, procurando, tão-só, punir uma conduta que a censura do direito penal desconhece. Se há ofensa de bens jurídicos de natureza predominantemente individual, que espaço há para a sanção contraordenacional? Ou se admite a degeneração do conceito em razão de um desleixo legislativo, confortado por um “pau para toda a obra”, ou trazemos seriedade à arquitetura do sistema jurídico.

Serve de paradigma o direito do trabalho, que nos acompanhou, para este efeito, noutra momento²³. Hoje, toma-se como exemplo o Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos. Na distinção entre os fundamentos das contraordenações previstas nos n.ºs 1 e 2 do artigo 205.º desenha-se a delimitação entre a violação de regras que enquadram o exercício de uma atividade e a retribuição pela lesão de direito de autor.

O n.º 1 do artigo 205.º pretende proteger os produtores contra a prensagem ou a duplicação não autorizada de fonogramas e video-

¹⁹ Augusto Silva DIAS, *Direito das Contraordenações*, 55.

²⁰ Augusto Silva DIAS, *Direito das Contraordenações*, 55.

²¹ Augusto Silva DIAS, *Direito das Contraordenações*, 40.

²² Augusto Silva DIAS, *Direito das Contraordenações*, 51.

²³ Henrique Sousa ANTUNES, *Da Inclusão do Lucro Ilícito*, 634 e s.

gramas, nos termos do artigo 143.º. A ilicitude consiste na violação de deveres de informação à Inspeção-Geral das Atividades Culturais. Trata-se, pois, da regulação de uma atividade económica e, nessa medida, adequadamente submetida à competência do regime das contraordenações.

O n.º 2 do artigo 205.º tem um sentido diverso. Nos termos da norma, constitui contraordenação punível a falta de identificação do autor e/ou da obra considerados. Esta omissão ofende o núcleo do direito de autor, esvazia o poder jurídico que a lei atribuiu ao criador intelectual da obra. Silenciada a autoria, onde está o criador? O alcance essencialmente subjetivo, individual, da lesão é evidente, nesta se descobrindo a negação de um traço que singulariza a natureza humana. Na criação literária, científica ou artística reconhece-se a pessoa. Negada a sua identidade, negada é a pessoa. Recuperando as sugestivas palavras de David G. Owen, pronunciando-se a respeito da condenação em *punitive damages* (tradução nossa): «O estabelecimento de bolhas de direitos, com fronteiras definidas por lei, atribui a cada pessoa a sensação de que pode, com segurança, atuar no âmbito da sua bolha privada sem o constrangimento de uma interferência alheia. Quando uma pessoa viola intencionalmente a bolha de direitos de outrem, “rouba” a autonomia da vítima, deixando transparecer a ideia de que o ladrão é mais merecedor do que a vítima. Se a usurpação da autonomia (...) não fosse submetida a penalidades em adição à restituição dos bens roubados (indenização compensatória), a emenda da transação seria incompleta»²⁴.

A competência das penas privadas não encontra assento no argumento histórico e formal da sua inclusão no Código Civil. Ela é expressão da convocação genérica do direito civil à retribuição dos comportamentos entre particulares que, sem merecerem a reprovação do direito penal, justificam a repreensão do comportamento, satisfazendo a necessidade de reafirmação da dignidade do ofendido perante o lesante e as exigências de prevenção geral e especial da conduta. Converter a Administração em beneficiária de uma coima num âmbito que excede a sua competência é consagrar uma solução manifestamente ilegítima e lesiva da dignidade do lesado.

Considerando os fins do direito penal e a estrutura bilateral do direito civil, revela-se inadequado substituir as penas criminais por sanções punitivas de direito privado. Diversamente sucede a respeito das contraordenações. Falta-lhes a ressonância ética das sanções

²⁴ “The Moral Foundations of Punitive Damages”, *Alabama Law Review* 40 (1988-1989) 711.

que a “coisificação” do direito subjetivo alheio impõe. Nesse sentido, escreve, exemplarmente, António Pinto Monteiro: «É de sublinhar, entretanto, a acentuação que se vem colocando num sistema sancionatório privatístico, *contraposto* a um controlo público, seja este atuado através de sanções do foro penal ou do foro administrativo, pois só o primeiro dará plena guarida tanto às exigências da despenalização como às de evitar uma crescente publicização da vida social, pela via do direito administrativo. E se é certo que a abolição do direito penal, na esteira de Hulsman, confiando aos particulares e à sociedade civil a gestão dos conflitos de interesses, não passa de uma utopia, isso não impede, como a doutrina penalística vem sublinhando, dentro de uma política contrária ao ímpeto criminalizante do legislador moderno — preocupada, além do mais, com os efeitos perniciosos da *estigmatização* individual -, que uma eficaz estratégia de descriminalização passe por um sistema sancionatório civilístico»²⁵.

É certo que o regime de indemnização dos danos não patrimoniais no direito português pode trazer algumas incertezas a um regime geral de penas privadas. Eis o que justificaria a previsão legal desse regime, permitindo recuperar o sentido original da indemnização dos danos não patrimoniais, vocacionada para a compensação.

Enfim, «o legislador deve redescobrir a pena privada sem constrangimentos, tão-só motivado pela superior adequação da medida em relação à tutela contraordenacional, considerando a natureza dos interesses em juízo»²⁶. Em defesa dessa ampla competência, propõe André Tunc a legitimidade da pena privada «sempre que se depare com a vontade (do legislador, do juiz ou mesmo de um contraente) de punir, de reprimir, sem recorrer aos meios do direito penal clássico, e pela simples atribuição de uma soma de dinheiro (ou excecionalmente de um bem) à vítima de um comportamento ilícito» (tradução de António Pinto Monteiro)²⁷.

De novo, o direito europeu, denunciando, agora, a *esquizofrenia* que a proibição da condenação em *punitive damages*, antes declarada, revela. Num plano geral, são vários os atos normativos que, sem uma referência expressa a sanções punitivas privadas, requerem a imposição

²⁵ António Pinto MONTEIRO, *Cláusula Penal e Indemnização*, Coimbra, 1990, 668, nota 1537 da p. 663. Ver, ainda, as considerações e os exemplos de direito comparado do parágrafo anterior ao texto citado.

²⁶ Henrique Sousa ANTUNES, *Da Inclusão do Lucro Ilícito*, 629.

²⁷ “La Pena Privata nel Diritto Francese”, in Francesco D. BUSNELLI / Gianguido SCALFI, a cura di, «Le Pene Private» Milano, 1985, 350 (o texto original é citado no nosso *Da Inclusão do Lucro Ilícito*, 629). Encontra-se a tradução em António Pinto MONTEIRO, *Cláusula Penal e Indemnização*, 666, nota 1537 da p. 663.

de medida efetivas, proporcionadas e dissuasivas²⁸. Merece, em especial, relevo a Diretiva 2006/54/CE, de 5 de julho de 2006, relativa à aplicação do princípio da igualdade de oportunidades e igualdade de tratamento entre homens e mulheres em domínios ligados ao emprego e à atividade profissional (reformulação), onde a prossecução de um fim autónomo de prevenção aparece associada à indemnização²⁹. Nos termos do artigo 18.º, «Os Estados-Membros introduzem na respetiva ordem jurídica interna as medidas necessárias para garantir a existência de uma real e efetiva indemnização ou reparação, conforme os Estados-Membros o determinem, pelos prejuízos e danos sofridos por uma pessoa lesada em virtude de um ato discriminatório em razão do sexo, *de uma forma que seja dissuasiva e proporcional aos prejuízos sofridos*. Tal indemnização ou reparação não estará sujeita à fixação prévia de um limite máximo, salvo nos casos em que o empregador possa provar que o único prejuízo sofrido por um candidato na sequência de uma discriminação na aceção da presente diretiva seja a recusa em tomar em consideração a respetiva candidatura»³⁰.

Mais incisivamente, no direito europeu são paradigmas de um reconhecimento expresso do alcance punitivo do direito civil o artigo 28.º, n.º 1, da Diretiva 2004/109/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de dezembro de 2004, relativa à harmonização dos requisitos de transparência em informações respeitantes aos emitentes cujos valores mobiliários estão admitidos à negociação num mercado regulamentado, e o artigo 18.º, n.º 2, do Regulamento (CE) n.º 1768/95 da Comissão, de 24 de julho de 1995, em matéria do regime comunitário de proteção das variedades vegetais³¹.

Entretanto, a este respeito, tem importância a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, que, fundada no conceito de “reparação razoável” (artigo 41.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem), parece ter construído um modelo de indemnização orientado para o restabelecimento da dignidade humana violada e, de igual modo, a prevenção geral e especial da ilicitude. Observe-se que o sistema é, por definição, fundado em direitos das pessoas,

²⁸ Ver Bernhard A. KOCH, “Punitive Damages in European Law”, in Helmut KOZIOL / Vanessa WILCOX, ed., *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Wien / New York, 2009, 200 e s.

²⁹ Publicada no *Jornal Oficial da União Europeia*, L 204, de 26 de julho de 2006, p. 23-36.

³⁰ Os precedentes normativos e judiciais deste regime reforçam o entendimento sobre a dimensão extraindennizatória da solução (ver Henrique Sousa ANTUNES, *Da Inclusão do Lucro Ilícito*, 640 e s.).

³¹ Publicados no *Jornal Oficial da União Europeia*, respetivamente, L 390, de 31 de dezembro de 2004, págs. 38- 57, e L 173, de 24 de julho de 1995, p. 14-21.

sem prejuízo do desígnio coletivo que a anima. Ou seja, é superável o constrangimento de quaisquer argumentos utilitaristas, pois, deste modo, revela-se desnecessário o direito público para a reafirmação da dignidade da pessoa humana e a justa ordenação dos comportamentos entre particulares.

Pretende a maioria que a reparação razoável referida se contém no alcance da indemnização, designadamente por danos não patrimoniais. O juízo parece, no entanto, silenciar uma realidade manifestamente diversa. Em *Cyprus v. Turkey* (2014) encontram essas reflexões apoio.

Desde logo, interessa destacar a afirmação pelo Tribunal da existência de uma relação de condicionalidade entre a natureza individual dos danos e a reparação razoável. Se a medida é aplicada num litígio entre Estados, como sucedia, são necessariamente beneficiárias as vítimas individuais. O sistema está desenhado segundo o reconhecimento de que a sanção colhe o seu fundamento na dimensão individual da ofensa aos direitos do homem. O Estado de que o lesado é cidadão não tem legitimidade para receber a quantia atribuída, pois não é titular do direito violado. Lê-se, na versão original do Acórdão:

«(...) it must be always kept in mind that, according to the very nature of the Convention, it is the individual, and not the State, who is directly or indirectly harmed and primarily “injured” by a violation of one or several Convention rights. Therefore, if just satisfaction is afforded in an inter-State case, it should always be done for the benefit of individual victims» (§ 46).

Se na reparação razoável identificarmos uma pena de natureza privada, descobre-se melhor exemplo sobre a impropriedade das contraordenações que sancionam a violação de bens jurídicos individuais?

Em litígio, a reparação pedida pelo Estado cipriota à Turquia pelo desaparecimento de 1456 pessoas e pelas violações de direitos humanos praticadas sobre cidadãos cipriotas gregos, na península de Karpas, entre 1974 e 2001. O Tribunal reiterou a posição anterior assumida no caso *Varnava and Others v. Turkey* (2009), declarando que o critério de decisão é a equidade. Segundo a instância, a equidade assegura a flexibilidade e a ponderação exigíveis à apreciação adequada de todas as circunstâncias do caso, compreendendo, além da posição do requerente, o contexto geral em que a ofensa foi praticada. A atribuição da reparação tem como objetivo exprimir que a lesão sofrida pelo requerente foi a consequência da lesão de um direito humano fundamental e denunciar com a maior amplitude possível a severidade da ofensa.

É certo que o Tribunal associa a reparação atribuída à compensação de danos não patrimoniais (30 milhões de euros destinados aos familiares das pessoas falecidas e 60 milhões de euros aos residentes lesados, ou seus herdeiros, da península de Karpas). Razão tem, no entanto, Paulo Pinto de Albuquerque na sua declaração de voto concordante: o Tribunal condenou o Estado requerido em *punitive damages*, em penas de natureza privada. Vários factos permitem dizê-lo. Entre outros: as vítimas em Karpas não foram identificadas nem são identificáveis; a prescrição vedaria a atribuição de uma indemnização aos familiares das pessoas desaparecidas se aqueles tivessem agido individualmente; a ausência de critérios sobre a medida da repartição da indemnização entre os lesados ou os seus herdeiros e a incerteza sobre a correspondência entre as vítimas efetivas e os destinatários das indemnizações³². Acrescentaríamos: a reparação abrange, ainda, as quantias correspondentes à aplicação de impostos sobre as verbas fixadas.

Em suma, embora o artigo 41.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem limite a condenação em reparação razoável à impossibilidade de o direito interno da Alta Parte Contratante se revelar suficiente para obviar às consequências da violação, essa insuficiência verifica-se na ausência de satisfação das necessidades de prevenção e de punição justificadas pelas circunstâncias do caso concreto. Assim o entende, e a nosso ver bem, Paulo Pinto de Albuquerque³³.

Segundo este Juiz, a decisão segue uma orientação genérica do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. A condenação em *punitive damages* recebe a seguinte tipologia: a violação grave de direitos humanos protegidos pela Convenção ou pelos Protocolos adicionais, designadamente pela reiteração ou continuidade da prática; incumprimento prolongado e intencional de uma condenação do Tribunal; o cerceamento severo, ou a ameaça desse cerceamento, aos direitos humanos do requerente com o objetivo de evitar, dificultar ou restringir o acesso ao Tribunal ou a comunicação do Tribunal com o requerente³⁴.

Finalmente, e ainda segundo Paulo Pinto de Albuquerque, na condenação em *punitive damages* o Tribunal age de acordo com o princípio da proporcionalidade, respeitando os fatores seguintes: a gravidade objetiva da ofensa, o grau de dolo ou negligência do lesante, a extensão da lesão causada ao requerente ou a terceiros, os lucros ilícitos obtidos pelo agente ou terceiros e a probabilidade de inexecução do direito ofendido.

Satisfazendo os requisitos de legalidade e de proporcionalidade aplicáveis, princípios de que o direito civil não se pode dissociar, a solu-

³² P. 30-31.

³³ P. 33.

³⁴ P. 36.

ção parece justificada no direito português. Aliás, entre nós, a relevância da dimensão coletiva da lesão permitiu ao legislador ensaiar uma nova abordagem ao dever de indemnizar. Desde logo, para obter um nível ótimo de prevenção, acolhendo a possibilidade de fixação de uma quantia global (artigo 22.º, n.º 2, da Lei n.º 83/95, de 31 de agosto). Nas palavras de Miguel Teixeira de Sousa: «(...) o regime da ação popular, quando define uma indemnização global que se destina a ser repartida pelos lesados, (...) preocupa(-se) mais em evitar que o lesante possa extrair alguma vantagem do facto danoso do que em assegurar que cada um desses lesados seja realmente indemnizado pela exata medida do prejuízo sofrido. A indemnização global procura distribuir pelos lesados os ganhos do lesante, ainda que disso possa resultar alguma violação da justiça corretiva, pois que essa distribuição não pode assegurar que todo o dano sofrido seja efetivamente ressarcido pelo seu exato montante. Para a quantificação da indemnização global utiliza-se mais o ganho (global) obtido pelo lesante do que o prejuízo (igualmente global) por ele infligido, o que significa que na sua quantificação não se segue o critério da reconstituição da situação hipotética que se encontra estabelecido no artigo 562.º cc»³⁵. O espaço revela-se, pois, propício à reflexão sobre a introdução de penas privadas.

Considerando, no entanto, a necessidade de prevenir práticas disseminadas na sociedade que escapam, geralmente, à justiça coletiva, a analogia, até por maioria de razão, determina a mesma oportunidade de reforma nas ações individuais. Estas servem, ainda, de paradigma de um modelo tradicional. Nesse sentido, veja-se o que dispõe o princípio 31 da Recomendação da Comissão Europeia de 11 de junho de 2013, atrás citada: «Proibição de indemnizações punitivas — A indemnização atribuída às pessoas singulares ou coletivas lesadas em situação de dano em massa não deve exceder a compensação que teria sido atribuída se o direito tivesse sido reclamado através de ações individuais. Devem ser proibidas, em especial, as indemnizações punitivas, que conduzam a uma sobrecompensação do dano sofrido a favor da contraparte».

4. Propostas de reforma do Código Civil português

Tomando como referência a dissociação do *resgate* do lucro ilícito relativamente ao reconhecimento da legitimidade da pena privada, ensaia-se uma alteração legislativa sobre os efeitos da responsabilidade civil no direito português³⁶. Eis, então, os termos da proposta.

³⁵ *A Legitimidade Popular na Tutela dos Interesses Difusos*, Lisboa, 2003, 169 e s.

³⁶ Em análise crítica às opções de reforma do direito francês, salienta-se a

Desde logo, a revisão do artigo 564.º, n.º 1, do Código Civil, que deveria dispor nos termos seguintes: «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».

Depois, a inclusão de um preceito novo 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.
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”.

Afigura-se que, de forma diversa do que sucede com o *resgate* do lucro ilícito, a previsão da pena pecuniária restringe o seu alcance à responsabilidade civil extraobrigacional e à responsabilidade obrigacional sem fonte negocial. Na verdade, pretendendo o credor de uma prestação contratual dispor desse remédio, deve recorrer à previsão de uma cláusula penal. A autonomia da vontade prevalece sobre a disciplina legal.

A solução que agora se propõe acolhe a emancipação de um direito privado punitivo, respeitando exigências de legalidade e de proporcionalidade, emergentes, designadamente, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem³⁷. O pressuposto da condenação acompanha

equivoca associação entre a restituição do lucro e a punição do lesante [vejam-se, por exemplo, Geneviève VINEY / Patrice JOURDAIN / Suzanne CARVAL, “Les effets de la responsabilité”, in Jacques GHESTIN, dir., *Traité de droit civil*, 4e éd., Paris, 2017, 25 e s.; e Aude LE DANTEC / Amélie THOUÉMENT, *L’amende civile*, in Louis-Frédéric PIGNARRE, dir., *La réforme du droit de la responsabilité. Actes du colloque du 25 novembre 2016* — *Faculté de Droit et de Science politique. Université de Montpellier*, Montpellier, s/d, 199 e s.].

³⁷ Sobre uma análise recente do projeto de reforma da responsabilidade civil

a arquitetura detalhada das relações jurídico-privadas e, submetida a pena a limites máximos, a proposta assegura a prevenção de qualquer arbitrariedade que comprometa o respeito pela integridade do património das pessoas singulares ou coletivas.

Note-se que a certeza da solução é confortada pela restrição da pena pecuniária à lesão de direitos absolutos. Exclui-se a relevância da violação de disposições legais destinadas a proteger interesses alheios, pois aí, sem prejuízo do direito de indemnização que o artigo 483.º do Código Civil atribua, há uma dimensão coletiva imbrincada na tutela dos interesses particulares que justifica o regime da mera ordenação social.

Em proveito da segurança jurídica, sacrifica-se, pois, o espaço autónomo desta modalidade de ilicitude, designadamente acerca da reparação de danos puramente patrimoniais. Nesse caso, a dimensão punitiva é, fundamentalmente, restringida à competência do direito penal ou do direito contraordenacional.

Silencia-se, ainda, o papel auxiliar das normas de proteção na condenação em sanção punitiva civil pela lesão de um direito alheio. Na verdade, embora esta segunda modalidade de ilicitude simplifique a determinação da responsabilidade pela violação de direitos absolutos («nem sequer é necessário que seja previsível a ocorrência de um dano»³⁸), a pena privada, fundada, como vimos, na prevalência do bem jurídico individual, exige uma conexão imediata entre a conduta do agente e o direito subjetivo violado. O desrespeito pela norma é incidental relativamente à imputação subjetiva da lesão. Fica, então, claro que o dolo deve ser aferido em relação ao direito absoluto violado e não ao incumprimento das normas de proteção, infração que

em França a esta luz, vejam-se, por exemplo, Nicolas RIAS, «Les nouvelles fonctions de la responsabilité civile (regard français)», in Blandine MALLET-BRICOUT, dir. (sob a égide da Association Henri Capitant), *Vers une réforme de la responsabilité civile française. Regards croisés franco-québécois*, Paris, 2018, 67 e s.; e Paul VÉRON, «Réflexions sur la faute lucrative dans l'avant projet de réforme de la responsabilité civile», in Louis-Frédéric PIGNARRE, dir., *La réforme du droit de la responsabilité*, 219 e s.

³⁸ Jorge Ferreira Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações*, Coimbra, 1989, p. 240. De forma mais desenvolvida, escreve o autor: «Na maior parte das vezes, as pretensões indemnizatórias por violação de uma disposição legal destinada a proteger interesses alheios coexistem com as derivadas da lesão de direitos absolutos. Todavia, enquanto a ordem jurídica, ao conformar um direito como absolutamente protegido, apenas impõe a qualquer terceiro fazer o objetivamente possível a um homem médio para evitar o pôr em perigo desse direito, as disposições de proteção prescrevem formas de conduta bem concretas e determinadas, trazendo com isso para o lesado a vantagem de que a ilicitude do comportamento é mais fácil de comprovar» (p. 238).

permitiu a verificação do dano.

Em função do que se escreve, a cumulação de uma coima com uma pena pecuniária só se afigura ofender o princípio *ne bis in idem* se o regime das contraordenações for indevidamente aplicado à tutela de bens jurídicos predominantemente individuais, como o reconhecimento de um direito absoluto atesta. Há separação de águas.

A possibilidade de fixação da pena no triplo do valor de referência segue soluções que, com esse alcance generoso, o direito português desde já conhece. Veja-se o artigo 1320.º do Código Civil, a respeito de animais selvagens com guarida própria que hajam sido atraídos para guarida alheia com fraude ou artifício do terceiro: «(...) é este obrigado a entregá-los ao antigo dono, ou a pagar-lhe em triplo o valor deles, se lhe não for possível restituí-los». Ou o artigo 246.º, n.º 1, do Código do Trabalho: «Caso o empregador obste culposamente ao gozo das férias nos termos previstos nos artigos anteriores, o trabalhador tem direito a compensação no valor do triplo da retribuição correspondente ao período em falta, que deve ser gozado até 30 de abril do ano civil subsequente».

A proporcionalidade evidencia-se nos critérios que habilitam o julgador à fixação da pena e na moldura definida pelo legislador. Sem prejuízo do enquadramento da pena nos limites definidos pelo n.º 2 da disposição proposta, a gravidade da ofensa, os benefícios do infrator e a reiteração do comportamento ilícito são circunstâncias que justificadamente, o julgador deve tomar em consideração na definição da sanção aplicável. A adequação da pena requer, ainda, a ponderação da situação económica das partes e das demais circunstâncias que se afigurem relevantes.

O projeto de reforma da responsabilidade civil em França, antes mencionado, prevê que a multa seja limitada ao décuplo do proveito económico obtido pelo agente com a prática do facto ilícito (artigo 1266-1, alínea 3). A norma circunscreve-se, porém, aos comportamentos dolosos ditados pela obtenção de um benefício económico com a ofensa (alínea 1). Nesse sentido, ainda que dúvidas possa haver acerca da bondade da multiplicação do valor de referência por 10, a escolha desse valor parece respeitar um critério de proporcionalidade³⁹.

Considerando que a nossa proposta tem outra ambição, diverso será o enquadramento. Neste contexto, tem especial relevância o exemplo do direito do Québec, habilitando à condenação em *domma-*

³⁹ Pronuncia-se no sentido da adequação da proposta Emmanuelle JUEIN, “Vers la consécration des dommages-intérêts punitifs en droit français. Présentation d’un regime”, *Revue trimestrielle de droit civil* (juillet-septembre 2017) 580 e s.

ges-intérêts punitifs a violação ilícita e intencional de um direito ou uma liberdade reconhecida pela Carta dos direitos e liberdades da pessoa (1975 — artigo 49.º)⁴⁰. O regime está, pois, desvinculado de uma intenção lucrativa do agente. Considere-se, ainda, que o lucro pode ser inferior ao dano. Assim, parecendo-nos que é ajustado ligar o valor de referência às circunstâncias do caso concreto, de modo a evitar a ineficácia gerada pela arbitrariedade da fixação de quantias abstratas, o dano pode desempenhar essa função⁴¹. Afinal, a punição tem como objeto comportamentos dolosos, havendo na antecipação do dano um critério que permite vincular a medida da pena à medida da culpa e às exigências de prevenção (em paralelismo com o disposto no artigo 71.º, n.º 1, do Código Penal sobre as penas criminais). Esta relação desenha-se, ainda, na condenação em *punitive damages* no direito norte-americano, restringida agora à multiplicação por um dígito em ensaios de reconstrução da legitimidade constitucional da figura⁴².

Creemos que se revela bem fundada a opção pela proibição da contratação de um seguro destinado a cobrir o pagamento daquela sanção. Só a proibição do seguro garante, com efetividade, os efeitos retributivo e preventivo que andam associados à condenação em pena privada. É solução que se descobre no projeto de reforma do Código Civil francês, citado⁴³.

A previsão legal da pena pecuniária, a competência do juiz, a imposição de limites à condenação, a subsidiariedade em relação ao direito penal são escolhas que resguardam a solução das controvérsias que a utilização de *punitive damages* no direito norte-americano convoca⁴⁴. Reclama-se, porém, a atribuição da quantia punitiva ao lesado, em congruência com a tese sobre a desconformidade das contraordenações com a sanção da lesão de bens jurídicos individuais e, retomando uma reflexão anteriormente desenvolvida, em convergên-

⁴⁰ A título exemplificativo, descobre-se uma análise recente deste regime em Mariève LACROIX, “Les nouvelles fonctions de la responsabilité civile (regard québécois)», in in Blandine MALLET-BRICOUT, dir. (sob a égide da Association Henri Capitant), *Vers une réforme de la responsabilité civile française*, 79 e s.

⁴¹ A utilização conjugada do lucro e do dano como padrões de limitação da pena permite obviar às objeções a um recurso, em exclusividade, ao critério do dano. Sabendo que a um proveito económico pode corresponder um dano substancialmente menor, uma pena vinculada aos ilícitos praticados com intenção lucrativa revelar-se-ia inoperante se limitada pelo valor do dano (neste sentido, Emmanuelle JUE, “Vers la consécration des dommages-intérêts punitifs en droit français”, 579 e s.).

⁴² Veja-se o nosso Henrique Sousa ANTUNES, *Da Inclusão do Lucro Ilícito*, 109 e s.

⁴³ Pela bondade dessa solução, veja-se, por exemplo, Emmanuelle JUE, “Vers la consécration des dommages-intérêts punitifs en droit français”, 575 e s.

⁴⁴ Remete-se para o que escrevemos em *Da Inclusão do Lucro Ilícito*, 89 e s.

cia com o reconhecimento da legitimação da pena pelo dano.

Sobre o primeiro aspeto, há que salientar a diferença entre o direito das contraordenações e o direito penal. Escrevemos, então: «objetar-se-á que o destino público da sanção é compatível com a satisfação do interesse do lesado, pois dessa premissa parte o direito penal. Sabendo que o movimento destinado a realçar o papel da vítima na ação penal e na definição da pena aplicável tem recebido amplo acolhimento e que à pena acolhe a reprovação moral do comportamento ilícito, a preferência do bem público é, na vigência do direito penal, dissemelhante do menoscabo do interesse privado. Noutra sentido se apura o direito da mera ordenação social. Que satisfação retira da coima o particular, se nem o crédito do agente é lesado? A questão revela-se, ainda, mais premente se o facto foi praticado por uma pessoa coletiva: esta pode repercutir o seu prejuízo sobre o património de terceiros. A satisfação do lesado é inadequada nos direitos em que o beneficiário da coima é uma pessoa diversa do ofendido, acentuando-se quando respeita a uma pessoa coletiva, a quem o facto não é subjetivamente imputável, e esta, pela sua natureza, dilui a lesão nas relações que estabelece com terceiros»⁴⁵.

Advoga-se, enfim, que converter o lesado em destinatário da quantia correspondente à pena pecuniária proporciona-lhe um enriquecimento injustificado. É outro o nosso juízo. O dano é causa dessa atribuição: na ofensa intolerável a bens jurídicos individuais só há verdadeira justiça corretiva com a satisfação que a aplicação da pena privada proporciona ao lesado⁴⁶.

5. Notas finais

Com a aprovação do Código Civil português de 1966, o legislador anunciava a revisão dos efeitos da responsabilidade civil, graduando a medida da indemnização em função do juízo de censura ao comportamento do lesante. Escrevia Antunes Varela: «A ideia de afeiçoar o quantum da indemnização à culpa do agente, por imitação do que a legislação penal faz com as multas e outras sanções aplicáveis ao delinquente, era como que uma nota musical a que não ascendia a audição dos civilistas, completamente surdos a melodias desse estilo. É precisamente nesse ponto que o novo Código descreve uma viragem es-

⁴⁵ Henrique Sousa ANTUNES, *Da Inclusão do Lucro Ilícito*, 632 e s.

⁴⁶ Veja-se Michael TILBURY, “Reconstructing Damages”, *Melbourne University Law Review* 27 (2003) 713 e s.; e o nosso *Da Inclusão do Lucro Ilícito*, 608 e s.

petacular. Sem destruir a função essencialmente reparadora da responsabilidade civil, e não permitindo, por isso, que a indemnização a cargo do lesante alguma vez exceda o valor do dano, em vários textos relativos à extensão da indemnização se não desdenha de assinar ao instituto, embora subsidiariamente, um papel repressivo do facto ilícito»⁴⁷.

Cinquenta anos volvidos, outro fôlego crê-se exigível. A esse respeito, sintetizamos os pressupostos da proposta de reforma que agora se apresenta. Retoma-se, em grande medida, o que já noutros momentos se escreveu⁴⁸:

1. É tempo de chamar à responsabilidade civil extracontratual a restituição do lucro ilícito e de àquela atribuir a partilha de competências com o direito contraordenacional. É tempo, enfim, de repensar as fronteiras entre institutos do direito privado e entre este e o direito público;
2. Acerca da restituição do lucro, são manifestas as insuficiências do enriquecimento sem causa. Revela-se, ainda, inequívoca a artificialidade do recurso à gestão de negócios imprópria, e, porventura, os seus efeitos perversos;
3. Considera-se devida a entrega do lucro como um efeito da responsabilidade civil. Assim vem sucedendo no direito europeu. Esse dever encontra acolhimento na dimensão relacional do princípio geral estabelecido pelo legislador a respeito da obrigação de indemnização (artigo 562.º). A lei impõe ao lesante o dever de recriar a situação hipotética que a sua intervenção impossibilitou. Essa realidade alternativa tem, necessariamente, de compreender a posição do agente. Se o lesante obteve um benefício patrimonial com o seu comportamento, é uma ficção dizer-se que a restituição escapa à reconstituição desejada;
4. É bem verdade que o artigo 562.º delimita o devedor pela obrigação de reparação de um dano, o que, em última instância, privaria de fundamento a interpretação que, em razão da perspectiva relacional da obrigação de indemnização, nesta pretendesse incluir o resgate do lucro, se o lesado não sofreu nenhum prejuízo. Sucede, porém, que esse entendimento restringe o dano a uma dimensão patrimonial ou, pelo me-

⁴⁷ *Rasgos Inovadores do Código Civil Português de 1966 em Matéria de Responsabilidade Civil*, Coimbra, 1972, 18 e s.

⁴⁸ Henrique Sousa ANTUNES, “Das funções reconstitutiva e punitiva da responsabilidade civil extracontratual”, 502 e s.

- nos, silencia o reflexo que o lucro tem na esfera não patrimonial do lesado;
5. Temos defendido que se apura um dano não patrimonial relevante, e portanto indemnizável segundo o artigo 496.º do Código Civil, sempre que do sacrifício censurável de bens do lesado advém para terceiro um benefício económico;
 6. A amplitude com que a indemnização dos danos não patrimoniais foi acolhida no direito português, adaptável à evolução das circunstâncias sociais, o fim de *satisfazer* o lesado que àquela é reconhecida, reagindo à infirmação do seu direito, a natureza do bem que é ofendido, o sentimento de justiça, deve habilitar o juiz, nesta sede, a restituir ao lesante as receitas líquidas imputáveis ao seu comportamento. Em situações de elevada censurabilidade, admite-se a aplicação do critério das receitas brutas;
 7. As condições estão criadas para, em função do lucro obtido pelo autor do facto ilícito, rever o alcance da responsabilidade no respeito dos princípios que, representando uma vitória da civilização moderna, se converteram na sua ortodoxia. De qualquer forma, em razão da emergência de regimes diversos que incluem na indemnização a entrega do lucro ilícito a unidade do sistema jurídico justifica a revisão daquele conceito;
 8. Exclui-se qualquer efeito punitivo no resgate do lucro. O lesante perde as vantagens que ilegitimamente adquiriu, nada mais. Somente se apura aquele efeito quando, desprezando o direito alheio, o agente *coisificou* a pessoa. Está, nesse caso, impedido de deduzir à restituição o custo económico dos fatores produtivos que integram a sua esfera jurídica, mas deve, porventura, mais;
 9. O direito privado vigente desconhece uma cláusula punitiva geral. Há, porém, um importante traço de identidade nos casos previstos na lei, pois as sanções privadas que, a respeito das consequências da aplicação da responsabilidade civil, apresentam um efeito punitivo são legitimadas pelo dano. O dano é a causa da sua estatuição, destinando-se o remédio, nuns casos a determiná-lo ou a preveni-lo, noutros a satisfazer o direito do lesado ao desagravo;
 10. Verifica-se uma adesão da sanção criminal às características e finalidades da solenidade da repressão penal que, justificadamente, argumenta em favor da impropriedade do direito

privado, limitado pela natureza bilateral ou relacional das sanções que utiliza;

11. Diversamente sucede a respeito do regime das contraordenações. A lata amplitude do direito de mera ordenação social constitui uma aplicação do princípio da subsidiariedade do direito penal. Em alcance injustificado. As sanções beneficiam a Administração sem curar da natureza essencialmente individual dos bens ofendidos. Urge repensar as fronteiras entre o direito de mera ordenação social e o direito privado;
12. Afigura-se que, de forma diversa do que sucede com o resgate do lucro ilícito, a previsão legal de uma pena pecuniária restringe o seu alcance à responsabilidade civil extraobrigacional e à responsabilidade obrigacional sem fonte negocial. Na verdade, pretendendo o credor de uma prestação contratual dispor desse remédio, deve recorrer à previsão de uma cláusula penal;
13. A previsão legal da pena pecuniária, a competência do juiz, a imposição de limites à condenação, a subsidiariedade em relação ao direito penal são escolhas que resguardam a solução ora enunciada das controvérsias que a utilização de *punitive damages* no direito norte-americano convoca.

ALGUMAS NOTAS SOBRE A PROBLEMÁTICA DE DANOS PURAMENTE PATRIMONIAIS EM SEDE DE RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL SUBJETIVA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA¹

HONG CHENG LEONG

I. Nota Introdutória

1. No direito civil, a problemática relacionada com a (in)indemnizabilidade de “danos puramente patrimoniais” tem sido um tema muito debatido na doutrina. Trata-se, de facto, de uma problematização inevitável no nosso ordenamento jurídico, uma vez que, como bem se sabe, foi acolhido entre nós, a propósito da estruturação da responsabilidade civil (extracontratual), o sistema germânico — que se caracteriza particularmente pela diferenciação estrutural e conceptual entre ilicitude e culpa (distanciando-se assim do sistema francês de *faute*), atribuindo relevância normativa (e até “força centrípeta”) ao nicho dogmático de ilicitude em diante de outros pressupostos fundamentadores da responsabilidade civil.

Posto isto, não se afigura exagerado afirmar que a temática de ressarcibilidade de danos puramente patrimoniais consubstancia uma *vexata quaestio* de levantamento inevitável na teoria de responsabilidade civil, cuja resolução pressupõe o posicionamento coerente pe-

¹ O autor não pode deixar de agradecer especialmente a Senhora Professora Mafalda Miranda Barbosa pelo convite à participação nas II Jornadas Luso-Brasileiras de Responsabilidade Civil e à publicação nessa obra coletiva do presente trabalho que o autor apresentou na conferência.

rante um conjunto de querelas dogmáticas que atingem até ao âmago existencial do próprio instituto de responsabilidade civil — muitíssimo sucintamente dito, e sem qualquer pretensão exaustiva, para além de se ter de (i) apurar a configuração de ilicitude adotada pelo Código Civil (indagando se a primeira modalidade — *i.e.* a violação do direito de outrem — consiste apenas na violação de “direitos absolutos”, ou pelo contrário, abrange também a violação de direitos relativos, sobretudo dos direitos de crédito), (ii) posicionar em diante da problemática suscitada pela teoria da eficácia externa das obrigações, (iii) investigar a sustentabilidade jurídica das “novas” categorias de posições subjetivas, tal como o direito à empresa e o direito geral de personalidade, (iv) indagar as soluções disponibilizadas pela teoria da norma de proteção; é necessário confrontar com problemas até mais profundos, tais como (v) a reflexão crítica acerca da relação entre responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual, e (vi) a perscrutação das funções e da axiologia (*maxime* na dimensão de “liberdade de atuação *versus* proteção de património”) subjacentes à responsabilidade civil extracontratual².

2. Entretanto, curiosamente, no domínio da responsabilidade civil extracontratual (subjetiva³) das entidades públicas pelo exercício da função administrativa — que, no quadro da Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro (doravante, RRCEE), trilha igualmente o sistema germânico —, o problema da ressarcibilidade de danos puramente patrimoniais fica quase intocado pela doutrina do direito público.

Prima facie, tendo em conta a aproximação estrutural e sistemática entre a responsabilidade civil do direito privado e a responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública — embora de modo algum se possa olvidar as diferenças aos níveis teleológico e axiológico entre estes dois sistemas —, até se poderia afirmar que a carência da investigação especializada sobre a indemnizabilidade de danos puramente patrimoniais no âmbito da responsabilidade civil extracontratual (subjetiva) da Administração Pública seja o resultado direto e imediato da receção completa da doutrina do direito privado a este propósito.

² Sobre a problemática de danos puramente patrimoniais no direito civil, v. inter alia, Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações*, Coimbra, 1989, 175 s.; Adelaide Menezes LEITÃO, *Normas de Proteção e Danos Puramente Patrimoniais*, Coimbra, 2009, *passim*; e Mafalda Miranda BARBOSA, *Liberdade Vs. Responsabilidade. A Precaução como Fundamento da Imputação Delitual?*, Coimbra, 2006, *passim, maxime* 179-253.

³ Não entramos, por isso, nos terrenos da responsabilidade objetiva e da indemnização pelo sacrifício, no âmbito da presente investigação.

No entanto, na nossa perspectiva, a falta de problematização doutrinária relativa à indemnizabilidade de danos puramente patrimoniais no terreno da responsabilidade civil extracontratual (subjéctiva) da Administração não é o resultado da receção completa das experiências jurídico-civilísticas a este propósito. Pelo contrário, deve-se principalmente ao fenómeno da marginalização (quer dogmática, quer pragmática) dos casos de danos puramente patrimoniais na responsabilidade civil extracontratual da Administração.

O presente texto visa essencialmente descobrir e compreender as causas (mais relevantes) deste fenómeno.

Para o efeito, distinguimos entre as causas que se encontram “semeadas” no seio do próprio sistema vigente da responsabilidade civil extracontratual (subjéctiva) da Administração Pública na sua articulação substancial com a evolução da ciência jurídico-administrativa — as “causas endógenas”, e as causas que representam as repercussões pragmáticas, indirectas e meramente reflexivas, provenientes do funcionamento dinâmico de outros institutos sem pretensão normativa imediatamente ressarcitória que compõem o acervo do Direito Administrativo — as “causas exógenas”.

II. Causas endógenas

3. Como se referiu sucintamente *supra*, e agora se socorre à síntese do Supremo Tribunal da Justiça — segundo o qual, os danos puramente patrimoniais respeitam à situação “em que há uma perda económica (ou patrimonial) sem que tenha existido prévia afectação de uma posição jurídica absolutamente protegida — não são reparáveis em sede de responsabilidade civil extracontratual, salvo no caso de violação de normas destinadas a proteger interesses alheios (segunda regra do art. 483º, nº 1, do CC) ou em determinadas hipóteses especiais como as dos arts. 485º e 495º do CC, ou ainda quando se verifique abuso do direito enquanto fonte de responsabilidade civil” (Acórdão de 08/09/2016, processo n.º 1952/13.6TBPVZ.PI.S1) —, compreende-se imediatamente que a problemática de danos puramente patrimoniais se relaciona umbilicalmente com a ilicitude.

Por conseguinte, em busca das causas endógenas da marginalização dos casos de danos puramente patrimoniais no domínio da responsabilidade civil extracontratual subjéctiva da Administração, será pertinente iniciar-se a investigação pelo estudo da configuração normativa da ilicitude desta área especial de responsabilidade.

4. *De iure condito*, a ilicitude da responsabilidade civil extracontratual da Administração encontra-se definida no artigo 9.º do RRCEE.

De acordo com a doutrina maioritária, com a qual alinhamos, o legislador do RRCEE adotou deliberadamente uma configuração bipolar da ilicitude. Com efeito, a licitude passa agora a ser composta por duas dimensões materialmente diferentes, embora funcionalmente interligadas — isto é, a dimensão objetiva, que se refere ao desvalor objetivo da conduta da Administração (*ilicitude objetiva* ou *ilicitude de conduta*), e a dimensão subjetiva, que consiste na lesividade do resultado de uma conduta (*ilicitude subjetiva* ou *ilicitude de resultado*).

Trata-se assim de uma *visão enriquecida de ilicitude* que ultrapassa, por um lado, a discussão doutrinária desenvolvida na sede do revogado Decreto-Lei n.º 48051, de 21 de novembro de 1967, relativa à pertinência e até à constitucionalidade da implementação do requisito de ilicitude subjetiva na responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas⁴, e por outro lado, a controvérsia verificada no domínio do direito civil relativa à escolha ou compatibilização entre a ilicitude de resultado e a ilicitude de conduta⁵.

5. Ora, o enriquecimento da configuração da ilicitude na sede da responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública não se esgota apenas no momento da combinação normativamente introduzida da ilicitude de conduta com a ilicitude de resultado. Com efeito, em conformidade com a vinculação especial da Administração, *inter alia*, aos princípios da juridicidade e da prossecução do interesse público, o legislador do RRCEE tomou várias opções que, intencionalmente ou não, acabam por “robustecer” igualmente a substância, quer

⁴ Com efeito, uma boa parte de doutrina, sendo influenciada sobretudo pela teoria da coincidência perfeita entre ilegalidade e ilicitude de Marcello Caetano — v. Marcello CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, II, Coimbra, 1986, 1225 s. — considerou incompatível a ilicitude subjetiva com o princípio da legalidade administrativa.

Em sentido contrário, Margarida Cortez já se pronunciou, ainda na vigência do Decreto-Lei n.º 48051, que “...a ilicitude não se basta com a genérica antijuridicidade, uma vez que pressupõe a violação de uma posição jurídica substantiva (direito subjetivo ou interesse legalmente protegido) do particular. Cumpre, pois, determinar que relação existe entre as normas ou princípios violados e a esfera jurídica substantiva do particular, sendo certo que da violação dessas normas ou princípios dó pode resultar uma ilicitude quando elas tiverem (também) por fim a proteção dos seus direitos ou interesses”, cfr. Margarida CORTEZ, *Responsabilidade Civil da Administração por Actos Administrativos Ilegais e Concurso de Omissão Culposa do Lesado*, Coimbra, 2000, 71.

⁵ Sobre esta controvérsia, v. Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade por Conselhos*, 300-307.

da ilicitude subjetiva, quer da ilicitude objetiva.

Ora, como se pode deduzir imediatamente das considerações antes tecidas, o alargamento material-conceitual do alcance da(s) ilicitude(s) terá como consequência potencial (embora não necessária) a generalização da ressarcibilidade dos prejuízos que seriam danos puramente patrimoniais (não indemnizáveis) na sede da responsabilidade civil do direito privado.

Nessa senda, será importante que se apure se e em que medida o “limiar” da indemnizabilidade dos “danos económicos” se encontra abaixado por isso no vigente regime da responsabilidade civil extracontratual da Administração. Vejamos.

6. Segundo a configuração plasmada no referido artigo 9.º do RRCEE, a ilicitude subjetiva na sede da responsabilidade civil extracontratual da Administração consiste na “*ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos*”. *Prima facie*, parece que se trata de uma transposição pura e simples do conceito de ilicitude consagrado no artigo 483.º do Código Civil, que considera ilícita qualquer conduta que viola “*o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios*”.

Todavia, isto não é totalmente verdade. Com efeito, mesmo que não se possa ignorar que historicamente as figuras de direito subjetivo e de interesse legalmente protegidos têm a sua origem no direito privado, a racionalidade subjacente à consubstanciação de direitos e interesses legalmente protegidos na dogmática do direito público é substancialmente diferente da no direito privado e conhece uma linha de evolução bem distinta.

Efetivamente, o reconhecimento das posições jurídicas ativas aos particulares perante o Estado e a respetiva contextualização teórica são especialmente sensíveis à evolução da teoria geral do Estado e da configuração do “estatuto” dos particulares perante as autoridades públicas.

Sucintamente dito, se até ao início do século xx, os particulares eram ainda (tendencialmente) considerados como mero *objeto de regulação* do poder de autoridade da Administração — e por isso, qualquer relação entre a Administração e os particulares era perspetivada como uma “relação de poder”, em que os particulares se encontravam na posição de um “administrado”, destituído de direitos subjetivos^{6 7}

⁶ Cfr. Vasco Pereira da SILVA, *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*, Coimbra, 1995, 150.

⁷ Deste modo, como Vasco Pereira da Silva observa, “[a]ssim, a única forma de continuar a utilizar a expressão direito subjectivo público é admitir a identidade entre direito subjectivo e objectivo, considerando «o direito subjectivo público como

—, no Estado de Direito democrático contemporâneo, os particulares passam a ser considerados como *sujeitos* em todos os tipos de *verdadeiras relações jurídicas* com a Administração (sem limitação exclusiva ao domínio de atuação administrativa de prestação⁸), das quais decorrem não só deveres e ónus, mas também direitos subjetivos para os particulares. Por isso, louvando-se na tese de Vasco Pereira da Silva, podemos afirmar que, enquanto no direito administrativo clássico, era a figura de ato administrativo que dava cobertura à integralidade das ligações jurídicas entre os particulares e a Administração, no direito administrativo contemporâneo, é a relação jurídica administrativa que consubstancia “o conceitual central” da ciência⁹. Por outras palavras, como Vieira de Andrade afirma, “[a] actividade das entidades administrativas e dos particulares desenvolve-se num contexto relacional que, na medida em que é disciplinada por normas de direito público, dá origem a relações jurídicas de direito administrativo, no âmbito das quais se exercem posições jurídicas subjectivas”¹⁰.

7. Ora, esse enquadramento relacional das posições subjetivas ativas dos particulares perante a Administração não é despiendo a propósito da compreensão do vigente regime da responsabilidade civil extracontratual da Administração, e especialmente do ensaio da descoberta das causas endógenas do referido fenómeno de marginalização dos casos de danos puramente patrimoniais não indemnizáveis.

Com efeito, na nossa perspetiva, o entendimento do Direito Administrativo (quer a sua dimensão objetiva, quer a sua dimensão subjetiva) através da figura de relação jurídica administrativa permite-nos tecer, pelo menos, as seguintes duas observações acerca da amplitude da ilicitude subjetiva na sede da responsabilidade civil extracontratual da Administração, que nos orientam nesse ensaio da descoberta das causas endógenas:

o conteúdo do qualificado do direito subjectivo»... E se já era “difícil” falar em direitos subjectivos públicos (mesmo confundindo estes com o direito objectivo e transformando-os num mero “nomen iuris”), impossível mesmo seria admitir verdadeiras relações jurídicas entre a Administração e os privados, onde só havia lugar para “ligações de poder””, cfr. Vasco Pereira da SILVA, *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*, 151.

⁸ Sobre a tese da restrição da aplicação do instituto de relação jurídica administrativa ao domínio da administração prestadora, v. Vasco Pereira da SILVA, *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*, 158-159.

⁹ Cfr. Vasco Pereira da SILVA, *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*, *maxime*, 149-297.

¹⁰ Cfr. Vieira de ANDRADE, *Lições de Direito Administrativo*, Coimbra, 2017, 67.

a) Como Vasco Pereira da Silva defende, “a noção de direito subjetivo encontra-se intimamente ligada com a de relação jurídica, não só porque os direitos subjetivos públicos¹¹ integram o conteúdo daquelas, mas também porque eles são uma condição lógica da existência de relações jurídicas administrativas”¹². Deste modo, aquando da propositura de qualquer pretensão indemnizatória contra a Administração — com vista a ressarcir os danos causados em determinada posição jurídica subjetiva (direito subjetivo/interesse legalmente protegido) dos particulares —, é racional que se tenha verificado alguma vicissitude que perturbou o desenvolvimento normal de uma pré-existente relação jurídica entre os particulares e a Administração disciplinada pelas normas de direito público.

Por outras palavras, afigura-se legítima constatar que na sede da responsabilidade civil extracontratual da Administração, por detrás da fundamentação de qualquer relação de responsabilidade, encontra-se sempre uma prévia relação jurídica concreta entre o lesado e o lesante, que dá enquadramento jurídico às posições subjetivas ativas do lesado. *Essa relação jurídica, porém, não parece que seja reconduzível à ideia da mera convivência geral dos indivíduos na comunidade.* Com efeito, para além do caso óbvio da administração prestadora, em que frequentemente se atesta a atribuição de *direitos de crédito* ou *direitos à prestação concreta* aos particulares perante a Administração, não se pode olvidar que, em qualquer domínio de atuações administrativas, estamos perante um exercício da função de soberania.

Ora, de acordo com o artigo 3.º da Constituição, a soberania reside no povo, pelo que é inegável que os poderes que a Administração possui e exerce encontram a sua legitimidade sempre, embora não exclusivamente, na “vontade” dos particulares (enquanto o dono da soberania). Deste modo, independentemente da adesão ou não ao entendimento amplo da relação jurídica administrativa — que a considera como um instituto capaz, e até imprescindível, de abarcar não só as relações concretas entre os particulares e a Administração com referência à verificação de determinado pressuposto normativo, mas também a relação geral e abstrata entre o povo e o Estado aquando da implementação constitucional deste último¹³ —, afigura-se-nos

¹¹ Importa referir-se a que o autor adota uma conceção ampla e unitária de direito subjetivo público que supera a dicotomia direito subjetivo/interesse legalmente protegido — v. Vasco Pereira da SILVA, *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*, 217-220; e IDEM, *Para um Contencioso Administrativo dos Particulares*, Coimbra, 2005, reimpr. da ed. de 1997, 84-121.

¹² Cfr. Vasco Pereira da SILVA, *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*, 212.

¹³ Sobre o entendimento amplo da relação jurídica administrativa e as críti-

legítimo afirmar que quaisquer relações jurídicas concretas entre a Administração e os particulares (desencadeadas pela verificação de determinado facto ou comportamento juridicamente relevante) têm sempre como referência jurídico-política última a “confiança” que o povo deposita no Estado com vista a “uma vinculação das liberdades por afirmação das próprias liberdades”¹⁴.

Por conseguinte, exalta-se que a responsabilidade civil da Administração, dita “extracontratual” no âmbito do RRCEE não consubstancia (apenas) um mero problema de reintegração do mútuo respeito na convivência geral interpessoal, mas sim (também) uma questão da garantia da integridade das posições subjetivas ativas dos particulares no âmbito da execução e cumprimento pela Administração do seu “mandato” constitucional.

Assim sendo, não se estranha que para a doutrina que adere ou confere relevância especial à teoria do contrato social, a responsabilidade civil da Administração pela prática dos atos antijurídicos até se deve consubstanciar materialmente numa *responsabilité résultant d’un «contact social qualifié»* ou uma *responsabilité da contatto*, cujo regime se deve aproximar mais ao regime de responsabilidade pré-contratual, ou até diretamente ao regime de responsabilidade contratual¹⁵.

Nessa senda, com a distanciação da responsabilidade civil “extracontratual” da Administração da responsabilidade civil no direito privado ao nível das respetivas racionalidades axiológica — sendo, a primeira mais ampla do que a segunda, que, na nossa perspetiva, se dedica à tutela da relação geral de mútuo respeito na convivência entre os seres humanos enquanto pessoas numa lógica de “liberdade *versus* responsabilidade”¹⁶ —, a responsabilidade civil “extracontratual” da

cas contra esta conceção, v. *ibidem*, pp. 163-185.

¹⁴ Cfr. Pinto BRONZE, *Lições da Introdução ao Direito*, Coimbra, 2010, 332.

¹⁵ Cfr. Aldo TRAVI, “L’extension de la responsabilité de l’administration publique em italie”, *Revue Française d’Administration Publique* 147 (2013) 688. Citando a observação interessante do autor, “l’atteinte à un intérêt légitime se concrétise dans une violation, de la part de l’administration, de règles qui sont inhérentes à un rapport juridique existant entre une personne et l’administration: ce rapport commence lorsque débute la procédure administrative non contentieuse. Par conséquent, il n’est pas pertinent de considérer cette responsabilité comme une responsabilité extracontractuelle car cette dernière concerne deux sujets qui ne sont pas liés par un rapport juridique préexistant”.

¹⁶ Para mais desenvolvimento, deixe-nos remeter para o nosso trabalho, “Breves reflexões sobre o método de determinação do regime da responsabilidade civil aplicável. O caso da responsabilidade civil do advogado”, in *Responsabilidade Civil. Cinquenta Anos em Portugal Quinze Anos no Brasil*, Coimbra, 2018, 121-130 e a bibliografia lá citada.

Administração, *no seio do RRCEE*, não restringe a ilicitude (subjéitiva) à violação de direitos absolutos, abarcando, pelo contrário, todos os casos da violação de direitos subjétivos (ou dos interesses legalmente protegidos) — *que abrange quer direitos absolutos quer os direitos relativos*^{17 18} —, com exclusão, na perspectiva de uma boa parte da doutrina nacional, apenas dos direitos contratuais¹⁹.

Prima facie, essa “descoberta” dos direitos relativos na ilicitude permitiria saltar à conclusão pela (potencial) indemnizabilidade de danos puramente patrimoniais na responsabilidade civil extracontratual da Administração. No entanto, em nosso entender, essa integração da violação de direitos relativos na ilicitude subjétiva *per se* não implica *imediatamente* o aumento da oportunidade do ressarcimento dos danos puramente patrimoniais na sede da responsabilidade civil extracontratual subjétiva da Administração regulada pelo RRCEE. A razão é que, consistindo a ilicitude subjétiva numa vicissitude prejudicial do desenvolvimento das relações jurídicas administrativas, os direitos de crédito relevantes a este propósito são apenas os direitos relativos cujo sujeito passivo é a Administração. *Ou seja, a “robustez” da ilicitude subjétiva em apreço não vai ao ponto de abarcar também a violação dos direitos de crédito dos particulares perante terceiros.*

Assim sendo, parece-nos que o que está em causa é (apenas) uma “nova arrumação” da dicotomia responsabilidades extracontratual/contratual no direito público, que não tem como consequência direta e imediata a marginalização dos casos de danos puramente patrimoniais. Com efeito, afigura-se que, tendencialmente, o “enriquecimento” do terreno da responsabilidade civil extracontratual subjétiva da Administração levado a cabo pela integração da violação de direitos creditórios na ilicitude (subjétiva) fica paralelamente “neutralizado” pelo “empobrecimento” do terreno da responsabilidade civil obrigacional da Administração.

¹⁷ Sobre a classificação dos direitos subjétivos e dos interesses legalmente protegidos, v. *inter alia*, Paulo OTERO, *Manual de Direito Administrativo*, I, Coimbra, 2016, 235-244; Vieira de ANDRADE, *Lições de Direito Administrativo*, 73-77.

¹⁸ Em sentido contrário, defendendo a não aplicação do RRCEE à violação de direitos creditórios, Tiago MACIEIRINHA, “Responsabilidade civil da administração por violação de dever de prestar de fonte não contratual”, in *Portugal, Brasil e o Mundo do Direito*, Coimbra, 2009, 109-131.

¹⁹ Neste sentido, *inter alii*, Marcelo Rebelo de SOUSA / André Salgado de MATOS, *Responsabilidade Civil Administrativa, Direito Administrativo Geral*, Tomo III, Lisboa, 2010, 21; Filipa CALVÃO, “Artigo 1.º”, in *Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas*, Lisboa, 2013, 58-59.

b) Não obstante, importa salientar que a observação antes tecida não é despendida a propósito do nosso ensaio da descoberta das “causas endógenas”. Com efeito, o entendimento da ilicitude subjetiva através da sua ligação substantiva à dinâmica de relações jurídicas administrativas e a consequente captação da imagem global da ilicitude subjetiva permitem-nos avançar para a seguinte observação:

Como se refere, os direitos subjetivos e os interesses legalmente protegidos são conteúdo das relações jurídicas administrativas. Por isso, afigura-se seguro afirmar que, quando maior for o alcance das relações jurídicas administrativas, mais amplas serão as posições jurídicas subjetivas dos particulares perante a Administração, e consequentemente, mais abrangente será a ilicitude subjetiva, que, reflexivamente, alargará o espaço de indemnização na sede da responsabilidade civil extracontratual da Administração.

Perspetivando de outra ótica, isto significa que, no âmbito da responsabilidade civil extracontratual da Administração, casos de danos puramente patrimoniais se verificam apenas quando os lesados não sejam titulares de qualquer posição subjetiva ativa de uma relação jurídica administrativa, sendo assim titulares de meros *interesses simples* ou *interesses de facto*.

Ora, não se deve olvidar que o fundamento das posições jurídico-administrativas se encontra sempre numa norma jurídica²⁰. Deste modo, podemos afirmar que, enquanto a metodologia da resolução do problema relativo à indemnização de danos puramente patrimoniais no direito privado reside essencialmente na identificação dos direitos absolutos e na descoberta das normas de proteção²¹, na sede da responsabilidade civil extracontratual da Administração, o método consiste na pesquisa das normas que disciplinam relações jurídicas administrativas e que dêem proteção jurídica subjetiva aos interesses invocados pelos particulares na sua pretensão indemnizatória.

Esta última afirmação, apesar de nos conduzir ao terreno de ilicitude objetiva e de acentuar a ligação normativa entre os dois compartimentos da ilicitude na responsabilidade civil extracontratual da Administração (com a consequente diluição da fronteira entre a ilicitude objetiva e a ilicitude subjetiva, que até leva à *tendencial* absolvição da relevância da ilicitude subjetiva pela ilicitude objetiva *ao nível pragmático*), não implica o monopólio da teoria das normas de proteção quanto à fundamentação dessa responsabilidade. Com efeito, na nossa perspetiva, o facto de que o fundamento e a amplitude da proteção

²⁰ Cfr. Paulo OTERO, *Manual de Direito Administrativo*, 1, 227.

²¹ Sem se ignorar, porém, a relevância do instituto de abuso do direito.

de todas as posições jurídico-administrativas se encontram nas normas jurídicas disciplinadoras de relações jurídicas administrativas não significa que todas as normas que integram o Direito Administrativo são normas de proteção em sentido estrito²² ²³. Por exemplo, pode encontrar-se direitos ou interesses normativamente protegidos pelos princípios jurídicos que vinculam as atividades administrativas; mas *nem sempre* por isso os princípios jurídicos em causa — mesmo que se encontrem densificados numa “norma do caso” no momento da sua aplicação ao caso concreto — podem ser qualificados como uma norma de proteção propriamente dita, acompanhada pela aplicação da teoria do escopo da norma violada, a propósito do preenchimento do conjunto dos requisitos da responsabilidade civil²⁴ ²⁵.

Por outras palavras, das duas uma: *i*) ou qualificar como normas de proteção todas as normas e princípios do Direito Administrativo reguladoras das relações jurídicas administrativas atributivas das posições jurídicas ativas aos particulares (tendo em conta que, como Vieira de Andrade ensina, “as posições jurídicas substantivas implicam sempre uma intenção normativa de protecção efectiva de um bem

²² Afastando-nos assim, neste aspeto, da tese que unifica os direitos subjetivos e os interesses legalmente protegidos sob a égide da teoria das normas de proteção. Sobre esta teoria, v. Vasco Pereira da Silva, *Em Busca...*, cit., pp. 212 ss..

²³ Sobre os critérios de identificação das normas de proteção e as dificuldades subjacentes, v. inter alia, Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade por Conselhos*, 245-257; e Adelaide Menezes LEITÃO, *Normas de Proteção e Danos Puramente Patrimoniais, maxime*, 629-634.

²⁴ Sobre isto, v. Adelaide Menezes LEITÃO, *Normas de Proteção e Danos Puramente Patrimoniais, maxime*, 653-654, 671-682 e 689-741.

²⁵ Pense-se sobretudo no funcionamento do princípio da proteção da confiança no caso de tolerância administrativa. Com efeito, como Paulo Otero observa, com a “conjugação entre o decurso do tempo e a tutela da confiança”, o particular que beneficia constantemente do não exercício contra legem de uma competência administrativa pode passar a adquirir um “direito subjetivo ex novo” à manutenção das suas vantagens (então de facto) provenientes da “normatividade não oficial praeter legem” criadas pela toleratio, cfr. Paulo OTERO, *Legalidade e Administração Pública*, Coimbra, 2017, 919-920 e 924-925.

Por outras palavras, a tolerância administrativa, quando sedimentada no tempo, pode originar uma relação jurídica administrativa entre a Administração e os particulares, que confere a estes últimos uma posição jurídica ativa, cujo fundamento de proteção se encontra nos princípios da proteção da confiança e da boa-fé. Todavia, mesmo que seja por causa da intenção normativa protetiva desses princípios que a posição jurídica ativa dos particulares chegou a “ganhar vida”, parece (mais ou menos) pacífico que esses princípios não têm a densidade material suficiente para serem qualificados como uma norma de proteção, que legitimaria a convocação sólida da teoria do escopo da norma violada.

jurídico próprio de determinado particular”²⁶), e assim a resolução do problema da fundamentação da responsabilidade civil extracontratual da Administração deve ser guiada exclusivamente pela teoria do escopo da norma violada, não obstante o risco de vulgarizar (e até desvirtuar) a figura de normas de proteção no direito público; *ii*) ou manter o rigor dogmático da figura de normas de proteção consolidado pela doutrina civilística, e qualificar como normas de proteção somente aquelas normas e princípios que tenham a densidade material e estrutural exigidas pelos critérios de identificação das normas de proteção elaborados pela doutrina civilística.

Como vimos, inclinamos a aderir à segunda tese, que, de resto, parece ser também o entendimento tacitamente acolhido pela doutrina e jurisprudência: com efeito, sucintamente dito, a partir do momento em que a doutrina e jurisprudência maioritária elege a teoria da causalidade adequada como o critério primário para a resolução do problema de nexos de causalidade na responsabilidade civil extracontratual da Administração, está-se, de facto, a rejeitar o entendimento que considere *todas* as normas e princípios que integram o Direito Administração como normas de proteção em sentido próprio²⁷.

Nessa senda, ao contrário do que acontece no direito privado, na sede da responsabilidade civil extracontratual da Administração, são problemas distintos, embora interligados: *i*) a descoberta dos (direitos e) interesses legalmente protegidos no âmbito de relações jurídicas administrativas, e subseqüentemente, da amplitude da ilicitude subjetiva, e *ii*) a recondução da questão relativa ao *modo* de proteção ressarcitória dessas posições subjetivas ativas à problemática da aplicabilidade da teoria do escopo da norma violada.

Ora, especialmente em relação à primeira problemática identificada, que concerne imediatamente à questão de danos puramente

²⁶ Cfr. Vieira de ANDRADE, *Lições de Direito Administrativo*, 71. Posto isto, salvo o respeito devido, não concordamos com a posição de Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, que enquadra no conceito de interesse legalmente protegido também os ditos “interesses reflexivamente protegidos”, que, segundo os autores, “não é objeto de proteção imediata, mesmo indireta, pela lei” uma vez que “aquí, a lei não estabelece qualquer dever de actuação administrativa que tenha como destinatários os titulares do interesse”, cfr. Marcelo Rebelo de SOUSA / André Salgado de MATOS, *Direito Administrativo Geral*, Tomo I, Lisboa, 2008, 212-213.

²⁷ Sobre o entendimento doutrinal e jurisprudencial que respeita ao problema do nexos causal na responsabilidade civil extracontratual da Administração e os defeitos desse entendimento, deixe-nos remeter para o nosso trabalho, *Da Imputação Objetiva na Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado Decorrente do Exercício da Função Administrativa — Algumas Questões Atinentes à Delimitação em Geral da Esfera de Responsabilidade da Administração*, Coimbra, 2017, policop., *passim*.

patrimoniais, parece-nos que existem três linhas de evolução da configuração de relações jurídicas administrativas que contribuem decisivamente para a generalização da indemnização dos prejuízos que seriam meros danos puramente patrimoniais no seio da responsabilidade civil extracontratual no direito privado, consubstanciando assim as “causas endógenas” que estamos a procurar:

Em primeiro lugar, com a intensificação da vinculação da Administração à normatividade jurídica e a progressiva subjectivização do princípio da legalidade administrativa, verifica-se um movimento de ampliação do leque de posições jurídicas ativas dos particulares (e da respetiva tutela) perante a Administração, que dá lugar à constituição ou reconhecimento de novos direitos e interesses legalmente protegidos e à paralela redução dos casos de meros interesses de facto (que, nas palavras de Paulo Otero, se traduzem apenas nos casos de *i*) vantagens ilícitas, e *ii*) vantagens lícitas que decorrem de meros factos ou da projecção subjetiva reflexa da proteção conferida a certos interesses legalmente protegidos²⁸)²⁹.

Nessa sequência, mesmo que não seja um caso de verificação necessária, uma boa parte de interesses patrimoniais passa a ter “cobertura normativa subjetiva”³⁰, limitando (mas não eliminando) assim as hipóteses de interesses “órfãos” cuja violação constitui meros danos puramente patrimoniais não ressarcíveis na sede da responsabilidade civil extracontratual da Administração.

Em segundo lugar, deve assinalar-se a relevância da constituição de *direitos subjetivos instrumentais* na nossa ordem jurídica — *i.e.* os direitos subjetivos cuja utilidade consiste essencialmente em garantir ao titular do direito o acesso ou a disponibilidade da arma ou instrumento necessário ao exercício completo de *outros* direitos, interesses ou liberdades (que poderão não ser qualificáveis como “direitos e interesses legalmente protegidos”).

²⁸ Cfr. Paulo OTERO, *Manual de Direito Administrativo*, I, 230, nota 703.

²⁹ Como Vieira de Andrade observa, esse movimento tem como origem um conjunto de fenómenos de natureza bem diferente, que vão desde a juridificação do poder discricionário administrativo (sobretudo através da invenção de novos princípios jurídicos que “invadem” a esfera de oportunidade e conveniência) e a intensificação da garantia jurídica dos interesses de “terceiros” através do desenvolvimento e reforço da figura de relações jurídicas administrativas poligonais ou multipolares, até à autonomização normativa de novas categorias de “interesses legítimos”, tal como os interesses coletivos e os interesses difusos, cfr. Vieira de ANDRADE, *Lições de Direito Administrativo*, 76-77.

³⁰ Pense-se sobretudo na evolução tendencialmente ampliativa do escopo de aplicação do princípio da proteção da confiança.

Pense-se particularmente no direito de acesso à informação administrativa regulado pela Lei n.º 26/2016, de 22 de agosto.

Ora, afigura-se-nos pacífica a afirmação de que o acesso à informação administrativa não constitui um fim em si mesmo. A razão é que, normalmente, quando um particular peça acesso à determinada informação, a sua última pretensão não consiste na mera aquisição ou detenção pura e simples dessa peça de informação — efetivamente, salvo o caso em que o interesse subjacente à pretensão de acesso à informação se traduza somente na satisfação da “curiosidade” do particular-requerente, a informação apresenta-se quase sempre como um *instrumento* para o exercício, de maneira cabal, de outros direitos, interesses ou liberdades que integram a esfera jurídica do particular-requerente.

Esta nota da instrumentalidade do direito subjetivo em apreço não é despendianda na sede da responsabilidade civil. Com efeito, a subjectivização jurídica do “instrumento” a dispor aos particulares, para além de introduzir uma “nova fonte” de ilicitude subjetiva (legitimando assim a existência de “danos autónomos” derivados da frustração desse direito *independentemente da sua instrumentalidade* — pense-se, *maxime*, na possibilidade da imputação direta de danos morais à violação deste direito), permite que se possa escapar ao filtro de ilicitude subjetiva o ressarcimento dos prejuízos causados naqueles interesses “servidos” por esse direito subjetivo *instrumental*.

Com efeito, sendo os direitos subjetivos instrumentais uma verdadeira posição jurídica ativa possuída pelos particulares nas relações jurídicas administrativas, a sua violação constitui automaticamente uma ilicitude subjetiva. Assim sendo, a propósito da resolução do problema da indemnizabilidade dos interesses “servidos” por esses direitos instrumentais, torna-se “contornável” a questão sobre se esse interesse consubstancia um direito ou interesse legalmente protegido, ou pelo contrário, um mero interesse de facto. Efetivamente, desde que se consiga imputar esses interesses à esfera de utilidade concretamente densificada do direito subjetivo instrumento violado, a eventual indemnização a conceder ao particular pela lesão do seu direito instrumento (*i.e.* pela frustração da mobilização do seu “instrumento”) será “preenchida” também pelos prejuízos verificados nos interesses “servidos”, independentemente da qualificação jurídica desses.

Por conseguinte, afigura-se-nos legítimo afirmar que, na sede da responsabilidade civil extracontratual da Administração, a previsão de direitos sujeitos instrumentos tem como efeito, entre outros, a disponibilização pelo sistema jurídico-administrativo de uma *válvula de escapa*

bilateral que permite fugir à teoria de “duplo ilícito” — isto é, perfunctoriamente dito, a provocação simultânea de duas (ou mais) ilicitudes subjetivas por uma mesma conduta — *para o nicho dogmático de “causalidade preenchedora”*³¹, e *vice versa*, oferecendo assim um caminho para contornar o problema de danos puramente patrimoniais.

Em terceiro lugar, com a aquisição paulatina de *relevância autónoma* da tutela de direitos e interesses legalmente protegidos em face da garantia da legalidade administrativa³², começa-se a formar relação “jurídica” administrativa cuja regulação não se encontra (exclusivamente) nas normas que integram a ordem jurídica, mas (também) nas normas de outras ordens, designadamente da ordem técnica e profissional — as *leges artis*³³. Este fenómeno atesta-se especialmente na responsabilidade civil extracontratual da Administração, porquanto, como se consta do artigo 9.º do RRCEE, a violação das normas da ordem técnica constitui uma fonte autónoma de ilicitude, implicando assim que, ao lado dos direitos e interesses *juridicamente* protegidos, poderá haver também interesses *metajuridicamente* protegidos cuja violação constitui ilicitude na sede da responsabilidade civil da Administração (...mas já não no âmbito da responsabilidade civil extracontratual no direito privado)³⁴.

III. Causas exógenas

8. Ora, como observámos, as “causas endógenas” operam essen-

³¹ Importa referir-se a que adotamos a tese de Mafalda Miranda Barbosa sobre a resolução do problema de causalidade preenchedora. Brevemente relatando, a autora advoga “a determinação do dano a partir do conteúdo do direito subjetivo” através de cotejar a “esfera de utilidade geral [do direito] — traduzida no valor patrimonial do bem objeto do direito e, mais especificamente, compreendida pela análise das diversas faculdades inerentes ao conteúdo do direito” com a “esfera de utilidade particular [do direito] — colimada naquilo que o concreto titular..., de dentro do primeiro círculo definido, se propõe realizar”. Mais desenvolvimento, v. 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*, Cascais, 2013, *maxime* 1402-1433.

³² Cfr. Freitas do AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, II, Coimbra, 2018, 55-58.

³³ No sentido próximo, Freitas do AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, II, 57.

³⁴ Destacando a irrelevância da violação das *leges artis* (não legalizadas) na responsabilidade civil extracontratual no direito privado e o enquadramento dessa situação na temática de danos puramente patrimoniais, v. Carneiro da FRADA, *Uma «Terceira Via» no Direito da Responsabilidade Civil?*, Coimbra, 1997, 42.

cialmente (embora não exclusivamente) no sentido de reduzir os casos em que a posição dos particulares se reconduz apenas à titularidade de um mero interesse de facto, aumentando assim a oportunidade de conseguir-se encontrar uma posição jurídica subjetiva ativa cuja violação constitui ilicitude na sede da responsabilidade civil extracontratual da Administração. Por outras palavras, na maioria dos casos, as causas endógenas *per se* não permitem a indemnização dos interesses de facto³⁵.

Nessa senda, urge descobrir se existem mecanismos “exógenos” que, mesmo que não possua qualquer intencionalidade normativa ressarcitória, proporcionam uma via pragmática que potencia a eliminação/reintegração dos prejuízos causados nos meros interesses de facto (sobretudo os não salvaguardados pelas “causas endógenas”).

9. A este propósito, não podemos deixar de considerar a relevância da ação de anulação dos atos administrativos, prevista nos artigos 50.º e seguintes do Código de Processos nos Tribunais Administrativos (doravante, CPTA).

Explicando: segundo o artigo 173.º do CPTA, “a anulação de um ato administrativo constitui a Administração no dever de reconstituir a situação que existiria se o ato anulado não tivesse sido praticado, bem como de dar cumprimento aos deveres que não tenha cumprido com fundamento naquele ato, por referência à situação jurídica e de facto existente no momento em que deveria ter atuado”. Por isso, mesmo que quer a ação de anulação, quer a subsequente ação executiva da sentença anulatória, não tenham qualquer finalidade ressarcitória³⁶ (e

³⁵ Exceto o fenómeno da subjetivação jurídica do direito instrumental, que, como vimos, permite a indemnização dos interesses de facto, caso estes constituam os interesses “servidos” pelo direito instrumental violado.

³⁶ Efetivamente, como Aroso de Almeida defende, a anulação tem uma vocação no presente e para o futuro e a correspondente execução não visa nada mais do que conformar o plano de facto com o plano de direito (re-)introduzido pelo efeito repristinatório da sentença anulatória. Por isso, sucintamente dito, o que decorre das relações jurídicas emergentes da anulação dos atos administrativos não é qualquer obrigação de reparar ou indemnizar a cargo da Administração, mas apenas uma obrigação de prestar da Administração que consiste em *i*) remover as situações fáticas consolidadas segundo as determinações antijurídicas (agora anuladas), *ii*) restituir ao particular o que lhe retirou ilegalmente, *iii*) devolver ao particular o que dele recebeu com base no efeito precário do ato ilegal, ou *iv*) voltar a permitir o que ficou proibido antijuridicamente. Mesmo no caso em que a força retroativa da sentença anulatória faz reemergir a relação estatutária cessada ilegalmente pelo ato anulado (e.g. no domínio da função pública), o dever que onera a Administração na execução da sentença anulatória consubstancia-se ainda num dever de prestar, que se traduz na obrigação da Administração de cumprir, agora tardiamente, os deveres que nascem da referida relação estatutária de fundo (segundo a terminologia adotada pelo autor,

por isso entre estas e a ação de responsabilidade civil não vigora qualquer relação normativa de permutabilidade), a verdade é que, tal como a responsabilidade civil extracontratual da Administração (cfr. artigo 3.º, nº 1, do RRCEE), a anulação dos atos administrativos (acompanhada pela execução da sentença anulatória) também tem como finalidade a reconstituição da situação hipotética que existisse se a Administração não teria praticado o ato administrativo ilegal.

Sem dúvida, os escopos da finalidade reconstitutiva em apreço não são confundíveis. Com efeito, como Aroso de Almeida salienta, enquanto a anulação dos atos administrativa e a execução da sentença anulatória têm como objetivo a reconstituição do *statu quo ante*, a responsabilidade civil visa a reconstituição da *situação atual hipotética*^{37 38}.

Todavia, também não se pode ignorar que, *na prática, os alcances de reconstituição da situação hipotética num e noutro caso podem coincidir parcialmente*, pelo que alguns danos sofridos pelo particular por causa do ato ilegal podem ser “reparados” (em sentido impróprio) igualmente na sede da anulação do ato e da execução da sentença anulatória, *em virtude da força retroativa e repristinatória da sentença anulatória*.

A propósito de melhor compreender a ideia subjacente, pense-se

“deveres jurídicos complementares em relação à execução do efeito repristinatório da sentença”), cfr. Aroso de ALMEIDA, *Anulação de Actos Administrativos e Relação Jurídicas Emergentes*, Coimbra, 2002, *maxime* 425-427, 447-477, e 517 s.

Mais desenvolvimento sobre a distinção entre a ação de anulação e a ação de responsabilidade civil, deixe-nos remeter para o nosso trabalho, *Da Imputação Objetiva na Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado*, 115 s., e a lista bibliografia lá referida.

³⁷ Cfr. Aroso de ALMEIDA, *Anulação de Actos Administrativos e Relação Jurídicas Emergentes*, 428-477, *maxime* 446 s.; em sentido contrário, qualificando a “reconstituição” levada a cabo pela execução da sentença anulatória como uma reconstituição da situação atual hipotética; Vieira de ANDRADE, *A Justiça Administrativa*, Coimbra, 2017, 360-361 e 397; Freitas do AMARAL, *A Execução das Sentenças dos Tribunais Administrativos*, Coimbra, 1997, 54; e Sérvulo CORREIA, “A efectivação processual da responsabilidade civil extra-contratual da Administração por actos de gestão pública”, in *La Responsabilidad Patrimonial de los Poderes Públicos*, III. *Coloquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo*, Valladolid, 1999, 292 s. (distinguindo o autor, por seu turno, entre reconstituição da situação atual e ressarcimento dos danos).

³⁸ Trata-se de uma diferenciação relevantíssima uma vez que, como Rui Medeiros adverte, a cominação da finalidade da reconstituição da situação atual hipotética à execução da sentença anulatória “conduziria à negação da autonomia da obrigação de indemnizar com fundamento na culpa”, porquanto “[s]e a execução da sentença da anulação dovesse reconstituir a situação atual hipotética actual..., teríamos de concluir que ela cobriria, em bom rigor, todos os prejuízos resultantes do acto administrativos”, cfr. Rui MEDEIROS, *Ensaio Sobre a Responsabilidade Civil do Estado por Actos Legislativos*, Coimbra, 1992, 141.

sobretudo no caso paradigmático da demissão ilegal de funcionários públicos: em nosso entender, o salário que o funcionário deixou de poder auferir durante a sua demissão ilegal pode ser reparado/reclamado, *ou* através da propositura de uma ação de responsabilidade civil (desde que se reúnam todos os requisitos da fundamentação da pretensão indemnizatória — *obrigação de indemnizar*), *ou* através da propositura de uma ação da anulação do ato de demissão ilegal, cuja procedência dá lugar à ripristinação da relação estatutária (ou laboral, consoante o caso) entre a Administração e o funcionário e à execução da sentença anulatória, da qual decorre o dever da Administração de cumprir *retroativamente* a sua obrigação de pagamento do salário ao funcionário (*obrigação de prestar*).

Por outras palavras, ainda que a anulação de atos administrativos e a execução da sentença anulatória não sejam institutos com vocação normativa indemnizatória, o seu funcionamento *na prática* pode originar situações, *ainda que atípicas e de contingência fáctica*, das quais resulta a reparação de *alguns* danos³⁹ que o ato anulável causou na esfera do particular.

Nessa senda, conjugando esta nota com o artigo 55.º, n.º 1, alínea a) do CPTA — que, segundo a doutrina maioritária⁴⁰, reconhece legitimidade ativa na ação de anulação também aos *titulares de mero interesse de facto* (desde que seja direto e pessoal) —, a ação de anulação e a ação executiva da sentença anulatória abrem uma janela que, casuisticamente, permite a “reparação” (reitera-se, em sentido impróprio) dos prejuízos causados nos meros interesses de facto, contribuindo (ainda que não intencionalmente) para a marginalização dos casos de danos puramente patrimoniais não ressarcíveis no direito público.

IV. Síntese conclusiva

10. Como observámos, na sede da responsabilidade civil extracontratual da Administração, a problemática de danos puramente pa-

³⁹ Realçamos que o efeito prático referido poderá potenciar a “reparação” de apenas “alguns” danos, uma vez que, pegando no mesmo exemplo da demissão ilegal, a execução da sentença anulatória não poderá ter como efeito prático o ressarcimento das despesas que o funcionário suportou na procura de novo trabalho durante o tempo em que o ato ilegal de demissão ainda estava a produzir os seus efeitos precários. A reparação desse dano terá de ser alcançada através da efetivação da ação de responsabilidade civil.

⁴⁰ Contra, Rui MACHETE, “A legitimidade dos contra-interessados nas ações administrativas comuns e especiais”, in *Estudo em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano*, 2006, 629.

trinomiais prende-se essencialmente com os problemas da identificação de direitos e interesses legalmente protegidos e da ressarcibilidade (ou não) dos prejuízos causados nos meros interesses de facto.

Concluimos que em comparação com a responsabilidade civil no direito privado, a problemática de danos puramente patrimoniais gera menos preocupação doutrinária, uma vez que existe um conjunto de causas que marginalizam os casos da sua verificação e alargam o espaço de indemnização ou reparação no domínio do direito público.

Recordando, a maioria dessas causas é o resultado da evolução do Direito Administrativo na sua integridade.

Nessa senda, afigura-se-nos relevante refletir sobre o mérito destas “causalidades”, questionando a pertinência da atual interiorização total (não modelada) da expansão das posições ativas jurídicas dos particulares perante a Administração no terreno da responsabilidade civil extracontratual da Administração e ensaiando alternativas que consigam assegurar uma articulação mais equilibrada entre as diferentes vertentes do Direito Administrativo.

Com efeito, não se pode ignorar que a expansão do espaço de indemnização na responsabilidade civil extracontratual da Administração não constitui necessariamente uma evolução na proteção dos particulares, porquanto o equilíbrio axiológico subjacente a este domínio especial de responsabilidade exige também uma devida ponderação do valor do funcionamento normal das funções de soberania, que não deixa de ser um valor com relevância fundamental a propósito da garantia dos direitos dos particulares no Estado de Direito democrático.

Deste modo, em vez de adotar uma atitude irreflexivamente recetiva perante o movimento de alargamento do âmbito da responsabilidade civil da Administração, é sempre necessário manter um espírito crítico-reflexivo relativo a esta recente linha de desenvolvimento, ponderando até que momento deve o sistema reagir responsivamente, introduzindo freios que permitem filtrar as potenciais causas de ampliação indemnizatória que possam pôr em risco o equilíbrio axiológico subjacente à responsabilidade civil da Administração, evitando que o Estado (em sentido amplo) se transforme numa “empresa gigantesca de seguro”.

RELIANCE:
EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL
DOS MEMBROS DOS ÓRGÃOS SOCIAIS
COM BASE NA CONFIANÇA DEPOSITADA
NA INFORMAÇÃO RECEBIDA (V. 2.0)¹

JOSÉ FERREIRA GOMES

Introdução

I. Os membros dos órgãos sociais têm de ter «competência técnica e o conhecimento da actividade da sociedade adequados às suas funções» [artigo 64.º/1, *a*) e 2 csc]. Estes deveres de cuidado, no sentido que temos vindo a defender², suscitam algumas observações.

Em primeiro lugar, a competência técnica de cada membro dos órgãos sociais tem de abranger todos os aspetos técnicos que em todos os momentos são relevantes para o desenvolvimento da atividade da sociedade. Naturalmente, admite-se que, naqueles aspetos que não dominem (nem tenham de dominar), os membros dos órgãos sociais possam contar com o apoio de peritos que os auxiliem no desenvolvimento das suas funções³.

¹ Este texto corresponde ao publicado na *RDS* 7/1 (2016) 49-81, mas com algumas atualizações pontuais. Apresenta-se, por isso, como versão 2.0.

² Cfr. o nosso *Da administração à fiscalização das sociedades: A obrigação de vigilância dos órgãos da sociedade anónima*, 2015, § 62.5, bem como “O sentido dos “deveres de cuidado”: «Once more unto the breach, my friends, once more»”, *ROA* 76/1-4 (2016) 447-496.

³ *Vide*, nesse sentido, a positivação da possibilidade de os órgãos de fisca-

Em segundo lugar, quanto maior e mais complexa for a atividade da sociedade, maior será o distanciamento dos membros dos órgãos sociais face a muitos dos atos praticados pela estrutura administrativa subordinada ao conselho de administração. Neste caso, o seu conhecimento da atividade da sociedade dependerá dos fluxos de informação que tenham sido assegurados através de sistemas de informação, incluindo sistemas de gestão de riscos, de controlo interno e de auditoria interna⁴.

II. Perante estas simples observações constatamos que, no exercício das suas funções, os membros dos órgãos sociais baseiam-se frequentemente em informações, conselhos e opiniões de colegas seus, de membros de outros órgãos sociais, de trabalhadores e colaboradores da sociedade e de terceiros que a esta prestam os seus serviços (consultores, contabilistas, revisores de contas, advogados e jurisconsultos, etc.).

Em todos estes casos, coloca-se a questão de saber se (e em que medida) podem confiar na informação recebida e como é que tal confiança se enquadra dogmaticamente no nosso sistema de responsabilidade civil: o facto de terem confiado legitimamente na informação recebida exclui a sua responsabilidade civil? Em que termos? Recorta o espaço da ilicitude ou delimita a culpa?

Esta são as questões a que nos propomos responder no presente artigo, oferecendo uma matriz de análise e concretizações jurisprudenciais.

III. Esta problemática é tão importante e central no mercado nacional quanto esquecida pela nossa doutrina. Conhece, porém, um tratamento aprofundado nos países anglo-saxónicos, com destaque para os EUA. Também na Alemanha encontramos já algumas reflexões sobre a mesma.

Nos EUA, o tema foi trabalho ao nível da responsabilidade dos administradores, centrando-se num primeiro momento, como é habitual neste sistema, na vasta jurisprudência que trilhou caminho na solução dos casos concretos com que se foi deparando⁵. A partir desta,

lização global contratarem, em nome da sociedade, peritos coadjuvantes dos seus membros, na redação dada pela reforma de 2006 aos artigos 420.º/1, l), 423.º-F/1, p) e 441.º/2, p) do csc.

⁴ Sobre estes sistemas *vide* o nosso *Da administração à fiscalização das sociedades*, cit., n.ºs de margem 529540.

⁵ Cfr. AMERICAN LAW INSTITUTE, *Principles of corporate governance: Analysis and recommendations*, 1994, § 4.02, coment. a. Cfr. também *Spirit v. Bechtel*, 232 F.2d 241 (2d Cir.1956); *Nanfito v. Tékseed Hybrid Co.*, 341 F.Supp. 240 (D.Neb.1972); *Prince v. Bensinger*, 244 A.2d 89 (Del.Ch.1968); *Pool v. Pool*, 22 So.2d 131 (La.App.1945);

concitou a atenção da doutrina e conhece hoje positivamente na generalidade dos Estados⁶.

Destacamos aqui, pela sua importância central, as soluções dos Estados do Delaware⁷ e de Nova Iorque⁸, bem como aquelas que resultam do *Model Business Corporation Act*⁹ e dos *Principles of Corporate*

McGlynn v. Schultz, 95 N.J.Super. 412, 231 A.2d 386 (1967); *Gilbert v. Burnside*, 13 App.Div.2d 982, 216 N.Y.S.2d 430 (1961); *Cornell v. Seddinger*, 237 Pa. 389, 85 A. 446 (1912); *Baker v. Mutual Loan & Inv. Co.*, 213 S.C. 558, 50 S.E.2d 692 (1948).

⁶ Como explicam os mesmos *Principles*, § 4.02, coment. c, está em causa a proteção dos administradores que confiaram adequadamente noutras pessoas e a delimitação dessa proteção. Na discussão sobre o cumprimento do *duty of care* por um administrador, uma tal confiança constitui indício de uma conduta razoável. No mesmo sentido, mas em termos mais genéricos, explicam Hawes e Sherrard que, em casos de negligência, a confiança legítima é aceite como indício de *due care*. Cfr. Douglas W. HAWES / Thomas J. SHERRARD, “Reliance on advice of counsel as a defense in corporate and securities cases”, *Virginia Law Review* 62/1 (1976) 17.

⁷ De acordo com o § 141(e) da *General Corporation Law* do Estado do Delaware (DGCL): «A member of the board of directors, or a member of any committee designated by the board of directors, shall, in the performance of such member's duties, be fully protected in relying in good faith upon the records of the corporation and upon such information, opinions, reports or statements presented to the corporation by any of the corporation's officers or employees, or committees of the board of directors, or by any other person as to matters the member reasonably believes are within such other person's professional or expert competence and who has been selected with reasonable care by or on behalf of the corporation».

⁸ Segundo o § 717(a) da *Business Corporation Law* do Estado de Nova Iorque (N.Y. BSC Law): «In performing his duties, a director shall be entitled to rely on information, opinions, reports or statements including financial statements and other financial data, in each case prepared or presented by: (1) one or more officers or employees of the corporation or of any other corporation of which at least fifty per centum of the outstanding shares of stock entitling the holders thereof to vote for the election of directors is owned directly or indirectly by the corporation, whom the director believes to be reliable and competent in the matters presented, (2) counsel, public accountants or other persons as to matters which the director believes to be within such person's professional or expert competence, or (3) a committee of the board upon which he does not serve, duly designated in accordance with a provision of the certificate of incorporation or the by-laws, as to matters within its designated authority, which committee the director believes to merit confidence, so long as in so relying he shall be acting in good faith and with such degree of care, but he shall not be considered to be acting in good faith if he has knowledge concerning the matter in question that would cause such reliance to be unwarranted».

⁹ De acordo com a secção 8.30 do *Model Business Corporation Act* da American Bar Association (MBCA):

«(e) In discharging board or committee duties a director, who does not have knowledge that makes reliance unwarranted, is entitled to rely on information, opinions, reports or statements, including financial statements and other financial data, prepared or presented by any of the persons specified in subsection (f).

Governance do ALI¹⁰.

Tal como construída pela jurisprudência e positivada nestes instrumentos normativos, a *reliance* constitui um meio de defesa através do qual o sujeito, demonstrando ter atuado de boa fé (*in good faith*) ou diligentemente (*with due care*), em casos em que a violação destes padrões de conduta constitui parte da previsão normativa, exclui a sua responsabilidade¹¹.

IV. No sistema alemão, a questão da *reliance* ganhou especial relevância perante alguma jurisprudência emblemática. Na sua análise merece destaque o estudo de Fleischer, centrado na transposição dos desenvolvimentos norte-americanos para os nossos quadros dogmáticos. Desde então, os desenvolvimentos têm sido contínuos¹².

(f) A director is entitled to rely, in accordance with subsection (d) or (e), on: (1) one or more officers or employees of the corporation whom the director reasonably believes to be reliable and competent in the functions performed or the information, opinions, reports or statements provided; (2) legal counsel, public accountants, or other persons retained by the corporation as to matters involving skills or expertise the director reasonably believes are matters (i) within the particular person's professional or expert competence or (ii) as to which the particular person merits confidence; or (3) a committee of the board of directors of which the director is not a member if the director reasonably believes the committee merits confidence».

¹⁰ De acordo com o § 4.02 dos *Principles of Corporate Governance* do American Law Institute (ALI Principles): «In performing his or her duties and functions, a director or officer who acts in good faith, and reasonably believes that reliance is warranted, is entitled to rely on information, opinions, reports, statements (including financial statements and other financial data) (...) prepared, presented, made, or performed by: (a) One or more directors, officers, or employees of the corporation, or of a business organization [§ 1.04] under joint control or common control [§ 1.08] with the corporation, who the director or officer reasonably believes merit confidence; or (b) Legal counsel, public accountants, engineers, or other persons who the director or officer reasonably believes merit confidence».

Para além disso, de acordo com o § 4.03(b) dos mesmos *Principles*, pode ainda confiar em: «Information, opinions, reports, and statements (including financial statements and other financial data), prepared or presented by a duly authorized committee of the board upon which the director does not serve, provided that the director reasonably believes the committee merits confidence».

¹¹ Nos casos em que a norma aplicável imputava responsabilidade independentemente da boa fé ou da diligência do sujeito — *v.g.*, casos de responsabilidade objetiva (*strict liability*) —, a confiança depositada nos conselhos legais recebidos foi considerada irrelevante pela jurisprudência. Cfr. HAWES / SHERRARD, “Reliance on advice of counsel”, 7. Note-se, porém, que vários tribunais manifestaram relutância na aplicação deste mecanismo nos casos referidos no texto, por considerarem que o desconhecimento da lei não podia justificar a conduta contrária à mesma, perspetiva que é criticada por Douglas W. HAWES / Thomas J. SHERRARD, “Reliance on advice of counsel” 18.

¹² Para uma análise atual, *vide* Petra BUCK-HEEB, “Die Plausibilitätsprüfung

V. Partindo dos desenvolvimentos verificados no sistema norte-americano e da sua recepção no sistema germânico, o presente estudo visa dar resposta ao problema no quadro do nosso sistema jurídico.

Requisitos da exclusão de responsabilidade civil

Partindo da sistematização dos requisitos da *reliance*, enquanto meio de defesa no sistema norte-americano, apresentada por Hawes e Sherrard em 1976¹³, reconstruída à luz dos instrumentos normativos e da jurisprudência de referência sobre o tema, podemos enunciar os seguintes requisitos para efeitos da exclusão da responsabilidade civil dos membros dos órgãos sociais com base na confiança depositada na informação recebida:

- i) A *razoável* convicção do sujeito de que aquele que presta informações, conselhos ou opiniões era fiável e competente;
- ii) A comunicação, pelo sujeito àquele que prestou informações, conselhos ou opiniões, de todos os factos de que este necessitava para o efeito e aos quais não tinha acesso direto;
- iii) A obtenção, pelo sujeito, de informações, conselhos ou opiniões errados;
- iv) A não deteção do erro pelo sujeito na sua análise crítica das informações, conselhos ou opiniões recebidos; e
- v) A atuação do sujeito de acordo com tais informações, conselhos ou opiniões.

Analizamos em seguida cada um destes requisitos, deixando para o final a questão de saber se a confiança depositada pelos membros dos órgãos sociais na informação recebida traduz um comportamento lícito e ou sem culpa, para efeitos de exclusão da sua responsabilidade civil pelo incumprimento de determinados deveres.

bei Vorliegen eines Rechtsrats- zur Enthftung von Vorstand, Geschäftsführer und Aufsichtsrat”, *Betriebs-Berater* (2016), 23, 1347-1355.

¹³ Segundo a qual constituem elementos da *reliance* em conselhos legais, enquanto mecanismo de defesa: (i) a convicção do sujeito de que o consultor escolhido era competente; (ii) a transmissão ao mesmo de todos os factos que o sujeito considerava relevantes; (iii) a obtenção, pelo sujeito, de conselhos errados numa questão de Direito; e (iv) a atuação do sujeito de acordo com tais conselhos recebidos. Este estudo parte da confiança em conselhos legais, mas estende-se a conselhos noutras áreas. Cfr. HAWES / SHERRARD, “Reliance on advice of counsel”, 19, 11-12.

a) ***A razoável convicção do sujeito de que aquele que presta informações, conselhos ou opiniões era fiável e competente***

I. O primeiro requisito é desenvolvido pelos referidos instrumentos normativos, segundo os quais importa determinar a credibilidade da fonte de informação, conselhos ou opiniões, conjugando critérios subjetivos e objetivos.

Vale a opinião do administrador sobre a fiabilidade (*reliability*) e sobre a competência técnica (*competence*) da pessoa que presta a informação, conselho ou opinião, delimitada por dois critérios objetivos: o critério da boa fé¹⁴ e o critério da razoabilidade¹⁵.

Este elemento foi especialmente desenvolvido pela jurisprudência a propósito da seleção de peritos para prestação de conselhos (cfr., *v.g.*, o caso *Brehm v. Eisner*, de 2000¹⁶), em termos nem sempre satisfatórios. Assim, por exemplo, a propósito da escolha de consultores jurídicos, os tribunais norte-americanos tendem a considerar que basta a razoável convicção do sujeito de que o consultor estava autorizado a exercer advocacia (*licensed to practice law*), não sendo exigível uma indagação de competências específicas¹⁷.

¹⁴ Este critério corresponde à nossa boa fé subjetiva, traduzida, como resulta expressamente da NYBCL e do MBCA, no desconhecimento de factos que tornem ilegítima a confiança na informação em causa. A anotação oficial à disposição do MBCA vai mais longe, esclarecendo que está em causa a boa fé subjetiva não em sentido meramente psicológico, mas em sentido ético, o que sempre resultaria da compreensão deste critério à luz do nosso sistema (sobre o conceito da boa fé subjetiva em sentido ético, cfr., por todos, António Menezes CORDEIRO, *Da boa fé no direito civil*, 1984, 420-442): não age de boa fé o administrador que conhece, *ou deve conhecer*, factos que tornam ilegítima a confiança na informação em causa. De acordo com a referida anotação oficial, o administrador não pode “enfiar a cabeça na areia”. Em sentido contrário, os *Principles* parecem atribuir um sentido puramente psicológico à boa fé, descrevendo este requisito como um inquérito ao estado de espírito do administrador (ou dirigente) [cfr. *Principles* (1994), § 4.02, coment. *h*]. No entanto, o resultado prático é o mesmo, na medida em que o sentido ético é dado por um requisito autonomizado no § 4.02: o *reasonable belief that reliance is warranted*. Perante este requisito, a confiança não é legítima se o administrador não conhecia, *mas devia conhecer*, factos que a tornam ilegítima [cfr. *Principles* (1994), § 4.02, coment. *i*, bem como, por remissão deste, o § 11 do *Restatement (Second) of Torts*, atualizado a agosto de 2012].

¹⁵ Este critério é delimitado pelo *duty of care*. Cfr. ponto 5 da anotação oficial à secção 8.30(e) MBCA.

¹⁶ 746 A.2d 244, 262 (Del. 2000). Nesta decisão pode ler-se:

«[T]he complaint must allege particularized facts (not conclusions) that if proved, would show, for example, that: [...] the expert was not selected with reasonable care by or on behalf of the corporation, and the faulty selection process was attributable to the directors».

¹⁷ Cfr. *Dill v. Boston Safe Deposit & Trust Co.*, 343 Mass. 97 (Mass. 1961).

II. A exigência, exposta nalguns casos, de que o consultor deveria ser “experiente” ou de “conhecida reputação” (neste caso, os adjetivos usados foram “reputable” e “eminent”) foi criticada por Hawes e Sherrard, por não ser suficientemente densificada. Para estes autores, em geral os clientes não têm capacidade para avaliar a experiência dos seus consultores, senão nos casos em que esta seja formalmente certificada, pelo que o requisito da experiência é desrazoavelmente vago, colocando um peso excessivo sobre os sujeitos na demonstração da legitimidade da confiança depositada nos seus consultores legais¹⁸. Por outro lado, a conhecida reputação seria um critério insuscetível de mensuração objetiva¹⁹.

De acordo com Hawes e Sherrard, do § 8.30(f)(2) MBCA — segundo o qual o administrador pode confiar nas informações, conselhos e opiniões prestados por peritos que o mesmo razoavelmente considere estarem abrangidas pela competência profissional ou técnica desse perito²⁰ — não resulta um dever de indagação da real experiência do mesmo. Basta que a convicção do administrador seja razoável, à luz das circunstâncias.

III. Parece-nos que esta posição de Hawes e Sherrard — secundada, no sistema alemão, por Fleischer — não traduz, de forma alguma, a bitola de diligência que conforma a conduta dos administradores (e fiscalizadores). Sendo responsáveis pela gestão de bens alheios (ou pela fiscalização desta), devem *tentar adequadamente*²¹ contratar uma pessoa com competência apropriada ao caso.

Isto mesmo consta hoje expressamente das anotações oficiais ao MBCA e aos *Principles*, de acordo com as quais, na sua avaliação da

Cfr. também HAWES / SHERRARD, “Reliance on advice of counsel”, 20.

¹⁸ No caso *O’Neal v. McKinna*, 116 Ala. 606, 620 (Ala. 1897), o tribunal sustentou que: «The attorney whose advice will be received is not one usually defined in the books as being “learned in the law.” Though, with us, it is presumed that one admitted to the practice is “learned in the law,” yet, as it is not a practical requirement of the rule under consideration, it would be taking a step too far to require a party to insure that his selection was of an attorney “learned in the law.”»

Ainda assim, segundo HAWES / SHERRARD, “Reliance on advice of counsel”, 23-24 (n. 88), nos casos de “claro abuso”, como sejam aqueles em que o advogado manifestamente não tem conhecimentos de direito fiscal que lhe permitam emitir uma opinião fundamentada sobre uma complexa questão de direito fiscal societário, o tribunal pode negar a legitimidade da confiança nele depositada.

¹⁹ Cfr. HAWES / SHERRARD, “Reliance on advice of counsel”, 22-24.

²⁰ À data do estudo destes autores, esta norma constava da secção 35 do MBCA.

²¹ Trata-se de uma prestação de meios e não de resultados. Cfr., sobre a distinção, o nosso *Da administração à fiscalização das sociedades*, § 62.2.

fiabilidade e competência da pessoa que presta a informação, conselho ou opinião, o administrador deve tipicamente considerar (a) a experiência e o âmbito da responsabilidade da pessoa, determinando a sua familiaridade e conhecimento da questão em causa, bem como (b) os dados existentes e a reputação dessa pessoa, no que respeita a honestidade, diligência e perícia no cumprimento dos seus deveres. Se a perícia é relevante, o administrador deve considerar igualmente as qualidades técnicas da pessoa em causa²².

Portanto, em cada caso, o administrador (ou fiscalizador) deve: (i) indagar a real fiabilidade e competência (incluindo conhecimentos técnicos e experiência) dos peritos que podem ser contratados e (ii), com base na informação obtida, avaliar, perante as circunstâncias do caso, qual o perito que deve ser contratado²³.

IV. Ainda a propósito do primeiro requisito, não pode ser considerada fiável a pessoa que o administrador (ou fiscalizador) sabe (ou deve saber) que tem um interesse pessoal *relevante* no assunto sobre o qual é chamada a pronunciar-se²⁴. A existência de um (potencial) conflito de interesses elimina a base de confiança sobre a qual deve assentar a atuação do administrador (ou fiscalizador).

Neste contexto, discute-se se pode ser considerado fiável o *advogado interno* de uma empresa que, estando sujeito a um dever de exclusividade, não tem outra fonte de rendimento. A sua dependência perante a empresa pode colocar em causa a sua objetividade, razão pela qual, em *Blaustein v. Pan Am. Petroleum & Transport Co.*, de

²² Cfr. ponto 6 da anotação oficial à secção 8.30(e) MBCA e § 4.02, coment. f dos *Principles* (1994). Naturalmente, só deve ser considerada legítima a confiança depositada num conselho ou opinião de um perito quando esse conselho ou opinião se inclua na área de competência do perito. A questão é discutida nos EUA a propósito dos conselhos legais, prestados por advogados, sobre questões que envolvem uma complexa análise de factos empresariais. Cfr. HAWES / SHERRARD, “Reliance on advice of counsel”, 3034.

²³ A decisão pela contratação do perito X ou do perito Y pode, em última análise, depender de uma ponderação de custo/benefício. Ou seja, na ponderação do preço dos serviços *v.* competência, o administrador (ou fiscalizador) pode concluir que a complexidade do assunto em causa não justifica a contratação do perito mais competente (e mais caro).

²⁴ Cfr., *v.g.*, *United States of America v. Finance Committee to Re-Elect the President*, 507 F.2d 1194, 1198 (C.A.D.C. 1974); *Union v. United Battery Service Co.*, 35 Ohio App. 68 (Ohio App. 1929); *Closegard Wardrobe Co. v. Charles R. Normandy*, 158 Va. 50, 56 (Va. 1932), *Gallin v. National City Bank*, 281 N.Y.S.795 (1935), e *Fitzpatrick v. Federal Deposit Ins. Corp.*, 765 F.2d 569, 577 (6th Cir. 1985). Cfr. também, neste sentido HAWES / SHERRARD, “Reliance on advice of counsel”, 24-25.

1940²⁵, o tribunal considerou que a defesa exigia a seleção de um advogado externo independente e que a confiança depositada no advogado interno constituía prova *prima facie* de má fé²⁶.

V. Contra esta perspetiva, sustentam Hawes e Sherrard que, na ausência de indícios de que o *advogado interno* comprometeu a sua independência, deve aceitar-se a sua fiabilidade²⁷. Também Fleischer²⁸ entende que não se justifica a genérica negação da fiabilidade destes profissionais, na medida em que (i) estão contratualmente obrigados a evitar prejuízos para a sociedade, (ii) tal como qualquer advogado externo, estão sujeitos a responsabilidade penal por instigação ou cumplicidade com os membros dos órgãos sociais, através da prestação de falsas informações, e (iii) os advogados externos são tão dependentes dos seus (grandes) clientes quanto os advogados internos.

Strohn, porém, alerta para o facto de a independência do *advogado interno* depender da forma como a questão lhe é colocada. Se lhe é pedida uma análise independente *ex ante*, pode ser legítima a confiança depositada na mesma. Se, porém, o mesmo intervém apenas numa fase tardia da operação, quando a mesma foi já aprovada pela equipe de gestão, procurando esta um resultado específico de confirmação das opções já tomadas, então a confiança *é mais dificilmente justificável*²⁹.

VI. Contra o argumento de que os *advogados externos* são tão dependentes dos seus (grandes) clientes quanto os *advogados internos*, vale a construção dos primeiros como *gatekeepers*. De acordo com a ideia teorizada por Kraakman³⁰, os *gatekeepers*, enquanto profissionais independentes, têm um benefício reduzido nas práticas fraudulentas dos seus clientes, mas assumem um risco elevado (risco de perder a sua reputação). Consequentemente, são necessários menos incentivos legais para garantir o cumprimento da legalidade através dos *gatekeepers* do que para garanti-lo através dos seus clientes.

Neste sentido, entende-se que a sua intervenção diminui substancial-

²⁵ 174 Misc. 601 (N.Y.Sup. 1940).

²⁶ Neste caso, o advogado interno era administrador da sociedade e simultaneamente responsável jurídico e administrador da sociedade-mãe que beneficiou do conselho prestado.

²⁷ Cfr. HAWES / SHERRARD, “Reliance on advice of counsel”, 26.

²⁸ Holger FLEISCHER, “Vorstandshaftung und Vertrauen auf anwaltlichen Rat”, *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht* 13/4 (2010) 123-124.

²⁹ STROHN, “Pflichtenmaßstab und Verschulden”, 182-183.

³⁰ Reinier H. KRAAKMAN, “The anatomy of a third-party enforcement strategy”, *Journal of Law, Economics and Organization*, 2:1, 1986.

mente a prática de irregularidades. Nas expressivas palavras de Coffee³¹:

«Corporate lawyers are (...) more likely to view themselves as value neutral technicians, not embattled advocates sharing the same foxhole with their clients».

Na medida em que depende economicamente de um portfólio de clientes, e não de um só cliente, o *advogado externo* tem um incentivo acrescido para salvaguardar a reputação de que depende o exercício da sua profissão, não a colocando em causa em benefício de um cliente. Em todo o caso, se houver dependência do cliente, a confiança não é legítima³².

VII. Ainda quanto aos *advogados externos*: estando em causa a fiscalização ou reapreciação de uma operação passada, por suspeita de irregularidades, não deve o sujeito basear-se no parecer do *advogado externo* que estruturou, participou ou acompanhou a mesma. Deve evitar o risco de autorevisão e procurar um aconselhamento imparcial. Na ausência de uma suspeita de irregularidades, esta preocupação deixa de fazer sentido³³.

VIII. Dito isto, aos membros dos órgãos sociais caberá avaliar, em função das circunstâncias do caso, se os *advogados internos* estão em condições de prestar um aconselhamento objetivo ou se se justifica a contratação de *advogados externos* independentes³⁴. Nessa avaliação, devem evitar o risco de um sobreinvestimento em pareceres ou, na feliz expressão de Rui Pereira Dias, o risco de “parcerite”³⁵.

Assim, *u.g.*, em casos de especial delicadeza para o futuro da sociedade, poderá ser importante obter uma visão externa sobre os mesmos. Neste tipo de casos não deve correr-se o risco de “cegueira

³¹ John C. COFFEE, JR., *Gatekeepers: The profession and corporate governance*, 2006, 193.

³² Lutz STROHN, “Pflichtenmaßstab und Verschulden bei der Haftung von Organen einer Kapitalgesellschaft”, *Corporate-Compliance-Zeitschrift*, 6/5 (2013) 177-184 (183).

³³ STROHN, “Pflichtenmaßstab und Verschulden”, 181-182.

³⁴ Neste sentido, não nos parecem corretas as afirmações de Binder e Fleischer no sentido de ser “livre” a escolha entre advogados internos e externos; cfr. Jens-Hinrich BINDER, “Geschäftsleiterhaftung und fachkundiger Rat”, *Die Aktiengesellschaft* 53/8 (2008) 284; Holger FLEISCHER, “Vertrauen von Geschäftsleitern und Aufsichtsratsmitgliedern auf Informationen Dritter: Konturen eines kapitalgesellschaftsrechtlichen Vertrauensgrundsatzes”, *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 30/30 (2009) 1397-1406 (1403); IDEM, “Vorstandshaftung”, 123-124.

³⁵ “Entre a eficiência e a «parecrite»: opiniões periciais, «reliance» e responsabilidade dos administradores (primeiras observações)”, in *IV Congresso Direito das Sociedades em Revista* (2016) 29-49 (38).

empresarial” (*Betriebsblindheit*) dos serviços jurídicos subordinados³⁶, impondo-se um dever de contratação de um consultor externo que permita ao administrador (ou fiscalizador) tomar uma decisão verdadeiramente informada sobre o assunto.

Certo é que, nos casos que envolvam conflitos de interesses ao mais alto nível da administração, a discricionariedade é reduzida a zero: não pode considerar-se fiável o conselho prestado por alguém que se encontra na dependência funcional de pessoas “infectadas” por um conflito de interesses, impondo-se a contratação de um perito independente que garanta uma adequada prossecução do interesse da sociedade.

b) *A comunicação, pelo sujeito àquela que prestou informações, conselhos ou opiniões, de todos os factos de que este necessitava para o efeito e aos quais não tinha acesso direto*

I. Quanto ao segundo requisito: quando esteja em causa a prestação de um conselho ou opinião por quem não tem acesso direto aos factos relevantes para o efeito, deve o sujeito assegurar que o mesmo recebe atempadamente informação sobre esses factos³⁷.

Assim, *v.g.*, a confiança depositada no conselho legal prestado por um advogado só deve ser considerada legítima na medida em que lhe tenham sido transmitidos todos os factos relevantes sobre o caso (*full disclosure*)³⁸.

De acordo com a jurisprudência norte-americana, se a omissão de determinados factos foi intencional, considera-se que o sujeito estava de má fé e que, como tal, não pode ser protegido³⁹. Mesmo nos casos em que a omissão não foi intencional, considera-se que o sujeito não pode ser protegido se atuou negligentemente⁴⁰. Pelo contrário, em casos de “omissão inocente” — ou seja, omissão de factos que o

³⁶ Gerald SPINDLER, “Die Haftung von Vorstand und Aufsichtsrat für fehlerhafte Auslegung von Rechtsbegriffen”, in *FS Canaris zum 70. Geburtstag* (2007) 421.

³⁷ Nos casos em que a pessoa que presta o conselho ou opinião tem acesso direto, este segundo elemento é consumido pelo quarto elemento, relativo à apreciação crítica das informações, conselhos ou opiniões recebidas. Quando o sujeito recebe as informações, conselhos ou opiniões deve avaliar se os mesmos tiveram por base toda a informação relevante.

³⁸ Cfr. HAWES / SHERRARD, “Reliance on advice of counsel”, 29.

³⁹ Cfr. *Stephens v. Stinson*, 292 F.2d 838 (9th Cir. 1961); *Davis v. Commissioner of Internal Revenue*, 184 F.2d 86, 88 (10th Cir. 1950); *United States v. McCormick*, 67 F.2d 867, 870 (2d Cir. 1933); *Merritt v. Peters*, 28 F.2d 679 (9th Cir. 1928); *In re Perel*, 51 F.2d 506, 507 (S.D. Tex. 1931).

⁴⁰ Cfr. *Atlantic Coast Line R. Co. v. Ward*, 92 Fla. 526 (Fla. 1926).

próprio sujeito desconhecia ou não sabia, nem tinha o dever de saber serem relevantes — deve o sujeito ser protegido⁴¹. Nestes casos, ao perito cabe apresentar as questões que lhe pareçam relevantes para determinar a completude das informações recebidas para sua ponderação⁴².

II. Esta questão tem merecido particular atenção no sistema alemão, numa discussão centrada na confiança depositada em pareceres jurídicos⁴³. Os termos dessa discussão, porém, valem com as necessárias adaptações para a confiança depositada em informações, conselhos ou pareceres de outra natureza.

Também neste sistema se parte da proposição de que o membro do órgão social deve assegurar que aquele que dá o parecer recebe informação completa e suficiente sobre os factos em causa.

Porém, tal não pode corresponder a um excesso de prestação preventiva de informação. O membro do órgão deve poder confiar que o perito requer as informações adicionais de que necessite. Nesse sentido, todas as dúvidas do perito que surjam no processo devem ser adequada e prontamente esclarecidas.

Se a informação sobre os factos subjacentes comunicada ao perito for incompleta ou incorreta, tendo o órgão social conhecimento disso, não pode aceitar-se a exclusão da sua responsabilidade com base na confiança depositada no parecer dado. O mesmo vale, por maioria de razão, para os casos em que o membro do órgão prestou conscientemente falsas informações ao perito.

A exclusão de responsabilidade só é aceitável quando o membro do órgão não soubesse (nem devesse saber) que uma certa informação não partilhada era significativa para a ponderação dos factos. Isto pode suceder sobretudo perante questões jurídicas complexas. A delimitação daquilo que o membro do órgão *deveria (ou não) saber* depende da bitola de diligência normativa perante as circunstâncias do caso concreto: um *gestor criterioso e ordenado*⁴⁴ saberia que a informação não partilhada era relevante?⁴⁵

⁴¹ Cfr. HAWES / SHERRARD, “Reliance on advice of counsel”, 29.

⁴² Cfr. HAWES / SHERRARD, “Reliance on advice of counsel”, 29-30 (n. 116).

⁴³ Acompanhamos aqui a exposição de Petra BUCK-HEEB, “Die Plausibilitätsprüfung”, 1350-1351.

⁴⁴ Na formulação do artigo 64.º/1, a) csc.

⁴⁵ Cfr. os desenvolvimentos sobre os conhecimentos exigíveis aos membros dos órgãos apresentados adiante, no ponto d), relativo ao controlo de plausibilidade. Veja-se tb. STROHN, “Pflichtenmaßstab und Verschulden”, 183.

c) A obtenção, pelo sujeito, de informações, conselhos ou opiniões errados

I. Quanto ao terceiro requisito, discute-se nos EUA não só a *natureza* das informações, conselhos ou opiniões, mas também a sua *forma*.

Quanto à *natureza*, como referimos já⁴⁶, considera-se só ser legítima a confiança depositada em conselhos e opiniões de peritos que se incluam na área de competência destes.

A questão assume maior complexidade perante o cruzamento de áreas de competência. Assim, por exemplo, quando um advogado presta conselhos legais sobre questões que envolvem uma complexa análise de factos empresariais, cruza-se a competência jurídica com a competência para a compreensão das questões de facto subjacentes e da sua articulação com a política empresarial prosseguida.

Num outro exemplo, quando um advogado presta conselhos sobre o enquadramento normativo de complexos instrumentos financeiros, cruza-se a sua competência jurídica com a competência para a compreensão da natureza e estrutura desses instrumentos⁴⁷.

II. Quanto à *forma*, discute-se se, para efeitos da *reliance* enquanto mecanismo de defesa, a relevância de os conselhos e opiniões serem prestados por escrito ou verbalmente, informal ou formalmente, a título preliminar ou a título definitivo, de forma inequívoca ou com reservas⁴⁸.

Podem considerar-se que uma opinião prestada verbalmente é menos formal, mas tal não implica que a confiança depositada na mesma seja, só por isso, menos legítima. Tudo depende das circunstâncias do caso. Desde logo, em muitas situações, os constrangimentos de tempo não permitem obter atempadamente uma opinião escrita⁴⁹.

Vale a pena recordar que, no caso *Smith v. Van Gorkom*, julgado em 1985⁵⁰, o *Delaware Supreme Court* considerou que os administradores tinham violado os seus deveres por não se terem informado devidamente sobre a fusão proposta pelo CEO. Segundo o tribunal, o facto de terem

⁴⁶ Cfr. nota 21 *supra*.

⁴⁷ Cfr. HAWES / SHERRARD, “Reliance on advice of counsel”, 30-34.

⁴⁸ No caso *SEC v. M.A. Lundy Associates*, 362 F. Supp. 226 (D.R.I. 1973), o tribunal considerou que a opinião jurídica na qual alegadamente se basearam os sujeitos, acusados de violar as disposições relativas ao registo de ofertas públicas de valores mobiliários, era irrelevante para efeitos de *reliance*, por ter sido prestada a título “informal” e por referir que os valores mobiliários em causa estavam “provavelmente” isentos de registo.

⁴⁹ Cfr. HAWES / SHERRARD, “Reliance on advice of counsel”, 33.

⁵⁰ 488 A.2d 858 (Del., 1985).

aprovado a fusão da sociedade numa reunião de apenas duas horas, com base numa mera apresentação oral de vinte minutos e sem qualquer suporte documental, consubstanciava violação do seu *duty of care*⁵¹.

Foi considerado igualmente relevante o facto de não terem sido assistidos por consultores externos (banco de investimento e advogados externos), dado que os administradores não tinham à sua disposição informação para, por si, poderem determinar se o preço oferecido pelas ações da sociedade, no âmbito da fusão, era um preço justo ou não.

III. A jurisprudência alemã tem desenvolvido este ponto, em termos que não podem ser ignorados entre nós. Segundo o BGH, a prestação de informações ou conselhos *meramente verbais* prejudica o correspondente controlo de plausibilidade⁵², porquanto é mais difícil examinar criticamente a informação oral do que a informação escrita⁵³.

Perante isto, segundo o BGH, só é admissível a exclusão de responsabilidade civil com base na confiança depositada em informações ou conselhos prestados verbalmente em dois tipos de casos: quando a questão seja particularmente simples ou quando a urgência do caso não permita a sua prestação por escrito⁵⁴, como tipicamente sucede nos casos de divulgação de informação privilegiada⁵⁵.

IV. Quanto à qualificação das opiniões, como sucede no caso das opiniões legais perante questões que conhecem diferentes interpretações, deve considerar-se legítima a confiança depositada pelos administradores nas opiniões que sustentam que, sem prejuízo das dúvidas existentes, a “probabilidade” da legalidade da conduta é superior à “probabilidade” da sua ilegalidade⁵⁶.

⁵¹ Cfr. James D. COX / Thomas L. HAZEN, *Cox & Hazen on corporations: Including unincorporated forms of doing business*, 2.^a ed., 2003, 194.

⁵² Nos termos desenvolvidos no ponto seguinte.

⁵³ A primeira não permite sequer confrontar o exposto com as correspondentes referências de doutrina e jurisprudência.

⁵⁴ BGH 20-set.-2011, II ZR 234/09, *Betriebs-Berater* (2011), 48, 2960-2963 (o famoso acórdão Ision), BGH 28-mai.-2013, II ZR 83/12, *Der Betrieb* (2013), 35, 1964-1966. Cfr. Petra BUCK-HEEB, “Die Plausibilitätsprüfung”, 1353-1354.

⁵⁵ Cfr. artigos 17.º e s. do Regulamento (UE) 596/2014 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16-abr., conhecido como “Regulamento do Abuso de Mercado” ou, simplesmente, “MAR” (acrónimo de *Market Abuse Regulation*), e o artigo 248.º-A CVM. Sobre este, veja-se José Ferreira GOMES / Diogo Costa GONÇALVES, *Manual de sociedades abertas e de sociedades cotadas*, 2018, 114-116.

⁵⁶ Cfr. HAWES / SHERRARD, “Reliance on advice of counsel”, 33-34. Cfr. o nosso *Da administração à fiscalização das sociedades*, cit., § 65, sobre a complexa questão da discricionariedade dos membros dos órgãos sociais perante a interpretação de normas jurídicas.

d) A não deteção do erro pelo sujeito na sua análise crítica das informações, conselhos ou opiniões recebidos (controlo de plausibilidade)

I. Quanto ao quarto requisito, afirma-se que o sujeito deve demonstrar, por um lado, ter tomado conhecimento e, por outro, ter analisado criticamente as informações, conselhos ou opiniões recebidos.

Neste sentido, as anotações oficiais do MBCA e dos *Principles* sublinham que a confiança só é legítima na medida em que (i) o sujeito tenha efetivamente lido as informações, opiniões, relatórios ou declarações em causa⁵⁷, ou tenha estado presente nas reuniões nas quais foram apresentados, ou tenha tomado outras medidas para tomar conhecimento dos mesmos⁵⁸; e (ii) não tenha tido (nem devesse ter) conhecimento de outros factos que indiciassem a falta de qualidade da informação recebida⁵⁹.

Segundo Hawes e Sherrard, se o erro era detetável por uma pessoa média (*reasonable person*), ou seja, por «um leigo com inteligência, honestidade e sentido de correta atuação» (*fair play*), a confiança não deve ser considerada legítima⁶⁰.

⁵⁷ No sistema alemão discute-se se, perante um parecer extenso, é exigível ao membro do órgão uma leitura completa do mesmo. Para alguma doutrina, não é exigível uma leitura “página por página”, sendo suficiente o conhecimento do sumário e um exame pontual do parecer global. Cfr. Holger FLEISCHER, “Vorstandshaftung und Rechtsirrtum über die Vertretungskompetenz beim Abschluss eines Interim-Management-Vertrags”, *Der Betrieb* (2015) 31, 1764-1769 (1764); STROHN, “Pflichtenmaßstab und Verschulden”, 183-184.

⁵⁸ Cfr. ponto 5 da anotação oficial à secção 8.30(e) MBCA e *Principles* (1994), § 4.02, coment. c, que esclarece que este § 4.02. não deve ser interpretado no sentido de sugerir que os administradores devem sempre aceitar as recomendações daqueles que preparam ou apresentam a informação, opiniões, relatórios, etc.

⁵⁹ Por outras palavras, o “entitlement to rely” constitui um “meio de defesa” em juízo, mas não tem carácter absoluto. Assim, por exemplo, a confiança depositada no relatório do auditor não é legítima se o administrador recebeu informações de uma fonte credível, de acordo com as quais as contas tinham sido manipuladas. Cfr. *Principles* (1994), § 4.02, coment. c.

Neste sentido, já em 1976, HAWES / SHERRARD, “Reliance on advice of counsel”, 7-8: «reliance is recognized only as a factor or circumstance tending to show the defendant's good faith or exercise of due care; it is not in itself a complete and absolute defense».

Cfr. também BEVIS LONGSTRETH, “Reliance on advice of counsel as a defense to securities law violations”, *Business Lawyer*, 37, 1982, 1187.

⁶⁰ Cfr. HAWES / SHERRARD, “Reliance on advice of counsel”, 36.

II. No caso *New Haven Trust Co. v. Doherty*, de 1903⁶¹, o tribunal considerou negligentes e responsabilizou os administradores de uma companhia de seguros que efetuaram empréstimos em nome da sociedade, gerando perdas para as mesmas, em violação de proibição legal. Segundo o tribunal, não era legítima a confiança depositada pelos administradores na opinião do advogado contrária aos claros termos literais da lei aplicável.

No caso *Hanson Trust PLC v. ML SCM Acquisition, Inc.*, de 1986⁶², o tribunal considerou que os administradores violaram o seu *duty of care* porque basearam a sua deliberação sobre a emissão de opções (enquanto *poison pill*⁶³) nas conclusões do seu consultor financeiro sobre o seu *fair value* sem verificar o fundamento das mesmas. Ficou demonstrado em juízo que, na verdade, o consultor não calculou qualquer intervalo de *fair value*, nem questionou por que é que as duas partes da empresa que geravam metade dos seus proveitos estavam a ser vendidas por um terço do preço total oferecido pela empresa, num acordo de *leveraged buy out*, nem qual seria a situação da sociedade se as opções de compra dessas partes da empresa fossem exercidas.

III. Está em causa, nos termos desenvolvidos no sistema alemão, um controlo de plausibilidade (*Plausibilitätskontrolle*) ou exame de plausibilidade (*Plausibilitätsprüfung*)⁶⁴. Este controlo é perspetivado, na doutrina da especialidade, como o requisito “mais problemático” para a exclusão da responsabilidade dos administradores e fiscalizados com base na confiança depositada em pareceres recebidos⁶⁵.

⁶¹ 75 Conn. 555, 54 A. 209 (Conn. 1903).

⁶² 781 F.2d 264, 274 ss. (2d Cir. 1986).

⁶³ *I.e.*, enquanto mecanismo de defesa contra uma OPA hostil. Sobre este mecanismo de defesa contra OPAs hostis, cfr. Martin LIPTON, “Twenty-five years after takeover bids in the target’s boardroom: Old battles, new attacks and the continuing war”, *Business Lawyer*, 60, 2005. Recorde-se que Martin Lipton é tido como o “inventor” das *poison pills* nos anos 1980. Entre nós, cfr., *v.g.*, António Menezes CORDEIRO, “Da tomada de sociedades (*takeover*): Efectivação, valoração e técnicas de defesa”, *ROA* 54 (1994) 774-775; Luís Menezes LEITÃO, “As medidas defensivas contra uma oferta pública de aquisição hostil”, *Direito dos Valores Mobiliários* 7 (2007) 63; Orlando Vogler GUINÉ, *Da conduta (defensiva) da administração “opada”*, 2009, 43 s.

⁶⁴ De acordo com a jurisprudência primeiro firmada pelo OLG Stuttgart, na sua decisão de 28-out-1997, *NZG* (1998) 232, 233, e pelo BGH, na sua decisão de 14-mai.-2007, *ZIP* (2007) 1265. Como sublinha Petra BUCK-HEEB, “Die Plausibilitätsprüfung”, 1349, os desenvolvimentos operados ao nível jus-societário conhecem vários paralelos no direito civil.

⁶⁵ Petra BUCK-HEEB, “Die Plausibilitätsprüfung”, 1347.

IV. A questão tem sido especialmente discutida a propósito da confiança depositada em conselhos ou pareceres de peritos legais. Acompanhamos aqui esta perspetiva, mas o exposto vale, com as necessárias adaptações, para a confiança depositada em informações, conselhos ou pareceres de outra natureza.

Na base está a proposição de que a confiança justificada num perito não substitui o exame de plausibilidade do seu parecer. Não basta sequer uma mera análise de “defensabilidade” (*Vertretbarkeit*) do mesmo⁶⁶.

Num tal controlo, o membro do órgão deve verificar se foram considerados todos os factos relevantes, se o parecer apresenta contradições⁶⁷, se está devidamente fundamentado, se as conclusões são equilibradas de acordo com a sua experiência económico-empresarial, e se a medida que se propõe adotar está adequadamente coberta pelo parecer⁶⁸.

Esta é uma *responsabilidade própria* do membro do órgão que não é suscetível de delegação, por exemplo, no departamento jurídico da sociedade⁶⁹.

V. Concluindo que o parecer apresenta contradições ou quaisquer outras falhas, deve o membro do órgão exigir esclarecimentos ao perito ou, até, se necessário, uma reformulação ou um desenvolvimento adicional do parecer⁷⁰.

Perante a discussão sobre “como” e “com que intensidade” deve ser realizado um tal controlo de plausibilidade, é dado como certo que o mesmo não pode corresponder a um controlo da correção (*Richti-*

⁶⁶ Katja LANGENBUCHER, “Vorstandshaftung und Legalitätspflicht in regulierten Branchen”, *Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft* (2013) 16, 22 s.; Uwe HÜFFER / Jens KOCH, *Aktiengesetz*, 13.^a ed. (2018) § 93, n.º 44a.

⁶⁷ A descoberta de incoerências e contradições exigível ao membro do órgão depende dos seus conhecimentos técnicos, nos termos analisados em seguida.

⁶⁸ Holger FLEISCHER, “Rechtsrat und Organwalterhaftung im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht”, in *FS Uwe Hüffer zum 70. Geburtstag*, 2010), 195; IDEM, “Vorstandshaftung”, 124. Em função das circunstâncias do caso, poderá ainda ser exigida uma ponderação da atualidade do parecer. Havendo dúvidas, deve ser pedida uma atualização do mesmo ao perito.

⁶⁹ O membro do órgão pode aproveitar a colaboração do departamento jurídico, mas isso não o dispensa de uma análise própria da plausibilidade do parecer. Neste sentido, Petra BUCK-HEEB, “Die Plausibilitätsprüfung”, 1353.

Diferentemente, STROHN, “Pflichtenmaßstab und Verschulden”, 183184, juiz do BGH que também participou na decisão que reviu a posição antes sustentada no acórdão *Ision*, sustenta que não é exigível que o gestor tenha de ler um relatório de 200 páginas, bastando a análise crítica dos pontos essenciais no sumário. Vindo um tal relatório do consultores externos, poderia instruir a sua análise crítica pelo departamento legal interno da sociedade, caso em que o seu dever de exame se limitaria a um mínimo.

⁷⁰ Petra BUCK-HEEB, “Die Plausibilitätsprüfung”, 1351-1352.

gkeit) do parecer: seria um contrassenso, por um lado, fundamentar o dever de obtenção do parecer na falta de conhecimentos jurídicos do membro do órgão e, por outro, pressupor precisamente esses mesmos conhecimentos na avaliação da plausibilidade do parecer dado. Um tal exame aprofundado do parecer é *permitido*, mas não pode valer como uma *exigência mínima*⁷¹.

VI. Neste contexto, a questão sobre o nível de conhecimentos jurídicos exigíveis a qualquer administrador (ou fiscalizador) permanece em aberto depois da decisão do BGH de 28-abr.-2015⁷², na qual reduziu as exigências da instância anterior relativamente ao presidente do *Vorstand* que era especialista em ciências da comunicação, não tendo conhecimentos jurídicos específicos.

Em todo o caso, é pacífico que o administrador (ou fiscalizador) deve ter pelo menos *alguns* conhecimentos jurídicos, em particular sobre as regras *essenciais* que regem o tipo de sociedade em causa e outras particularmente relevantes para a mesma⁷³, bem como sobre os estatutos da sociedade⁷⁴, atenta a sua adstrição a um dever de legalidade.

VII. A partir deste mínimo, a concretização depende da bitola de diligência normativa perante as específicas circunstâncias do caso concreto: que conhecimentos teria um *gestor criterioso e ordenado*⁷⁵ no caso em análise?

Estamos perante um critério *objetivo* tipificado⁷⁶ perante o qual não releva o nível de conhecimentos *subjetivo* do membro do órgão. Em princípio, o facto de este não ter, no caso concreto, o nível de conhecimentos *objetivamente* exigíveis traduz um incumprimento da sua obrigação de diligente administração, concretizada num específi-

⁷¹ Petra BUCK-HEEB, “Die Plausibilitätsprüfung”, 1348-1349.

⁷² II ZR 63/14, *Betriebs-Berater* (2015) 30, 1743-1746. Decisão que veio rever aquela que antes foi sustentada no acórdão Ision, na parte relativa ao controlo de plausibilidade, que deve incluir verificação de que o consultor recebeu toda a informação necessária, analisou essa informação, respondeu efetivamente a todas as questões, sem contradições e se resultam outras questões da informação recebida. *Vide, v.g.*, THOMAS LIEBSCHER, in FLORIAN DRINHAUSEN e Hans-Martin ECKSTEIN, *Beck'sches Handbuch der AG*, 3.^a ed., 2018, § 6 Vorstand, n.º m. 132a.

⁷³ Sendo uma sociedade cotada, devem os membros dos órgãos conhecer as regras *essenciais* do direito dos valores mobiliários; sendo uma instituição de crédito: as regras *essenciais* da atividade bancária; sendo uma empresa seguradora: as regras *essenciais* desta atividade. Podem ainda ser relevantes conhecimentos sobre as regras *essenciais* do direito da concorrência.

⁷⁴ No sistema alemão: as regras da AktG ou da GmbH; entre nós: as regras do CSC. Petra BUCK-HEEB, “Die Plausibilitätsprüfung”, 1348-1350.

⁷⁵ Na formulação do artigo 64.º/1, *a*) CSC.

⁷⁶ Petra BUCK-HEEB, “Die Plausibilitätsprüfung”, 1350.

co “dever de cuidado”: o dever de obtenção da competência técnica adequada à sua função (artigo 64.º/1, *a*) csc)⁷⁷.

O nível de conhecimentos *subjetivo* do membro do órgão releva, porém, no sentido de um *agravamento das exigências* decorrentes do padrão objetivo. O juízo sobre se um administrador desenvolveu um exame de plausibilidade *suficiente* não pode ignorar os especiais conhecimentos jurídicos do mesmo sobre a matéria⁷⁸. Não basta portanto a bitola da pessoa média, nos termos sustentados por Hawes e Sherrard.

VIII. Impõe-se um desenvolvimento adicional. Está assente que a aferição da “não detecção do erro” pelo sujeito, na sua análise crítica das informações, conselhos ou opiniões recebidos (controlo de plausibilidade), deve ser entendida não em sentido meramente psicológico — *tomou conhecimento ou não do erro* —, mas em sentido ético-normativo — *devia ter tomado conhecimento ou não do erro*.

Neste quadro, para além do já exposto sobre os “conhecimentos técnicos” que o membro do órgão deve ter, deve ponderar-se se o mesmo *devia ter tomado conhecimento ou não do erro* perante a “informação” que tinha ou devia ter disponível.

A resposta a esta questão depende da análise do cumprimento *não* do seu dever de obtenção da competência técnica adequada à sua função (artigo 64.º/1, *a*) csc), mas *sim* daqueles outros deveres de obtenção do conhecimento da atividade da sociedade adequados às suas funções (dever *estrutural* de obtenção de informação) e de informação necessária à decisão em causa (dever *conjuntural* de obtenção de informação) (artigos 64.º/1, *a*) e 72.º/2 csc)⁷⁹.

IX. Temos defendido⁸⁰ que o órgão de administração *deve organizar* sistemas de informação adequados às concretas circunstâncias da sociedade (e, quando aplicável, do grupo no qual se integra) e que o órgão de fiscalização global *deve exigir o cumprimento deste dever*, participando na sua concreta configuração através do exercício dos seus poderes-deveres de informação e de inspeção⁸¹.

⁷⁷ Cfr. o nosso *Da administração à fiscalização das sociedades*, § 62.5, bem como “O sentido dos “deveres de cuidado””.

⁷⁸ Petra BUCK-HEEB, “Die Plausibilitätsprüfung”, 1350.

⁷⁹ Também estes são “deveres de cuidado” no sentido do artigo 64.º/1, *a*) csc, concretizações da obrigação de diligente administração (ou de diligente fiscalização).

⁸⁰ Cfr. o nosso *Da administração à fiscalização das sociedades*, n.ºs 529-540, 667, 775, 2358-2359.

⁸¹ Imputados a cada fiscal e a cada membro da comissão de auditoria, a título individual, nos modelos tradicional e anglo-saxónico, e ao conselho geral de supervisão, no seu todo, no modelo germânico.

Tais sistemas devem permitir não só a *obtenção* da informação, mas também a *afecção* da sua completude e veracidade. Nessa medida, o *risco da ignorância* dos factos de que teriam conhecimento através de tais sistemas corre por conta tanto do órgão de administração, como do órgão de fiscalização global.

Somente aquele que atua diligentemente pode prevalecer-se da sua ignorância⁸².

X. O mesmo vale para o revisor oficial de contas, sobre o qual recaem *deveres de cumprimento de adequados procedimentos* destinados a assegurar a completude e veracidade da informação recebida.

Vejam-se, nesse sentido, normas internacionais de auditoria como a ISA 240, sobre as responsabilidades do auditor relativas a fraude numa auditoria às demonstrações financeiras, n.ºs 16 ss., a ISA 300, relativa ao planeamento das auditorias de demonstrações financeiras, a ISA 315, relativa à identificação e avaliação dos riscos de distorção material através do conhecimento da entidade e seu ambiente, e a ISA 505, relativa a confirmações externas.

O *risco da ignorância* dos factos de que teria conhecimento através de tais procedimentos corre por conta do revisor oficial de contas.

XI. Uma última palavra para recordar aqui o risco de *hindsight bias*, *i.e.*, o risco de, numa análise retrospectiva, se considerarem os eventos ocorridos como sendo mais previsíveis do que efetivamente eram antes da sua ocorrência⁸³.

Tendo presente este risco, o intérprete-aplicador deve ter um redobrado cuidado na determinação dos deveres que, à data dos factos em análise, impendiam sobre o membro do órgão social. Deve evitar-

⁸² Estabelece-se aqui um paralelo com os desenvolvimentos verificados a propósito da imputação do conhecimento (*Wissenszurechnung*): a propósito da imputação aos órgãos sociais e, através destes, à pessoa coletiva, do conhecimento ou ignorância de factos que podem influir nos efeitos de um negócio celebrado entre a pessoa coletiva e um terceiro, deve entender-se que o risco da organização interna da pessoa coletiva corre por conta da mesma (princípio da responsabilidade pelo correto tratamento de dados)..

⁸³ Este fenómeno, frequentemente referido em estudos de diversa índole, foi teorizado a partir dos estudos de psicologia cognitiva de Daniel Kahneman e Amos Tversky (o primeiro viria a ser galardoado com o Prémio Nobel da Economia; o falecimento prematuro do segundo não lhe permitiria idêntico reconhecimento)[cfr., *v.g.*, A. TVERSKY / D. KAHNEMAN, "Availability: A heuristic for judging frequency and probability", *Cognitive psychology* 5 (1973) 163-178], com inúmeros desenvolvimentos em diferentes áreas científicas, incluindo na Ciência do Direito. Para uma pequena introdução histórica aos estudos sobre esta matéria, cfr. Baruch FISCHHOFF, "An early history of hindsight research", *Social Cognition* 25/1 (2007) 10-13.

-se a afirmação apriorística de que “era evidente” que o mesmo devia ter estas ou aquelas competências técnicas ou devia conhecer estas ou aquelas informações. Estando o dever a ser concretizado num momento posterior aos acontecimentos — controlo *ex post* da descoberta da norma de conduta pelo devedor —, deve ter-se por referência o momento histórico da atuação (ou omissão) do devedor.

Aquele que seja chamado a sindicat a conduta do devedor não pode tomar em consideração factos posteriores que não puderam ser atendidos pelo próprio devedor aquando da determinação da prestação devida. Só pode considerar os factos que o devedor conhecia ou devia conhecer naquele momento e não quaisquer outros posteriores⁸⁴.

e) A atuação do sujeito de acordo com tais informações, conselhos ou opiniões

I. Quanto ao quinto requisito, discute-se até que ponto os desvios face à atuação aconselhada torna ilegítima a confiança. Deve admitir-se a legitimidade desta quando o desvio não seja significativo e não traduza uma conduta negligente (*v.g.*, quando traduza uma incompreensão do completo sentido do conselho recebido).

Em todo o caso, a confiança só é relevante na medida em que a informação, conselho ou opinião tenha antecedido a conduta do sujeito. Assim, *v.g.*, a obtenção de um conselho a meio da operação não legitima os atos já praticados⁸⁵.

II. Neste contexto, discutem-se casos em que o sujeito que recebe uma informação, conselho ou opinião a usa em operações idênticas sucessivas (*repeat deals*), sem saber que, entretanto, tal informação, conselho ou opinião ficou desatualizado face a desenvolvimentos entretanto ocorridos, como seja uma inflexão da jurisprudência dominante sobre o tema. Se não era exigível a um gestor diligente que reconhecesse a necessidade de pedir novo parecer, não pode o mesmo ser responsabilizado⁸⁶.

⁸⁴ Neste sentido, é interessante notar o tratamento dado à questão, há muitas décadas, pela jurisprudência norteamericana. *Vide, v.g.*, o acórdão *Otis & Co. v. Pennsylvania R. Co.*, de 1945 (61 F.Supp. 905), relativo ao desenvolvimento jurisprudencial da *business judgment rule* nos Estados Unidos. Sobre este caso, cfr. o nosso *Da Administração à Fiscalização das Sociedades*, n.º de margem 2088 (n. 2918).

⁸⁵ Cfr. HAWES / SHERRARD, “Reliance on advice of counsel”, 35-36.

⁸⁶ STROHN, “Pflichtenmaßstab und Verschulden”, 130.

Casuística

A análise da jurisprudência permite iluminar algumas sombras sobre esta matéria. Partimos aqui dos exemplos apresentados por Fleischer, num diálogo crítico⁸⁷.

⁸⁷ Com base nestes exemplos, assentes na jurisprudência alemã, e fazendo uso dos desenvolvimentos verificados sobretudo no sistema norte-americano, Fleischer constrói um princípio jus-societário da confiança (*kapitalgesellschaftsrechtlichen Vertrauensgrundsatz*), baseado em cinco linhas orientadoras: (i) princípio da divisão de trabalho no seio dos órgãos sociais; (ii) princípio da cooperação com confiança; (iii) princípio do aconselhamento competente e fiável; (iii) princípio da completa informação; (iv) princípio do exame adequado da informação. Cfr. “Vertrauen”, 1402 s.

Pela designação em alemão, o *kapitalgesellschaftsrechtlichen Vertrauensgrundsatz* seria aplicável apenas às sociedades de capitais. Parece-nos, contudo, que não se justifica a restrição.

A discussão sobre um tal princípio no domínio societário deve atender aos desenvolvimentos verificados no Direito penal. Sobre o princípio da confiança, em particular na colaboração decorrente da divisão de trabalho, cfr., por todos, Claus ROXIN, *Strafrecht: Allgemeiner Teil*, 1- Grundlagen der Aufbau der Verbrennslehre, 3.^a ed., 1997, § 24, n.º 25.

Quanto aos primeiros dois princípios, sustenta FLEISCHER que a divisão de tarefas no seio dos órgãos sociais é normativamente admitida e, numa perspetiva pragmática, reconhecida como essencial perante os limites da capacidade de direção e fiscalização dos mesmos. Os benefícios de uma tal divisão de tarefas dependem do reconhecimento de uma responsabilidade “por camadas” (*gestaffelten Verantwortlichkeit*). Esta inclui uma confiança básica na honestidade dos membros do órgão diretamente responsáveis pela atuação e vinculados à prestação de informações sobre essa mesma atuação.

De acordo com Fleischer, esta confiança básica cede apenas perante suspeitas concretas e perante situações de crise, na medida em que os interesses dos credores se sobrepõem ao princípio da confiança no seio do órgão. Esta perspetiva é, de certa forma, redutora; impõem-se considerações adicionais centradas na ponderação da correta extensão das obrigações de vigilância dos membros dos órgãos sociais. A obrigação de vigilância de cada órgão social — seja em modo coletivo (*i.e.*, no quadro de um órgão coletivo), seja a título individual (*i.e.*, na perspetiva de um órgão singular ou de cada membro de um órgão coletivo) — traduz uma vinculação a um controlo geral, que se torna mais intenso ou pormenorizado não só perante situações de crise ou motivos de suspeita, mas também por exigência de adequadas construção da vigilância preventiva e concretização do dever de leal cooperação interorgânica e endoconsiliar. A confiança não pode obstar à concretização dos imperativos decorrentes de adequadas construção da vigilância preventiva e concretização do dever de leal cooperação interorgânica e endoconsiliar.

As exigências de vigilância preventiva refletem-se sobretudo sobre a atividade cognitiva dos órgãos sociais (*i.e.*, na prática de atos destinados à obtenção ou confirmação de informação sobre a atividade da sociedade); traduzem-se na proposição de que devem ser instituídas *a priori* políticas e procedimentos para a realização de inspeções e, em geral, para a obtenção da informação *neutra* necessária ou con-

f) **Exemplo n.º 1 (gestor-gestor)**

Exemplo n.º 1: o gerente de uma sociedade por quotas é informado, por telefone, por outro gerente, de que as contribuições para a segurança social foram atempadamente pagas. Numa situação de crise financeira da empresa, pode o primeiro confiar nesta informação ou deve assegurar-se do pagamento por si, para evitar ser responsabilizado^{88,89}

I. Tanto no sistema alemão, como no sistema português, o princípio da responsabilidade global (*Gesamtverantwortung*) pela administração da sociedade⁹⁰ não preclui a repartição de tarefas no seio do órgão de administração (coletivo).

Daqui resulta que cada membro deste órgão é inteiramente responsável pelas tarefas que lhe são atribuídas (*Ressortverantwortung*), devendo os demais desenvolver a atividade da sociedade para lá dos limites dessas tarefas (*Restverantwortung*)⁹¹ e vigiar pelo cumprimento das mesmas.

veniente à confirmação da veracidade e da completude da informação prestada pelas diferentes estruturas administrativas da sociedade (e pelos vários administradores), independentemente da verificação de quaisquer sinais de risco, a cada órgão social. Estes atos de fiscalização aleatórios ou periódicos, destinados a assegurar adequados fluxos de informação endosocietários, traduzem uma intensificação da vigilância, enquadrável nos sistemas internos de informação. Cumprem imperativos de fiscalização preventiva e, sendo realizados de acordo com políticas pré-determinadas, não têm carácter de exceção, afastando-se a sua perceção como manifestações de desconfiança. Nessa medida, servem também exigências de leal cooperação interorgânica e endoconsiliar. Para mais desenvolvimentos, cfr. o nosso *Da administração à fiscalização das sociedades*, § 24.6.

Do princípio do aconselhamento competente e fiável decorre um dever de diligente seleção daquele que é chamado a prestar conselhos, assim assegurando que a prestação de informação é objetiva, diligente, conforme aos seus deveres e responsável. De acordo com os desenvolvimentos norte-americanos, a pessoa selecionada deve ser competente e fiável, devendo prestar-se especial atenção à sua independência.

Do princípio da completa informação decorre o dever dos membros dos órgãos sociais de transmitir corretamente aos peritos contratados todos os factos relevantes.

O último princípio traduz a vinculação dos membros dos órgãos sociais à análise crítica das informações recebidas.

⁸⁸ Nos termos do §§ 823(2) BGB e 266a StGB.

⁸⁹ Cfr. BGH 9-jan.-2001, *DStR* (2001), 633, OLG Düsseldorf 27-out.-1995, *GmbHR* (1996), 368.

⁹⁰ Sobre este princípio, cfr. o nosso “Os princípios da responsabilidade e da direção global”, in AA.VV., *a Governação dos bancos nos sistemas jurídicos lusófonos*, 2016, bem como *Da administração à fiscalização das sociedades*, n.ºs de margem 342 (n.º 577), 371, 379, 382, 402 (n.º 654), 412, 1284, 1362.

⁹¹ FLEISCHER, “Vertrauen”, 1399.

Para este efeito, são imputados a cada administrador os mais vastos poderesdeveres de obtenção de informação⁹², colocando-se a questão dos limites da confiança depositada na informação assim prestada, traduzida na fórmula antitética “princípio de confiança v. princípio da desconfiança” (*Vertrauens- versus Misstrauensprinzip*)⁹³.

II. A maioria da doutrina alemã considera que os administradores estão obrigados a questionar esta informação perante sinais de incorreção ou incompletude (caso em que devem exigir a informação necessária ao seu cabal esclarecimento)⁹⁴, intensificando-se esta obrigação perante situações de crise financeira na sociedade (momento em que deve ser dada particular atenção ao pagamento das contribuições para a segurança social)⁹⁵.

Portanto, conclui Fleischer que, no exemplo apontado, estando a sociedade em situação de crise, o gerente devia ter confirmado o pagamento pontual das contribuições para a segurança social pelos seus próprios meios⁹⁶.

Segundo o autor, não se pode estender o princípio da desconfiança para lá destas fronteiras, podendo os administradores confiar na informação prestada pelos seus colegas se não houver razão para duvidar da sua correção e completude: por um lado, os demais membros do órgão coletivo devem tomar em consideração a responsabilidade do seu colega pelas tarefas que lhe foram imputadas; por outro lado, uma próspera coexistência num órgão colegial exige um mínimo de confiança⁹⁷.

III. Em coerência com o que temos sustentámos⁹⁸, não podemos acompanhar esta posição sem mais. A vigilância devida intensifica-se não só perante sinais de risco, mas também por imperativo de adequada construção da vigilância preventiva e concretização do dever de leal cooperação endoconsiliar.

Neste sentido, o órgão de administração deve fixar *a priori* polí-

⁹² Cfr. o nosso *Da administração à fiscalização das sociedades*, § 17.

⁹³ FLEISCHER, “Vertrauen”, 1399.

⁹⁴ Também entre nós, neste sentido, Paulo CÂMARA, “O governo das sociedades e os deveres fiduciários dos administradores”, in Maria de Fátima RIBEIRO, ed., *Jornadas sociedades abertas, valores mobiliários e intermediação financeira*, 2007, 169.

⁹⁵ Neste sentido, *v.g.*, BGH 15-out.-1996, BGHZ 133, 370, 379.

⁹⁶ FLEISCHER, „Vertrauen“, 1399-1400.

⁹⁷ FLEISCHER, “Vertrauen”, 1399-1400. Segundo o autor, isto vale inclusive para os ludibrios do administrador com o pelouro financeiro (CFO) objetivamente indetetáveis. Sobre esta questão numa perspetiva económica, cfr. o nosso *Da administração à fiscalização das sociedades*, § 3.3.

⁹⁸ Cfr. o nosso *Da administração à fiscalização das sociedades*, §§ 20.1 e 24.6.

ticas e procedimentos para a realização de inspeções e, em geral, para a obtenção de informações *neutras* necessárias ou convenientes à confirmação da veracidade e completude das informações prestadas pelas diferentes estruturas administrativas da sociedade (e pelos diferentes administradores), independentemente da verificação de quaisquer sinais de risco.

Estes atos de fiscalização aleatórios ou periódicos, destinados a assegurar adequados fluxos de informação endosocietários, traduzem uma intensificação da vigilância⁹⁹. Cumprem imperativos de fiscalização preventiva e, sendo realizados de acordo com políticas pré-determinadas, não têm caráter de exceção, afastando-se a sua perceção como manifestações de desconfiança¹⁰⁰.

IV. Dito isto, parece-nos correta a afirmação de Fleischer de que a legítima confiança é determinada pela fiabilidade pessoal, decorrente, por exemplo, de uma colaboração há muito bem sucedida¹⁰¹. No entanto, contrariamente ao que resulta da exposição do mesmo, essa confiança deixa de ser legítima se o sujeito não lograr demonstrar terem sido criados e aplicados procedimentos (aleatórios ou periódicos) para a obtenção da informação *neutra* necessária ou conveniente¹⁰² à confirmação da veracidade e da completude da informação prestada pelas diferentes estruturas administrativas da sociedade (e pelos seus administradores delegados), independentemente da verificação de quaisquer sinais de risco.

Por outras palavras, o sujeito não pode sem mais limitar-se a afirmar que confiou. Deve demonstrar que a sua conduta passada, adequada às circunstâncias do caso concreto (*maxime*, a dimensão e complexidade da empresa), o habilitou a confiar¹⁰³.

⁹⁹ Nas empresas de maior dimensão ou mais complexa atividade, estes atos devem ser enquadrados com os sistemas de informação, cuja criação e fiscalização foi já analisada no nosso *Da administração à fiscalização das sociedades*, §§ 21 e 28.

¹⁰⁰ O acórdão RLx 22-jun.-2010 (Maria Amélia Ribeiro), processo n.º 34/2000.L1-7, disponível em <www.dgsi.pt>, demonstra alguma sensibilidade para esta questão. Nele se afirma que o valor da confiança que é indispensável ao funcionamento de qualquer grupo ou instituição não pode ilidir os deveres de vigilância que se repercutem no plano das relações externas da mesma.

¹⁰¹ Cfr. FLEISCHER, “Vertrauen”, 1400. Concordamos ainda com a afirmação do autor de que a confiança cega nunca é legítima.

¹⁰² Os juízos de necessidade e conveniência são determinados, naturalmente, pela dimensão e complexidade da atividade em causa.

¹⁰³ Assim, *v.g.*, numa pequena empresa, o sujeito poderia simplesmente demonstrar que *regularmente* (i) examinou os extratos de movimentos bancários e a reconciliação bancária, (ii) examinou os balancetes analíticos, (iii) controlou o estado do pagamento das dívidas vencidas da sociedade, em particular, das dívidas de impostos e de contribuições para a segurança social, (iv) dialogou com o técnico

g) Exemplo n.º 2 (gestor-revisor)

Exemplo n.º 2: um membro do conselho de administração de uma sociedade anónima, tendo dúvidas sobre se sociedade (*start-up*) estava em situação de insolvência, obteve um relatório de um revisor oficial de contas em sentido negativo. Pode o mesmo ser responsabilizado por incumprimento do seu dever de apresentação da sociedade à insolvência^{104?105}

I. De acordo com a jurisprudência do OLG Stuttgart¹⁰⁶ e do BGH¹⁰⁷, quando o administrador não tenha conhecimentos para determinar a existência de uma situação de insolvência, atenta a sua complexidade, (*i*) deve obter aconselhamento de um perito independente e tecnicamente qualificado para o efeito, (*ii*) deve informá-lo sobre todas as circunstâncias relevantes para a sua apreciação, e (*iii*) depois de sujeitar o conselho recebido a um controlo próprio de plausibilidade (*Plausibilitätskontrolle*), deve atuar em conformidade.

Quando assim atue, não existe violação culposa do seu dever de diligência¹⁰⁸.

II. Como desenvolvemos adiante, parece-nos correta esta solução, salvo quanto ao seu enquadramento ao nível da culpa. Remetemos para o ponto 4 *infra*, no qual propomos um enquadramento geral desta matéria entre os espaços de ilicitude e culpa.

h) Exemplo n.º 3 (órgão de fiscalização-administração)

Exemplo n.º 3: o gerente de uma sociedade por quotas apresentou ao conselho de supervisão (*Aufsichtsrat*, cuja constituição neste tipo de sociedades é voluntária) planos para a compra de uma empresa, para que este prestasse consentimento à prática do ato¹⁰⁹. Devem os

oficial de contas (TOC) para conhecer o estado da contabilidade, etc. Numa empresa de maior dimensão, justifica-se a criação de adequados sistemas de informação, nos termos sugeridos no nosso *Da administração à fiscalização das sociedades*, §§ 21 e 28.

¹⁰⁴ No sistema alemão: § 15a(1) InsO; no nosso sistema: artigos 18.º e 19.º do CIRE.

¹⁰⁵ BGH 14-mai.-2007, ZIP (2007), 1265; BGH 16-jul.-2007, DSzR (2007) 1641.

¹⁰⁶ OLG Stuttgart 28-out.1997, NZG (1998) 232, 233.

¹⁰⁷ BGH 14-mai.-2007, ZIP (2007), 1265.

¹⁰⁸ FLEISCHER, “Vertrauen”, 1400.

¹⁰⁹ § 52(1) GmbHG e § 111(4) AktG, correspondente ao nosso artigo 442.º/1 do csc. Para uma análise deste regime e das diferenças entre o sistema alemão e o português, cfr. o nosso *Da administração à fiscalização das sociedades*, § 49.

membros do conselho de fiscalização confiar na informação prestada pelo gerente?¹¹⁰

I. Segundo Fleischer, os membros do *Aufsichtsrat* têm o dever de examinar a completude e a adequação das informações apresentadas pela administração. Se estas não lhes permitirem obter uma visão completa da questão, devem requerer os esclarecimentos e as informações adicionais que se imponham. Para além disso, não devem confiar na completude da informação perante indícios de conflitos de interesses ou de informações falsas.

Neste caso, o BGH considerou que os membros do *Aufsichtsrat* violaram os seus deveres ao confiar na informação prestada tanto pelo gerente que, no passado, quebrou o fundamento da confiança do *Aufsichtsrat* pela prática de atos arbitrários, como por aquele que iria assumir a gerência na sequência da operação e, nessa medida, não assegurava uma avaliação neutra e desinteressada dos riscos e das vantagens da mesma.

Segundo Fleischer, fora destes casos e sem prejuízo dos deveres que decorram de normas estatutárias ou legais específicas¹¹¹, o *Aufsichtsrat* pode limitar-se a um controlo de plausibilidade.

II. Esta posição é consonante com a posição da doutrina majoritária na Alemanha que, no quadro paradigmático das sociedades anónimas, privilegia a prestação de informação pelo órgão de administração (*Vorstand*), seja através da apresentação de relatórios (nos termos do § 90(1) AktG), seja através dos esclarecimentos solicitados pelo *Aufsichtsrat* ou por algum dos seus membros (segundo o § 90(3) AktG)¹¹².

De acordo com essa perspetiva, o *Aufsichtsrat* deve confiar na completude e veracidade da informação prestada pelo *Vorstand*, salvo quando especiais circunstâncias exijam uma vigilância acrescida (*erhöhte Wachsamkeit*) ou quando os relatórios apresentados pelo *Vorstand* nos termos do § 90 AktG não cumpram o seu propósito¹¹³.

¹¹⁰ Cfr. BGH 11-dez.-2006, ZIP (2007), 224.

¹¹¹ Cfr., *v.g.*, os casos de reserva de consentimento [§111(4) AktG] ou de emissão de opinião sobre os termos da OPA (§ 27 WpÜG).

¹¹² Johannes SEMLER, *Leitung und Überwachung der Aktiengesellschaft*, 2.ª ed., 1996, 94.

¹¹³ Hans Dieter LIPPERT, *Überwachungspflicht, Informationsrecht und gesamtschuldnerische Haftung des Aufsichtsrates nach dem Aktiengesetz 1965, 1976, 83-86*; SEMLER, *Leitung und Überwachung*², 90-91; Johannes SEMLER, in *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, 2.ª ed., 2004, § 111, n.ºs 274-275; Marcus LUTTER, *Information und Vertraulichkeit im Aufsichtsrat*, 3.ª ed., 2006, 107-108, n.º 294, 120-121, n.º 320; Hans Joachim MERTENS, in *Kölner Kommentar zum Aktien-*

Esta construção assenta numa concepção da estrutura de competências societárias baseada no domínio da informação pelo *Vorstand*, segundo a qual o acesso direto à informação pelo *Aufsichtsrat* deve ceder perante a apresentação de relatórios do *Vorstand*¹¹⁴.

Especialmente relevante é o facto de a doutrina dominante enquadrar o acesso direto à informação, fora dos casos referidos, como uma violação do dever de, no exercício dos seus poderes de consulta e exame, evitar uma manifestação de desconfiança face ao *Vorstand* (*Vermeidung einer Misstrauensbekundung*)¹¹⁵.

III. Temos sustentado¹¹⁶ que uma tal construção restritiva não tem, entre nós, fundamento normativo.

De facto, tomando por base o nosso modelo tradicional de estruturação da administração e fiscalização das sociedades anónimas, verificamos que o artigo 420.º/3 fundamenta um poderdever dos fiscais de acesso *direto* à informação da sociedade para o cumprimento das suas funções, com uma ampla margem de discricionariedade, independente de autorização do conselho de administração.

Acresce que do confronto dos artigos 420.º/1, *c)* e *d)*, e 3 e 421.º/1, *a)* e *b)* não resulta qualquer limitação aos poderdever de inspeção do conselho fiscal e que não há fundamento para equiparar o acesso direto à informação a uma manifestação de desconfiança¹¹⁷.

IV. Sem prejuízo de os fiscais poderem aceder diretamente à informação da sociedade, até que ponto podem confiar na informação prestada pela administração?

Como temos defendido, em princípio, os fiscais podem limitar-se a um controlo geral, que se torna mais intenso ou pormenorizado perante situações de crise ou motivos de suspeita.

Porém, para além disso, a intensificação da vigilância pode ser devida em função de adequadas construção da vigilância preventiva e

gesetz, 2.ª ed., 1988 / 1990 / 1995, § 111, n.º 42.

¹¹⁴ LUTTER, *Information und Vertraulichkeit*³, n.ºs 294, 308; MERTENS, *Kölner Komm. AktG*², § 111, n.º 42.

¹¹⁵ Sobre os requisitos do exercício dos direitos de exame e consulta previstos no § 111(2) AktG, cfr., *v.g.*, Marcus LUTTER / Gerd KRIEGER, *Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats*, 5.ª ed., 2008, n.º 243; MERTENS, *Kölner Komm. AktG*², § 111, n.º 42; SEMLER, *MünchKomm. AktG*³, § 111, n.º 296, IDEM, *Leitung und Überwachung*², 100-101, n.º 174. Mais recentemente, *v.g.*, Thomas KREMER, in IDEM *et al.*, *Deutscher Corporate Governance Kodex*, 7.ª ed., 2018, n.º m. 1296.

¹¹⁶ Cfr. o nosso *Da administração à fiscalização das sociedades*, § 24.6.

¹¹⁷ Sobre esta mesma questão face ao nosso modelo germânico, cfr. *Da administração à fiscalização das sociedades*, § 46.

concretização do dever de leal cooperação interorgânica¹¹⁸.

Em particular, os fiscais devem ter um papel proactivo na configuração dos sistemas destinados a assegurar um adequado fluxo de informação, através do exercício dos poderesdeveres estabelecidos no artigo 421.º/1, *a*) e *b*). Assim sendo, não podem defender-se afirmando ter atuado com base na informação disponível se a incompletude desta era devida (também) a um incumprimento do dever de participar na configuração de tais sistemas.

Por outro lado, devem fixar *a priori* políticas e procedimentos para a realização de inspeções e, em geral, para a obtenção de informações *neutras* necessárias ou convenientes à confirmação da veracidade e completude das informações prestadas pela administração, independentemente da verificação de quaisquer sinais de risco. Nessa medida, a confiança dos fiscais na informação prestada pela administração não é legítima se não lograrem demonstrar terem sido criados e aplicados tais procedimentos (aleatórios ou periódicos) de confirmação.

i) Exemplo n.º 4 (órgão de fiscalização-comissão)

Exemplo n.º 4: a comissão de exame (*Prüfungsausschuss*) do conselho de fiscalização (*Aufsichtsrat*) analisou detalhadamente as contas anuais apresentadas pelo órgão de administração (*Vorstand*) e transmitiu a sua análise ao pleno do conselho de fiscalização. Podem os demais membros deste conselho, que não integram a comissão de exame, confiar na análise desta para efeitos da aprovação das contas¹¹⁹?

A atribuição de tarefas preparatórias a uma comissão, admitida tanto no sistema alemão como no nosso¹²⁰, não exclui os deveres de cada membro do órgão de fiscalização de examinar as contas anuais e de participar no processo deliberativo sobre as mesmas¹²¹.

Naturalmente, podem basear-se no trabalho preparatório desenvolvido pela comissão. Caso contrário, esta seria inútil. Não podem, porém, confiar cegamente no mesmo. Devem analisar criticamente se a comissão adotou um procedimento adequado e se as suas conclusões

¹¹⁸ Como sustentado no nosso *Da administração à fiscalização das sociedades*, §§ 20.1 e 24.6.

¹¹⁹ Nos termos dos §§ 171-172 AktG.

¹²⁰ Cfr. o nosso *Da administração à fiscalização das sociedades*, n.ºs 839-848, 1480-1498.

¹²¹ Joachim HENNRICHS / Moritz PÖSCHKE, in *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, 4.ª ed., 2018, § 171, n.ºs m. 95 e 107; FLEISCHER, „Vertrauen“, 1401.

são plausíveis¹²², dever este que deve ser articulado com aqueloutro de fiscalização das atividades da comissão¹²³.

Cumpridos estes deveres, e na ausência de indícios de falhas, os membros do órgão de fiscalização que não integram a comissão podem confiar nos trabalhos preparatórios desta¹²⁴.

Enquadramento dogmático: *ilicitude* ou *culpa*?

I. Feito este percurso, resta ponderar se a legitimidade ou ilegitimidade da confiança depositada nas informações, conselhos ou opiniões recebidos deve ser reconduzida, perante os nossos quadros dogmáticos de responsabilidade civil, à apreciação da *ilicitude* da conduta ou da *culpa* do sujeito.

A propósito do dever dos administradores de apresentação da sociedade à insolvência, o BGH colocou a questão ao nível da culpa, considerando que:

«um representante orgânico de uma sociedade viola o seu dever de apresentação da sociedade à insolvência sem culpa quando, não tendo competência para clarificar se a sociedade está em situação de insolvência, obtém aconselhamento de um profissional independente e tecnicamente qualificado, a quem informa adequadamente sobre todas as circunstâncias significativas para a apreciação, e depois de um exame de plausibilidade, segue o conselho recebido e não apresenta a sociedade à insolvência»¹²⁵.

¹²² LUTTER / KRIEGER, *Rechte*⁵, n.º 999; FLEISCHER, „Vertrauen“, 1401.

¹²³ Cfr. o nosso *Da administração à fiscalização das sociedades*, §§ 28 e 51.

¹²⁴ OLG Hamburg 15-set.-1995, *ZIP* (1995) 1673.

¹²⁵ BGH 14.-mai.-2007, *NZG* (2007), 545. Esta posição foi confirmada em BGH 16-jul.-2007, *DSiR* (2007), 1641. Esta solução parece aproximar-se daqueloutro do “erro sobre a proibição”, enquanto causa de exclusão da culpabilidade, em Direito penal. Ou seja, se o sujeito não podia vencer ou evitar o seu erro, considera-se ter atuado de modo típico e antijurídico, mas sem culpa.

Segundo FLEISCHER, desta decisão pode deduzir-se, com cautela, um princípio geral de legítima confiança dos membros dos órgãos sociais na informação prestada por terceiros, assente nalguns pontos que o autor desenvolve a propósito do aconselhamento jurídico e que aqui analisamos criticamente. Cfr. “Vorstandshaftung”, 122.

Em primeiro lugar, o membro do órgão social deve selecionar diligentemente o consultor jurídico, avaliando por si as específicas qualificações profissionais do mesmo. De acordo com a decisão do OLG Stuttgart 25-nov.-2009, *NZG* (2010) 141, 144, não é suficiente o contacto com o advogado apontado como competente pelo presidente do *Aufsichtsrat*. A escolha inadequada pode consubstanciar violação culposa de dever (*culpa in eligendo*). Cfr. BINDER, “Geschäftsleiterhaftung”, 284 s.; FLEISCHER, “Vertrauen”,

1403; e “Vorstandshaftung”, 123. No mesmo sentido seguiu também o *Delaware Supreme Court*, em 2000, no caso *Brehm v. Eisner*, 746 A.2d 244, 262 (Del. 2000).

De acordo com Fleischer, o requisito da avaliação própria das específicas qualificações profissionais não deve ser indevidamente ampliado, não devendo considerar-se faltar uma tal avaliação quando o conselho segue uma recomendação substanciada de um terceiro. A escolha do consultor deve ser considerada adequada se o administrador tiver *razoavelmente* considerado que o consultor reunia as necessárias qualificações de competência técnica (*competence*) e fiabilidade pessoal (*reliability*). Na perspectiva de FLEISCHER, “Vertrauen”, 1403, 1404-1405, este não é um critério puramente objetivo, mas sim um critério misto subjetivo/objetivo.

A propósito da primeira, discute-se também na Alemanha se basta uma qualificação formal, como a inscrição na ordem dos advogados, ou se são exigíveis requisitos mais exigentes, próprios de um “especialista” (cfr. BINDER, “Geschäftsleiterhaftung”, cit., 285-286) ou de um consultor com “experiência” na matéria em questão (segundo a decisão proferida em BGH 24-jun.-1960, *Juristische Rundschau* (1962), 348, só os advogados mais “velhos” ou “experientes” merecem irrestrita confiança). Fleischer segue a posição de Hawes e Sherrard já analisada antes, afirmando que, por mais meritória que possa ser esta última perspectiva, um leigo dificilmente tem capacidade para avaliar as qualificações técnicas do consultor e o critério da experiência é demasiado vago, razão pela qual só é aplicável o critério da qualificação formal. Não nos parece que tenha razão. Em função da complexidade do assunto, os membros dos órgãos sociais devem, na medida do possível, obter um aconselhamento adequado ao caso. Na ausência de conhecimentos próprios, constituem pontos de apoio para a decisão de contratação a inquirição de um leque de pessoas, mais ou menos alargado, com experiência no tipo de assunto em causa, bem como a consulta dos diretórios hoje disponíveis.

Quanto à segunda, exige-se que o consultor seja independente, *i.e.*, livre de conflitos de interesses, nos termos já analisados a propósito do sistema norte-americano. Neste contexto, também na Alemanha se questiona a fiabilidade do consultor jurídico interno (*in-house*). São várias as vezes que apontam a tendencial falta de objetividade deste, dada a sua parcialidade perante os interesses económicos em causa [cfr. OLG Hamburg 12-out.-1966, *NJW* (1967) 213, 214-215; OLG Braunschweig 25-fev.-1998, *NStZ-RR* (1998), 251; OLG Bremen 23-mar.-1981, *NStZ* (1981), 265]. *Vide* a este propósito a exposição da posição de Fleischer e respetiva crítica no corpo do texto, na p. [marcado a amarelo em cima no ponto 2.a).IV].

Em segundo lugar, os membros dos órgãos sociais devem prestar informação precisa e completa sobre os factos em causa aos seus consultores. Na medida em que uma tal informação não seja adequadamente prestada, os membros dos órgãos sociais não podem legitimamente confiar nos conselhos prestados com base na mesma. Cfr. FLEISCHER, “Vorstandshaftung”, 124. A este propósito discutem-se as consequências da falta de transmissão de informação que, por falta de conhecimentos técnicos sobre o assunto, não foi considerada importante. Segundo Fleischer, acompanhando a posição já exposta de Hawes e Sherrard, não deve incluir-se o risco de incompletude na esfera de risco dos membros dos órgãos sociais. Aos consultores jurídicos cabe o dever de apreciar a completude dos factos, apresentando as questões que entendam pertinentes. De acordo com esta construção, que nos parece acertada (em coerência com a posição sustentada quanto à “descoberta” da conduta devida), nos casos *innocent omission*, não há ilicitude, logo, não há lugar a responsabilidade.

V. Contra esta posição, sustenta Fleischer não poder ser ignorado o paralelo do § 93(1)2 AktG, que positivou a *business judgment rule* no sistema alemão¹²⁶, devendo a questão ser colocada no contexto do dever de diligência¹²⁷ (ou seja, da licitude). De acordo com esta disposição:

«Não existe violação de dever quando o membro do Vorstand, numa decisão empresarial, podia razoavelmente supor que atuava com base em informação adequada para o bem da sociedade».

VI. Quanto a nós, parece-nos que a resposta a esta questão não pode ser dada nestes termos. Como bem refere Menezes Cordeiro¹²⁸, a distinção entre ilicitude e culpa só releva na medida em que os critérios para aferição de uma e outra não sejam os mesmos.

Ora, quando a “descoberta” da conduta devida integre a própria previsão normativa, a preencher de acordo com a bitola de diligência aplicável, a questão será de ilicitude. Neste caso, não há lugar a um juízo de censurabilidade do sujeito num momento logicamente posterior, na medida em que os critérios de um tal juízo foram já consumidos na aferição da licitude da sua conduta.

Em terceiro lugar, os conselhos jurídicos prestados assentam sobre questões de facto cuja determinação nem sempre está ao alcance dos advogados, podendo impor-se a consulta de outros peritos (cfr. *ibidem*). Assim, por exemplo, a propósito do cumprimento do dever de apresentação à insolvência, pode justificar-se a consulta prévia de um revisor oficial de contas (caso que abordamos no texto).

Em quarto lugar, os membros dos órgãos sociais devem submeter os conselhos recebidos a um exame crítico, avaliando se foram considerados todos os factos e se o conselho prestado é, na perspetiva de um leigo, plausível (devendo verificar-se se o mesmo apresenta contradições, se se encontra devidamente fundamentado e se as suas conclusões são equilibradas, de acordo com a sua experiência económico-empresarial; cfr. FLEISCHER, “Rechtsrat und Organwalterhaftung”, 195). Devem ainda ponderar se a medida que se propõe adotar está adequadamente coberta pelo conselho prestado (cfr. BGH 16-jul.-2007, *DSiR* (2007), 1641, n.º 3. Cfr. FLEISCHER, “Vorstandshaftung”, 124).

Em quinto lugar, discute-se também na Alemanha se a prestação de conselhos está sujeita a alguma forma específica, afirmando-se frequentemente que só pode ser legitimamente invocada a confiança depositada numa exposição diligente constante de uma opinião prestada por escrito. A prestação de conselhos por escrito assegura uma maior correção, mas, frequentemente, perante as restrições temporais só é possível obter um aconselhamento verbal. Nestes casos é legítima a confiança depositada no mesmo. Cfr. FLEISCHER, “Vorstandshaftung”, 124-125.

¹²⁶ Para uma análise detalhada, cfr. o nosso *Da administração à fiscalização das sociedades*, § 64.3.

¹²⁷ FLEISCHER, “Vertrauen”, 1405.

¹²⁸ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais*, 1997, 459.

Quando, pelo contrário, a “descoberta” da conduta não integre a previsão normativa, então a questão será de culpa. Ou seja, demonstrado o preenchimento da previsão normativa, segue-se o juízo de censurabilidade do sujeito.

Como ensina Pessoa Jorge, a descoberta da conduta devida integra a previsão normativa sempre que estejamos perante deveres de conteúdo *a priori* indefinido. Nesses casos, cabe ao devedor descobrir qual o comportamento devido em função do fim a atingir (o resultado definidor) e das circunstâncias do caso concreto. O critério da escolha e execução desses atos, nos termos desejados pela ordem jurídica para satisfação do interesse do credor, é a “diligência normativa” (“diligência devida” ou “dever de diligência”). Ou seja, é aquela que Pessoa Jorge define como o grau de esforço requerido pelo Direito para a execução de uma conduta devida ou prestação¹²⁹.

VII. Assim, por exemplo, quando estejam em causa condutas enquadráveis nas obrigações gerais dos membros dos órgãos sociais — *i.e.*, a obrigação de diligente administração ou de diligente vigilância, consoante o caso —, a confiança nas informações, conselhos e opiniões recebidos deve ser enquadrada na descoberta da conduta devida. Trata-se, portanto, de uma questão de *licitude*.

O mesmo vale para o caso abordado pelo referido acórdão do BGH¹³⁰. A determinação da existência de uma situação de insolvência, para efeitos do cumprimento do dever de apresentação da sociedade à insolvência (artigos 18.º e 19.º CIRE)¹³¹, pode não estar ao alcance

¹²⁹ Fernando Pessoa JORGE, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil* (1968), 71-88. Cfr. tb. o nosso *Da administração à fiscalização das sociedades*, n.ºs de margem 1852-1858.

¹³⁰ BGH 14.-mai.- 2007, NZG (2007) 545.

¹³¹ Sobre este dever, cfr., entre nós, *v.g.*, Manuel Carneiro da FRADA, “A responsabilidade dos administradores na insolvência”, *ROA* 66/2 (2006) 699-701, Catarina SERRA, *A falência no quadro da tutela jurisdicional dos direitos de crédito*, 2009, 330 s.; Maria de Fátima RIBEIRO, “A responsabilidade de gerentes e administradores pela actuação na proximidade da insolvência de sociedade comercial”, *O Direito*, 142/1 (2010) 123 s.; Pedro PIDWELL, *O processo de insolvência e a recuperação da sociedade comercial de responsabilidade limitada*, 2011, 98 s. Em geral, sobre os critérios para a definição da situação de insolvência, cfr. Luís Menezes LEITÃO, *Direito da insolvência*, 4.ª ed., 2012, 79 s.

Note-se que a questão aqui analisada releva ainda, com as necessárias adaptações, para a aferição de responsabilidade civil pela dedução de pedido infundado de declaração de insolvência. Recorde-se que, não obstante o seu teor literal — considerado inadequado [cfr. Paula Costa e SILVA, *A litigância de má fé*, 2008, 506-511] —, a doutrina tende a aplicar o artigo 22.º CIRE não só aos casos de dolo, mas também, por analogia, aos de negligência grosseira. Cfr. Luís Menezes LEITÃO, *Código da*

do administrador, perante a complexidade das circunstâncias do caso concreto¹³². Quando assim seja, na descoberta da conduta devida — apresentação ou não apresentação da sociedade à insolvência —, o administrador pode e deve pedir aconselhamento a um profissional independente e tecnicamente qualificado (*maxime*, um revisor oficial de contas).

Verificados os requisitos da confiança descritos anteriormente, o administrador pode legitimamente confiar na opinião do revisor no sentido da inexistência de uma situação de insolvência. Neste caso, não há violação de dever porque o administrador não *conhecia nem devia conhecer* a existência de uma tal situação (cfr. artigo 18.º/1

Insolvência e da Recuperação de Empresas - anotado, 6.ª ed., 2012, 71-72; Pedro de ALBUQUERQUE, *Responsabilidade processual por litigância de má fé, abuso de direito e responsabilidade civil em virtude de actos praticados no processo*, 2006, 157-158; Luis Carvalho FERNANDES / João LABAREDA, *Código da insolvência e da recuperação de empresas anotado*, 1, 2.ª ed., 2009, 144.

Esta perspetiva é criticada por Carneiro da Frada, de acordo com o qual não existe lacuna a integrar por analogia. Para este autor, a preocupação restritiva do artigo 22.º CIRE não é destituída de “algum” sentido, não devendo o mesmo ser reescrito para reconhecer uma ampla responsabilidade por ofensa de interesses patrimoniais puros em casos de mera negligência, quando nos movamos ao nível da responsabilidade delitual. Diferentemente, nos casos de responsabilidade obrigacional, assentes na relação especial de crédito — (i) do credor que apresenta um pedido infundado de insolvência da sociedade devedora ou (ii) da sociedade devedora que causa prejuízos aos seus credores pela apresentação indevida à insolvência — justifica-se uma outra solução. Nestes casos, «podem vigorar perfeitamente parâmetros mais rigorosos de apreciação da conduta do agente para efeito de uma obrigação de indemnizar». Deve aplicar-se o artigo 762.º/2 CC, dele resultando deveres de proteção que fundamentam uma redução teleológica do artigo 22.º CIRE ao plano delitual. Estes deveres de proteção podem ainda fundamentar responsabilidade pessoal dos administradores *por mera culpa* perante os sócios e perante os credores, em caso de apresentação infundada à insolvência. Neste caso, porém, é necessário demonstrar que «entre os administradores e os lesados se possa afirmar e justificar, tendo em conta as particularidades do caso concreto, uma relação especial que vinculava os primeiros a um cuidado e diligência para com os interesses patrimoniais dos segundos que vieram a ser afectados (o que é mais fácil ocorrer com respeito a sócios do que a credores)». Cfr. Carneiro da FRADA, “A responsabilidade dos administradores na insolvência”, 657-669.

António Menezes CORDEIRO, *Direito comercial*, 4.ª ed., 2016, 547-548, por seu turno, afirma que a norma resultante do artigo 22.º CIRE deve ser conjugada com a do artigo 483.º/1 CC, da qual resulta a responsabilidade pelo pedido infundado, por dolo ou mera culpa.

¹³² Como bem realça Carneiro da FRADA, “A responsabilidade dos administradores na insolvência”, 664-665, sendo a conduta dos administradores avaliada para aferição do cumprimento de deveres de sinal contrário — dever de apresentação à insolvência e dever de não apresentação de pedidos infundados — encontram-se os mesmos no “fio de uma navalha”, dadas as incertezas com que se defrontam na prática.

CIRE), na medida em que atuou diligentemente no sentido do esclarecimento da questão. Não havendo ilicitude, não há lugar a juízo sobre a censurabilidade do sujeito.

VIII. Quanto, pelo contrário, esteja em causa a aferição do cumprimento de deveres *específicos* estabelecidos na lei, nos estatutos ou nos contratos celebrados entre a sociedade e os membros dos seus órgãos sociais, cujo conteúdo o sujeito conheça ou deva conhecer, a questão será de *culpa*.

RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL POR VIOLAÇÃO DOS DEVERES CONJUGAIS: À DESCOBERTA DA ILICITUDE

KARENINA TITO

1. Introdução

A responsabilidade civil por violação dos deveres conjugais tem sido intensamente debatida na doutrina portuguesa devido à redação dada, no ano de 2008, ao disposto no n.º 1 do artigo 1792.º do Código Civil (“reparação de danos”): “O cônjuge lesado tem o direito de pedir a reparação dos danos causados pelo outro cônjuge, nos termos gerais da responsabilidade civil e nos tribunais comuns”.

Foi precisamente através da Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, que o legislador português reformou o regime jurídico do divórcio e, por essa via, a disposição legal relativa à “reparação de danos” entre cônjuges. Remetendo-se para os termos gerais da responsabilidade civil, a doutrina passa a questionar que responsabilidade poderá estar em causa — contratual, extracontratual ou ambas? Este simples enunciado indagatório encerra em si inúmeros problemas: estará em causa uma hipótese de responsabilidade contratual por violação do contrato do casamento ou a natureza própria do contrato em questão afasta a possibilidade de se demandar uma indenização por esta via? Ou, ao invés, será que a responsabilidade se deve qualificar como extracontratual pela violação de direitos de personalidade? E quando o comportamento do cônjuge não envolve a lesão destas posições jurídicas subjetivas dotadas de eficácia *erga omnes*? Bastará a violação

de deveres conjugais pessoais para se falar de responsabilidade civil extracontratual?

Em tudo isto, o que se problematiza, afinal, é a própria eficácia dos direitos familiares pessoais, por um lado, e, por outro lado, a ideia da imunidade entre os cônjuges.

É sobre estas questões que pretendemos refletir na nossa intervenção. Para tanto, iremos apresentar duas posições antagônicas na doutrina¹ e, depois de as analisar crítico-reflexivamente, estaremos em condições de apresentar a nossa própria perspectiva. Antes, haveremos de explicitar por que razão surge o problema.

2. O modelo de responsabilidade consagrado em Portugal e enquadramento do problema

É comum identificar, à luz do Código Civil português, duas modalidades de responsabilidade civil: a primeira, designada “responsabilidade por fatos ilícitos” ou extracontratual, diz respeito à violação de direitos absolutos²; ao passo que a segunda, “responsabilidade obrigacional” ou contratual, resulta do incumprimento de obrigações emergentes de uma fonte do direito, como é o caso do contrato³.

Pese embora esta perspectiva, não podemos ignorar a possibilidade de haver responsabilidade por “fatos lícitos”⁴, responsabilidade extracontratual “pelo risco”⁵ ou responsabilidade “pré-contratual”⁶, enquanto manifestações da complexidade e das particularidades do sistema jurídico-civil português. Mas o essencial é compreender que há dois campos de responsabilização — adotando a posição dualista⁷ —, extra-

¹ Cf., *inter alii*, Guilherme de OLIVEIRA, *Responsabilidade civil por violação dos deveres conjugais*, 2017; e Mafalda Miranda BARBOSA, “Reflexões a propósito do casamento — a necessidade de interpretação conforme aos princípios como instrumento de salvaguarda da coerência intrassistemática e do cumprimento da intencionalidade jurídica da solução predisposta pelo artigo 1792.º cc”, *Revista Jurídica Luso-Brasileira* 4/1 (2018) 913-966.

² Cfr. artigos 483.º a 498.º do cc. Ver, também, Mafalda Miranda BARBOSA, *Lições de Responsabilidade Civil*, Cascais: Príncípa, 2017, 13 e s.

³ Cfr. artigos 798.º e ss. do cc.

⁴ P. ex., artigo 339.º do cc. Ver, ainda, Antunes VARELA, *Das obrigações em geral*, vol. 1, 10.ª ed., Coimbra: Almedina, 2010, 715-717.

⁵ Cfr. artigos 499.º a 510.º do cc.

⁶ Cfr. artigo 227.º, n.º 1, do cc; e entendimento de Sinde MONTEIRO, “Rudimentos da Responsabilidade Civil”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto* 2 (2005) 350-351

⁷ Cfr., a propósito, Mafalda Miranda BARBOSA, *Lições de Responsabilidade*

contratual (direitos absolutos) e contratual (direitos relativos), sendo a diferença mais genérica o fato de existir nesta última uma relação jurídica prévia e específica entre os sujeitos⁸.

As diferenças jurídico-legais entre ambos os regimes são levantadas por vários autores e identificáveis num exercício de interpretação do Código Civil. No âmbito da responsabilidade civil extracontratual: é ao “lesado que incumbe provar a culpa do autor da lesão, salvo havendo presunção legal de culpa”⁹; está em causa a capacidade natural de o autor da lesão entender o mundo¹⁰; há um regime especial de solidariedade¹¹; é necessário uma relação de comissão para um sujeito poder responder por atos de outrem¹²; e o direito de indenização prescreve, normalmente, no prazo de três anos¹³. De forma diversa, no âmbito da responsabilidade contratual: há uma presunção de culpa imputável ao devedor¹⁴; está em causa a capacidade de exercício do devedor¹⁵; aplica-se o regime geral da conjunção das obrigações¹⁶; o devedor pode ser responsabilizado por atos de outrem perante o credor¹⁷; e o direito de indenização pelo incumprimento da obrigação prescreve no prazo de 20 anos¹⁸.

É ainda possível aprofundar essas diferenças em planos estruturais, funcionais e axiológicos¹⁹, mas aqui basta-nos referir o plano funcional segundo o qual a responsabilidade extracontratual está ao serviço de “direitos subjetivos” relevantes, diferentemente da responsabilidade contratual que está ao serviço do “contrato”²⁰.

Ora, nesta conjuntura, onde se enquadra a violação dos deveres dos cônjuges?

Civil, 13-14 e nota 1; e, também, sobre a “terceira via”, António Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil, Direito das Obrigações*, VIII, Coimbra: Almedina, 2014, 400-403.

⁸ Cfr. António Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, VIII, 390.

⁹ Cfr. artigos 487.º, 491.º, 492.º, 493.º e 503.º, n.º 3, do CC.

¹⁰ Cfr. artigo 488.º do CC.

¹¹ Cfr. artigos 497.º e 507.º do CC.

¹² Cfr. artigo 500.º do CC.

¹³ Cfr. artigo 498.º do CC.

¹⁴ Cfr. artigo 799.º do CC.

¹⁵ Cfr. artigo 123.º do CC.

¹⁶ Ver Antunes VARELA, *Das obrigações em geral*, vol. I, 10.ª ed., Coimbra: Almedina, 2010, 766.

¹⁷ Cfr. artigo 800.º do CC.

¹⁸ Cfr. artigo 309.º do CC.

¹⁹ Como segue fazendo Mafalda Miranda BARBOSA, *Lições de Responsabilidade Civil*, 15-16.

²⁰ Assim, António Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, VIII, 391

Na atual previsão do Código Civil português, os cônjuges estão reciprocamente vinculados pelos deveres de respeito, fidelidade, coabitação, cooperação e assistência²¹. O problema está em saber se o incumprimento ou a violação de um destes deveres pode dar lugar, ou não, a algum tipo de responsabilidade civil com obrigação de indenizar pelos danos causados. A resposta parece estar na disposição legal do artigo 1792.º do Código Civil.

É verdade que para haver deveres conjugais terá de existir, previamente, um contrato que formalize o casamento, o que nos levaria a pensar, desde logo, num tipo de responsabilidade *contratual* pela violação dos deveres conjugais, isto é, pela violação de “deveres contratuais”²². Mas há outras formas de ver o problema: se entendermos que os deveres conjugais são uma “categoria dogmática diversa do dever jurídico”²³, então, não há sequer responsabilidade civil contratual.

Por outro lado, através da noção de “direitos pessoais familiares” e do conceito de ilicitude extracontratual, é possível remeter o problema para a responsabilidade civil extracontratual. Ou seja, se entendermos que do casamento surgem “direitos pessoais familiares” — poderes-deveres com eficácia absoluta, enquanto dimensões do direito de personalidade, mas específicos da comunidade familiar²⁴ —, a sua lesão poderá desencadear as regras da responsabilidade civil extracontratual²⁵. Será uma posição que terá de ser justificada, dogmaticamente, à luz de uma das modalidades da ilicitude extracontratual: violação dos direitos de outrem ou violação de disposições legais destinadas a proteger interesses alheios²⁶?

A relação conjugal é, de fato, um “mundo à parte”²⁷.

²¹ Cfr. artigo 1672.º do cc.

²² Ver Ângela Cristina da Silva CERDEIRA, *Da Responsabilidade dos Cônjuges entre si*, Coimbra: Coimbra Editora, 2000, 68-79.

²³ Assim, Francisco Pereira COELHO, “Deveres conjugais e responsabilidade civil — estatuto matrimonial e estatuto pessoal (não matrimonial) dos cônjuges”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência* 147/4006 (Set - Out., 2017) 64.

²⁴ Veja-se, assim, Mafalda Miranda BARBOSA, “Família e responsabilidade civil: uma relação possível? Brevíssimo apontamento”, *Lex Familiae* 10/10 (2013) 65 e 72-74.

²⁵ Defendendo esta posição, Ainda Filipa Ferreira da SILVA, *Responsabilidade Civil entre Cônjuges no divórcio*, Dissertação de Mestrado Apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 34.

²⁶ Cfr. artigo 483.º do cc. Ver sobre o assunto, aprofundadamente, Mafalda Miranda BARBOSA, “Reflexões a propósito do casamento”, 956 e s. Cfr., ainda, sobre outras cláusulas de ilicitude, António Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, VIII, 454 e s.

²⁷ Parafraseando Jorge Alberto PINHEIRO, *O Núcleo intangível da Comunhão*

A partir da posição negatória de autores como Guilherme de Oliveira e Francisco Pereira Coelho, seremos capazes de defender que não há qualquer tipo de responsabilidade civil pela violação de deveres conjugais, partindo da interpretação do artigo 1792.º do Código Civil²⁸.

Por outro lado, a partir da posição responsabilizatória, particularmente a defendida por Mafalda Miranda Barbosa, chega-se à conclusão de que há responsabilidade civil extracontratual pela violação dos deveres conjugais.

Vejamos os fundamentos de ambas as posições.

3. Posição negatória (Guilherme de Oliveira e Francisco Pereira Coelho)²⁹

Parte da doutrina entende que não há responsabilidade civil pela violação dos deveres pessoais familiares. Guilherme de Oliveira marca, neste quadro, um papel relevantíssimo. Num estudo de 2017, o insigne civilista sustenta uma posição negatória depois de relembrar a evolução do problema à luz da lei, da doutrina e da jurisprudência. Acompanhemos o seu percurso dialógico.

a) legislação

Ao nível legislativo, o autor estabelece os principais marcos para a compreensão social e jurídica da questão³⁰: (1) o período anterior à reforma de 1977, (2) a contribuição dessa mesma reforma de 1977 e (3) a contribuição da reforma de 2008.

O período anterior à reforma de 1977 é assinalado pela ideia de que o casamento é dirigido pelo marido enquanto chefe de família e pelo *princípio da imunidade interconjugal*, de forma a proteger a paz e harmonia dos cônjuges e o patrimônio da família³¹. São assim

Conjugual: os deveres conjugais sexuais, Coimbra: Almedina, 2004.

²⁸ Segundo a mesma posição, há apenas responsabilidade civil extracontratual pela violação de direitos de personalidade que existem “antes e independentemente do casamento Cfr. Francisco Pereira COELHO, “Deveres conjugais e responsabilidade civil”, 60.

²⁹ A posição defendida por Guilherme de Oliveira é também defendida por autores como Francisco Pereira COELHO, “Deveres conjugais e responsabilidade civil”, 54 -67.

³⁰ Cfr. Guilherme de OLIVEIRA, *Responsabilidade civil por violação dos deveres conjugais*, 2-16.

³¹ Assim, no sistema jurídico americano, William P. Casey, “The trend of interspousal and Parental Immunity”, *Insurance Counsel Journal*, July, 1978, p. 324

privilegiados os institutos do casamento e da família em relação aos interesses dos cônjuges individualmente considerados³². Em virtude do pensamento da época, durante o casamento, não era possível ao cônjuge lesado instaurar ação contra o outro cônjuge pela violação dos deveres conjugais — o que resultava de uma interpretação restritiva da norma geral que previa a responsabilidade civil³³. Era a chamada “tese da fragilidade da garantia” dos deveres conjugais.

Não ficava excluída, porém, uma ação dessa natureza em momento posterior ao divórcio, pela própria compreensão que se tinha da natureza do divórcio: uma penalidade (sanção) pela violação dos deveres conjugais e não um remédio para uma situação matrimonial insuportável³⁴.

No entanto, com a reforma de 1977, passou a haver um diferente equilíbrio entre o “bem da família” e os “interesses de um e outro” cônjuge — consequência do promulgado artigo 1671.º, n.º 2, do Código Civil —, valorizando o papel da mulher no casamento e reconhecendo os direitos fundamentais e individuais dos cônjuges³⁵.

É a partir desta evolução que, em 2008, o legislador vem reformar o regime jurídico do divórcio, passando o divórcio litigioso a designar-se “divórcio sem consentimento de um dos cônjuges”, isto é, deixando de haver divórcio por violação de deveres conjugais e “declaração de culpa”. O divórcio passou a ser, apenas, a ruptura do vínculo contratual³⁶.

Assim, hoje, independentemente do divórcio, o cônjuge lesado passa a ter o direito de pedir a reparação dos danos causados pelo outro cônjuge — tal como prescreve o atual artigo 1792.º do Código Civil. O problema está em saber a natureza da ilicitude e da própria responsabilidade civil em causa, uma vez que a lei refere, indeterminadamente, um pedido “nos termos gerais da responsabilidade civil e nos tribunais comuns”.

³² Guilherme de OLIVEIRA, *Responsabilidade civil por violação dos deveres conjugais*, 2.

³³ Guilherme de OLIVEIRA, *Responsabilidade civil por violação dos deveres conjugais*, 3.

³⁴ Ver Ângela Cristina da Silva CERDEIRA, *Da responsabilidade civil dos cônjuges entre si*, Dissertação de Mestrado em ciências Jurídico-civilísticas. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2000, 83.

³⁵ Guilherme de OLIVEIRA, *Responsabilidade civil por violação dos deveres conjugais*, 5.

³⁶ Cfr. 1781.º, al. *d*), do cc.

b) doutrina

Tal como decorre do estudo de Guilherme de Oliveira, a maioria da doutrina portuguesa defende a possibilidade de haver responsabilidade civil *contratual* pela violação dos deveres conjugais³⁷. Esse ponto de vista parte do princípio de que são indenizáveis, ao abrigo da disposição legal em causa, todos os danos resultantes da violação dos deveres conjugais, pondo então fim à doutrina da “fragilidade da garantia”.

Por outro lado, uma das correntes minoritárias afirma que o disposto no artigo 1792.º está restringido à responsabilidade civil *extracontratual* quando estão em causa direitos absolutos. Nesse caso, apenas os comportamentos que violam direitos de personalidade são indenizáveis, sendo essa a causa da ilicitude.

c) jurisprudência

A jurisprudência maioritária defende que todos os danos resultantes da violação ilícita e culposa dos deveres conjugais são indenizáveis ao abrigo do disposto no artigo 1792.º do Código Civil, violem ou não direitos de personalidade³⁸.

d) posição adotada por Guilherme de Oliveira

Contrariamente às posições maioritárias da doutrina e da jurisprudência, Guilherme de Oliveira entende que a obrigação de indenizar não resulta da mera violação de deveres conjugais, mas da ofensa a direitos absolutos³⁹. E isto porque o casamento é uma “área de exceção” e os deveres conjugais são “endofamiliares”, pelo que os danos se traduzem em danos “especificamente matrimoniais”.

É dado um exemplo com base no dever de fidelidade: a fidelidade só pode ter sentido dentro do casamento e só existe por causa do casamento, logo, o adultério só causa um dano “endofamiliar”, dentro

³⁷ Guilherme de OLIVEIRA, *Responsabilidade civil por violação dos deveres conjugais*, 14 e s.

³⁸ Vários acórdãos citados em Guilherme de OLIVEIRA, *Responsabilidade civil por violação dos deveres conjugais*, 17-20.

³⁹ Guilherme de OLIVEIRA, *Responsabilidade civil por violação dos deveres conjugais*, 21 e s.

do contexto do casamento⁴⁰. O que se traduz numa responsabilidade civil *contratual* e, assim, em danos *não indenizáveis* ao abrigo do artigo 1792.º. Por outras palavras: como estão em causa valores matrimoniais, como a fidelidade, a ilicitude nasce do casamento, em vez de nascer dos direitos prévios e absolutos de que todas as pessoas são titulares⁴¹.

Portanto, a violação de deveres conjugais será sempre uma responsabilidade civil *contratual*, enquanto a violação de direitos absolutos será *extracontratual*.

Desta forma, segundo o doutrinador, o artigo 1792.º do Código Civil apenas abarca uma responsabilidade civil *extracontratual*, quando os comportamentos violem direitos absolutos da titularidade de todos os cidadãos. Por exemplo, a honra, a liberdade ou a integridade física. A mera violação de deveres conjugais não é indenizável.

O fundamento desta posição está bem expresso nas suas seguintes palavras:

“... Já apresentei acima as razões para esta escolha — que se prendem com o enfraquecimento jurídico do vínculo conjugal que a sociedade vinha reclamando e a lei de 2008 acolheu em várias passagens, com o retraimento do Estado na regulação da intimidade, com o privilégio da liberdade dos cônjuges em matéria pessoalíssima e, concretamente, com a exclusão de todo o juízo sobre a culpa, e a sua graduação, na área das relações mais íntimas dos cônjuges”⁴².

Ou seja, o autor privilegia o casamento como um espaço de afirmação individual, em que predomina a liberdade de cada cônjuge. Concluiu, depois, defendendo uma interpretação restritiva do preceito, de forma a reduzir a “responsabilidade civil” à responsabilidade civil *extracontratual* pela violação de direitos absolutos⁴³.

Esta é uma posição acompanhada por autores como Francisco Pereira Coelho: na anotação ao Acórdão de 12 de maio de 2016, conclui precisamente pela ausência de consequências indenizatórias em caso de violação dos deveres conjugais devido ao “estatuto (especificamente) matrimonial”, bem expresso nas suas seguintes palavras:

⁴⁰ Guilherme de OLIVEIRA, *Responsabilidade civil por violação dos deveres conjugais*, 22.

⁴¹ Guilherme de OLIVEIRA, *Responsabilidade civil por violação dos deveres conjugais*, 22 e s.

⁴² Guilherme de OLIVEIRA, *Responsabilidade civil por violação dos deveres conjugais*, 30.

⁴³ Guilherme de OLIVEIRA, *Responsabilidade civil por violação dos deveres conjugais*, 31.

“...Com este sentido se diria que o casamento deixou de ser um compromisso gerador de deveres que tenham de ser cumpridos, passando a ser apenas um acordo que marca o início de uma comunhão de vida, no quadro da qual se espera que os cônjuges adotem um certo comportamento, que eles apenas adoptarão, evidentemente, enquanto durar essa comunhão — tendo nós pois aqui, de alguma forma, uma categoria dogmática diversa do dever jurídico”⁴⁴.

Com esta posição, parece que o incumprimento dos deveres conjugais não gera consequência alguma, pelo que fica uma pergunta: quer isto dizer que os deveres derivados do casamento são meras declarações morais, sem conteúdo jurídico⁴⁵?

4. Posição responsabilizatória (Mafalda Miranda Barbosa)

Outros autores defendem a responsabilização do cônjuge que violou os deveres conjugais. É o caso de Mafalda Miranda Barbosa. Acompanhemos o seu raciocínio.

Por sua vez, Mafalda Miranda Barbosa debate três possibilidades: (1) a tese restritiva da responsabilidade civil *extracontratual* pelos danos resultantes da lesão de direitos de personalidade, defendida por autores como Guilherme de Oliveira; (2) a posição que admite haver responsabilidade civil *contratual* pela violação de deveres conjugais; (3) e a posição que admite haver uma responsabilidade civil *extracontratual* pela violação de deveres conjugais.

a) **Responsabilidade civil extracontratual pela violação de direitos de personalidade**

Mafalda Miranda Barbosa refuta a tese restritiva da responsabilidade civil *extracontratual* por violação de direitos de personalidade, defendida por autores como Guilherme de Oliveira, no âmbito da interpretação do artigo 1792.º do Código Civil.

⁴⁴ Cfr. Francisco Pereira COELHO, “Deveres conjugais e responsabilidade civil”, 64-65.

⁴⁵ Pergunta que foi também feita em Luiz Zarraluqui SÁNCHEZ-EZNARRIAGA / Elena ZARRALUQUI NAVARRO, *Las Reclamaciones de Daños entre familiares: la responsabilidad civil em el ámbito familiar*, Barcelona: Wolters Kluwer, 2015, 109.

Em primeiro lugar, sublinha que o fim da “tese da fragilidade da garantia” dos deveres conjugais, promovida pelo legislador, significa isso mesmo: a responsabilização do cônjuge pela violação dos deveres conjugais⁴⁶. Será esse o conteúdo útil do n.º 1 do artigo 1792.º, uma vez que, em todo o caso, estará sempre salvaguardada a possibilidade de se reclamar uma indenização com base na violação de direitos de personalidade enquanto direitos absolutos — os danos à honra, à reputação, ao bom nome, à liberdade e mesmo à intimidade pessoal são indenizáveis durante a vigência do casamento, e não apenas pela dissolução do casamento⁴⁷.

Em segundo lugar, defende que, para além dos direitos de personalidade, é possível haver responsabilidade civil *extracontratual* pela violação dos deveres conjugais, considerando que os mesmos podem ser qualificados com uma natureza pessoalíssima e, assim, com uma dimensão absoluta⁴⁸.

Em terceiro lugar, dá conta da metodologia jurídica de interpretação que remete para princípios fundamentais do sistema jurídico, muito resumidamente⁴⁹: o entendimento da “pessoa” como uma “categoria ético-axiológica” que reclama uma “pessoalidade responsável”; a “família alicerçada no casamento”, não apenas num “espaço de afirmação de individualidades” mas num “local de reunião de responsabilidades, por meio das quais a pessoa realiza integralmente a sua personalidade”; e o direito ao casamento, previsto na Constituição da República Portuguesa, protegido como uma instituição “em nome da função social que ele cumpre” e não “individualisticamente concebido”.

Com este método é possível refutar os fundamentos da tese restritiva que visam desvalorizar os deveres conjugais a partir do “enfraquecimento jurídico do vínculo conjugal” ou do “privilégio da liberdade dos cônjuges”. Nas próprias palavras de Mafalda Miranda Barbosa:

⁴⁶ Mafalda Miranda BARBOSA, “Reflexões a propósito do casamento”, 926.

⁴⁷ Capelo de Sousa também defende a indenização pela violação dos deveres conjugais, uma vez que não há alienação dos direitos de personalidade dos cônjuges no momento em que se contraem casamento e, por isso, totalmente ressarcíveis os danos causados ao cônjuge lesado (desde que significativos), já que os direitos de personalidade possuem inquestionável tutela civil. Assim, Capelo de Sousa, op cit., p. 523. O autor pronunciando em relação ao dever de fidelidade: “as práticas sexuais extrapatrimoniais constituem actos ilícitos nas relações jurídicas entre os cônjuges, por violação de um dever conjugal, e entre o cônjuge ofendido e o terceiro perturbador, por violação do direito geral de personalidade daquele, podendo haver lugar à responsabilidade civil”, obra citada, p. 231.

⁴⁸ Ver Mafalda Miranda BARBOSA, “Reflexões a propósito do casamento”, 952 e s.

⁴⁹ Mafalda Miranda BARBOSA, “Reflexões a propósito do casamento”, 929 e s.

“... a violação dos referidos deveres não pode deixar de acarretar consequências no plano jurídico. Ora, tais consequências não podem deixar de se ligar ao instituto da responsabilidade civil: na ausência de sanção especial (uma vez que o divórcio deixa de ser pensado nesses moldes), resta a responsabilidade civil como expressão da juridicidade que não pode deixar de contraminar a relação matrimonial, também do ponto de vista pessoal”⁵⁰.

b) Responsabilidade civil contratual pela violação de deveres conjugais

No que diz respeito à responsabilidade civil contratual pela violação de deveres conjugais, Mafalda Miranda Barbosa considera difícil assumi-la.

A sua posição explica-se pela “natureza pessoalíssima” dada aos deveres conjugais, isto é, deveres que na sua maioria, segundo a autora, não devem ser qualificados como deveres de carácter obrigacional⁵¹. Deste modo, a ideia de casamento não é caracterizada pela sua dimensão contratual, mas antes pelo “projeto de vida” ou pela “plena comunhão de vida”, da qual derivam os referidos *direitos pessoais familiares*.

De fato, basta pensar no exemplo do dever conjugal de fidelidade para admitir a sua natureza pessoalíssima. Porém, o dever de assistência, especialmente a obrigação de alimentos, é uma exceção que pode ser encontrada para o que fica dito⁵².

c) Responsabilidade civil extracontratual pela violação de deveres conjugais

Finalmente, a autora debate a possibilidade de haver responsabilidade civil *extracontratual* pela violação de deveres conjugais.

Mafalda Miranda Barbosa observa que os deveres conjugais, com a referida natureza pessoalíssima, podem remeter para uma *dimensão absoluta (erga omnes)*⁵³. É mencionada a tutela da personalidade pre-

⁵⁰ Mafalda Miranda BARBOSA, “Reflexões a propósito do casamento”, 944.

⁵¹ Mafalda Miranda BARBOSA, “Reflexões a propósito do casamento”, 948; igualmente em *Lex Familiae: Revista Portuguesa de Direito da Família*, Coimbra, 10/20 (2013) 77.

⁵² Mafalda Miranda BARBOSA, “Reflexões a propósito do casamento”, 949.

⁵³ Mafalda Miranda BARBOSA, “Reflexões a propósito do casamento”, 952 e s.

vista no artigo 70.º do Código Civil, admitindo assim a coincidência entre os direitos pessoais familiares (“poderes-deveres”) e os direitos de personalidade. Nesse caso, a violação de um dever conjugal pode resultar na violação de um direito de personalidade, confirmando a responsabilidade civil extracontratual. Portanto, o fundamento da ilicitude será a violação de um direito de personalidade.

A autora debate ainda a possibilidade de a ilicitude derivar, não da lesão de um direito absoluto, mas da lesão da “componente objetiva de um valor constitucional fundamental”⁵⁴.

5. Breves notas sobre o problema

A grande diferença que resulta das posições dos autores parece estar na forma como se interpreta o instituto do casamento e a natureza dos deveres conjugais, conjuntamente com o disposto no artigo 1792.º do Código Civil.

Aliás, o problema resulta das diferentes formas de se conceber o requisito da ilicitude.

Guilherme de Oliveira entende que há um enfraquecimento do vínculo conjugal e que o Estado se retraiu na regulação da intimidade. Por essa razão, os deveres conjugais são “endofamiliares” e a sua violação resulta em danos matrimoniais não indenizáveis. Assim, segundo o autor, apenas poderá haver responsabilidade civil *extracontratual* pela violação de direitos de personalidade — por exemplo, a honra, a liberdade ou a integridade física. Ou seja, a ilicitude decorre da violação de direitos de personalidade.

De outro modo, Mafalda Miranda Barbosa entende que o vínculo conjugal não é caracterizado pela sua dimensão contratual, mas antes por ser um espaço de reunião de responsabilidades, por meio do qual os cônjuges realizam integralmente a sua personalidade, considerando também o direito constitucional ao casamento. É deste “projeto de vida” que emanam os *direitos pessoais familiares*, com uma dimensão absoluta, que podem coincidir com direitos de personalidade. Sendo assim, a violação de deveres conjugais poderá resultar, não numa responsabilidade civil contratual, mas numa responsabilidade civil extracontratual. Logo, segundo a autora, poderá haver responsabilidade civil *extracontratual* tanto pela violação de deveres conjugais, como pela violação de direitos absolutos. A natureza da ilicitude po-

⁵⁴ Aprofundadamente, Mafalda Miranda BARBOSA, “Reflexões a propósito do casamento”, 957-966.

derá, assim, ser concebida de uma forma mais ampla.

Portanto, *ambos os autores defendem uma responsabilidade civil extracontratual, embora com diferentes fundamentos quanto à ilicitude*. A tese de Guilherme de Oliveira é mais restritiva, pois só concebe uma ilicitude fundada na violação de direitos de personalidade, enquanto a tese de Mafalda Miranda Barbosa é mais extensiva, pois admite, também, uma ilicitude fundada na mera violação dos deveres conjugais.

Gostaríamos de deixar umas breves notas sobre o problema debatido.

No casamento há muito mais do que simples convenções sociais ou regras jurídicas estabelecidas pelo Estado. Existe um elo de confiança entre duas pessoas e uma crença de uma vida partilhada — para muitos, talvez, eterna. Desde sempre existiu a união entre duas pessoas com o objetivo principal de se constituir *uma família*. E devido à união entre pessoas surgiu o instituto do casamento como meio de formalizar essas relações⁵⁵.

Mas o casamento, além dos aspectos jurídicos, engloba exigências no cumprimento de deveres recíprocos que resguardam valores *pessoais, morais e sociais*. Basta pensar que a violação desses deveres — como, por exemplo, o dever de fidelidade — resulta em certos prejuízos pessoais que poderão trazer máculas irreversíveis e tornar insuportável a vida em comum.

⁵⁵ Maria Helena Silva e Ana Paula Relvas atribuem alguns motivos que fundamentaram a ocorrência de multiplicidade de modelos conjugais e para novas formas de família. São eles: 1. Mudanças das práticas e concepções sobre a vida familiar; aumento da autonomia e liberdade individual no plano da vida privada; 3. Mudança na forma de encarar a sexualidade e privacidade dos laços conjugais; 5. Alteração no modo de encarar o casamento, que se tornou uma etapa facultativa no percurso conjugal; 6. Proteção da liberdade individual e assunção de compromissos não duradouros e flexíveis; 7. Baixa taxa de nupcialidade; 8. Aumento de idade de casamento e de nascimento do primeiro filho. E completam: “De instituição a qualquer custo, o casamento tornou-se, tendencialmente, uma relação que dura enquanto mantiver compensadora para quem nela está envolvido. Da obediência as regras impostas do exterior, passou-se para ideia da qualidade da relação cujos valores dão maior ênfase aos laços interpessoais do que à dimensão institucional do casamento. (Maria Helena SILVA / Ana Paula RELVAS, “Casal, casamento e união de facto”, in *Novas formas de família*, Quarteto: Coimbra, 2002, 194-196).

Quanto aos novos modelos de descaracterização do casamento, como a união de fato, “é certo que tais uniões podem ter muito valor para os ligados por elas. Mas o interesse social é, em princípio, muito inferior ao do casamento; e, por outro lado, nas sociedades semelhantes à portuguesa, só está unido de facto a longo prazo, sem se casar, quem não quer casar-se”. Diogo Leite de CAMPOS, “Direitos à família e na família”, *BFD* 67 (1991) 203: VIII Lição.

Assim, o casamento tem que ser visto, primeiramente, como um contrato pessoal, ou seja, *como um compromisso com expectativas pessoais* que afeta o estado das pessoas que o celebram. E isto considerando que a comunhão de vida trazida pelo matrimônio não anula a personalidade de cada um dos cônjuges, mantendo, nesse sentido, os seus direitos de personalidade⁵⁶.

É a partir a natureza pessoal do casamento que aderimos à ideia dos deveres de natureza pessoalíssima — referidos por Mafalda Miranda Barbosa.

Na verdade, legalmente, os cônjuges estão vinculados pelos deveres de respeito, fidelidade, coabitação, cooperação e assistência: são deveres recíprocos, tal como exige o princípio da igualdade dos cônjuges⁵⁷. Estes deveres refletem um instrumento normativo que possibilita a interferência do Direito nas relações familiares, formalizando, por este caminho, a plena *comunhão de vida*⁵⁸.

Mas, pergunta-se: independentemente da lei, não se exige do outro parceiro fidelidade? Cooperação? Assistência? Coabitação? Respeito? Não serão igualmente, deveres de fonte pessoal, moral ou social?

Apesar de formalmente os deveres conjugais nascerem de uma relação contratual, esses deveres têm uma relevância, primeiramente, pessoalíssima. São, aliás, deveres-expectativas pessoais que derivam do compromisso do casamento enquanto estado que afeta as pessoas que o celebram. Nas palavras de Antunes Varela, “são verdadeiros deveres morais impostos também, se não principalmente, no interesse da própria pessoa vinculada e ainda no interesse superior da sociedade conjugal ou da comunidade familiar”⁵⁹. Ou seja, protegem não somente o interesse do cônjuge, a quem são devidos, mas o interesse da sociedade conjugal ou da comunidade familiar⁶⁰. Por essa razão, é importante que cada um dos cônjuges se responsabilize, pessoalmente,

⁵⁶ Entendimento de Mafalda Miranda BARBOSA, “Reflexões a propósito do casamento”, 77. Sobre a questão Capelo de SOUSA, *O direito geral da personalidade*, 451: “os cônjuges não alienam nas suas relações entre si a generalidade dos seus direitos de personalidade”.

⁵⁷ Francisco Pereira COELHO / Guilherme de OLIVEIRA, *Curso de Direito de Família*, vol. 1, 4.^a ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2014, 346.

⁵⁸ Sobre a questão, Diogo Leite de CAMPOS, “EU-TU: o amor e a família (e a comunidade) (eu-tu-eles)”, Nós. *Estudos sobre o direito das pessoas*, Coimbra: Almedina, 2004, 172.

⁵⁹ Antunes VARELA, *Das obrigações em geral*, vol. 1, 199.

⁶⁰ Capelo de SOUSA, *O direito geral da personalidade*, Coimbra: Coimbra, 1995, 580.

pelo seu comportamento na relação “eu-tu-eles”.

Para além do mais, Diogo Leite de Campos relembra que o matrimônio é um quadro importante para exercer a *solidariedade*, refletida através da comunhão de vida e pautada nos deveres entre os cônjuges. Afirma, nesse sentido, que “a vida de uma pessoa é para com os outros: amar, para ser amado; dar, para receber; comunicar, para humanizar; transmitir. A comunicação, o ser para é a própria vida do ser pessoal [...] neste amor-solidariedade, muitas vezes só amizade-solidariedade, que anima a comunhão de vida”⁶¹.

A responsabilidade pessoal e a solidariedade, conjuntamente, tornam o instituto do casamento e os respectivos deveres conjugais num *instrumento de realização pessoal e da personalidade* — concordando novamente com Mafalda Miranda Barbosa.

Hoje, para se aceder à separação ou ao divórcio basta a livre vontade. E isso significa que as condutas que antes justificavam a separação ou o divórcio não determinam consequências jurídico-civis algumas⁶²? Os deveres conjugais são agora meramente deveres morais?

Neste sentido, o Direito de Família contemporâneo não deve admitir a tese da fragilidade de garantia: *a violação dos deveres conjugais é ilícita e deve assumir relevância no campo da responsabilidade civil*. E, de fato, assume.

Independentemente de ambas as posições doutrinárias estudadas, os tribunais portugueses não deixam de dar relevância jurídico-civil, em termos amplos, à violação dos deveres conjugais. Hoje, afastando a tese restritiva defendida por autores como Guilherme de Oliveira, os danos resultantes da violação ilícita e culposa dos deveres conjugais são indenizáveis ao abrigo do disposto no artigo 1792.º do Código Civil — violem ou não direitos de personalidade, seja por via da responsabilidade civil contratual, seja por via da extracontratual. E isso são boas notícias para os cônjuges-lesados.

6. Conclusões

Ficam, por fim, algumas das conclusões que podemos retirar do nosso breve estudo relacionado com a responsabilidade civil entre cônjuges pela violação dos deveres conjugais:

⁶¹ Diogo Leite de CAMPOS, *Lições de direito de família e das sucessões*, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2010, 251-252.

⁶² Neste sentido, Luiz Zarraluqui SÁNCHEZ-EZNARRIAGA / Elena ZARRALUQUI NAVARRO, *Las Reclamaciones de Daños entre familiares*, 109.

1 — Ao nível legislativo, os principais marcos para a compreensão social e jurídica do problema são (1) o período anterior à reforma de 1977, (2) a contribuição dessa mesma reforma de 1977 e (3) a contribuição da reforma de 2008.

1.1 — Com a reforma de 2008, o legislador vem alterar o regime jurídico do divórcio, passando o divórcio litigioso a designar-se “divórcio sem consentimento de um dos cônjuges”, deixando de haver divórcio por violação de deveres conjugais e “declaração de culpa”.

1.2 — De acordo com o atual artigo 1792.º do Código Civil, e independentemente do divórcio, o cônjuge lesado passa a ter o direito de reclamar a reparação dos danos causados pelo outro cônjuge

1.3 — O problema está em saber qual *a natureza da responsabilidade civil em causa, o que irá depender da posição adotada acerca do requisito “ilicitude”*.

2 — Há dois campos de responsabilização em Portugal — adotando a posição dualista —, extracontratual (direitos absolutos) e contratual (direitos relativos), sendo a diferença mais genérica o fato de existir nesta última uma relação jurídica prévia e específica entre os sujeitos.

2.1. — A maioria da doutrina portuguesa defende a possibilidade de haver responsabilidade civil *contratual* pela violação dos deveres conjugais — sendo essa a ilicitude —, entendimento esse que parte do princípio de que são indenizáveis, ao abrigo da disposição legal em causa, todos os danos resultantes da violação dos deveres conjugais.

3 — A jurisprudência maioritária defende que todos os danos resultantes da violação ilícita e culposa dos deveres conjugais são indenizáveis ao abrigo do disposto no artigo 1792.º do Código Civil, violem ou não direitos de personalidade.

4 — Guilherme de Oliveira entende que o casamento é uma “área de exceção” e que os deveres conjugais são “endofamiliares”, pelo que os danos se traduzem em danos “especificamente matrimoniais” não indenizáveis.

4.1 — Segundo o mesmo autor, à luz do artigo 1792.º do Código Civil, apenas poderá haver responsabilidade civil extracontratual pela violação de direitos de personalidade — por exemplo, a honra, a liberdade ou a integridade física.

4.2 — O fundamento para essa forma de ver as coisas parte do princípio de que há um enfraquecimento do vínculo conjugal e, por outro lado, o Estado se retraiu na regulação da intimidade.

5 — Por seu turno, Mafalda Miranda Barbosa entende que o vínculo conjugal não é caracterizado pela sua dimensão contratual, mas antes por ser um espaço de reunião de responsabilidades, por meio do qual os cônjuges realizam integralmente a sua personalidade, considerando também o direito constitucional ao casamento.

5.1 — Segundo a mesma autora, os deveres conjugais podem ser qualificados com uma natureza pessoalíssima e, assim, com uma dimensão absoluta: à luz do disposto no artigo 1792.º do Código Civil, poderá haver uma responsabilidade civil extracontratual pela violação de deveres conjugais.

6 — O casamento, além dos aspectos jurídicos, engloba exigências no cumprimento de deveres recíprocos que resguardam valores *pessoais, morais e sociais*.

6.1 — O casamento tem que ser visto, primeiramente, como um contrato pessoal, isto é, *como um compromisso com expectativas pessoais* que afeta o estado das pessoas que o celebram, considerando que a comunhão de vida trazida pelo matrimônio não anula a personalidade de cada um dos cônjuges, mantendo, nesse sentido, os seus direitos de personalidade.

7 — Apesar de formalmente os deveres conjugais nascerem de uma relação contratual, esses deveres têm uma relevância, primeiramente, pessoalíssima: são, aliás, deveres-expectativas pessoais que derivam do compromisso do casamento enquanto estado que afeta as pessoas que o celebram.

8 — É importante que cada um dos cônjuges se responsabilize, *pessoalmente*, pelo seu comportamento na relação “eu-tu-eles”.

9 — O matrimônio é também um quadro importante para exercer a *solidariedade*, refletida através da comunhão de vida e pautada nos deveres entre os cônjuges.

10 — A responsabilidade pessoal e a solidariedade, conjuntamente, tornam o instituto do casamento e os respectivos deveres conjugais num *instrumento de realização pessoal e da personalidade*.

11 — O Direito de Família contemporâneo não deve admitir a tese da fragilidade de garantia: *a violação dos deveres conjugais é ilícita e deve assumir relevância no campo da responsabilidade civil.*

12 — Independentemente de ambas as posições doutrinárias estudadas, os tribunais portugueses não deixam de dar relevância jurídico-civil à violação dos deveres conjugais: hoje, afastando a tese restritiva defendida por autores como Guilherme de Oliveira, os danos resultantes da violação ilícita e culposa dos deveres conjugais são indenizáveis ao abrigo do disposto no artigo 1792.º do Código Civil — violem ou não direitos de personalidade, seja por via da responsabilidade civil contratual, seja por via da extracontratual.

ENTRE A ILICITUDE E O DANO¹

MAFALDA MIRANDA BARBOSA

1. Introdução. Apresentação do problema

No ordenamento jurídico português, o preceito básico em matéria de responsabilidade extracontratual é o artigo 483.º CC, no qual se acolhe o modelo proposto por Ihering². Significa isto que, para haver dever de indemnizar, não basta a culpa. Se esta é imprescindível, exceto nos casos de responsabilidade objetiva, o requisito da ilicitude também tem de se verificar necessariamente. Traduzindo-se na violação de direitos absolutos, na violação de disposições legais de proteção de interesses alheios e no abuso do direito³, a ilicitu-

¹ O texto que se apresenta corresponde, com algumas alterações e aditamentos, à conferência que proferimos no âmbito das *II Jornadas Luso-Brasileiras de Responsabilidade Civil*, que decorreram nos dias 8 e 9 de Novembro, na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

² Há, porém, indícios da penetração da *faute*, conceito central em matéria de responsabilidade civil, em França, no ordenamento jurídico português. Sobre o ponto, cf. Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil Português*, II/III, Coimbra: Almedina, 2010, 373 s., falando do modelo atual de responsabilidade civil como um modelo híbrido pela contaminação da *faute*, mas referindo-se especialmente à dualidade entre a responsabilidade extracontratual e a responsabilidade contratual. Veja-se, igualmente, Mafalda Miranda BARBOSA, *Lições de responsabilidade civil*, Principia, 2017; e IDEM, “Modelos de responsabilidade civil”, *Revista dos Tribunais* 977 (2017) 113-174.

³ Sobre a conformação do abuso do direito e o seu aproveitamento em sede de responsabilidade civil, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, *Liberdade versus Responsabilidade: a precaução como fundamento da imputação delitual? Considerações a propósito dos cable cases*, Coimbra: Almedina, 2005, e demais bibliografia aí citada.

de pode ser compreendida como um filtro objetivo de seleção das pretensões indemnizatórias procedentes. E a sua exigência não deixa incólumes as diversas soluções dogmáticas em matéria delitual. Em primeiro lugar, assiste-se a uma limitação da responsabilidade, passando o jurista a confrontar-se com problemas como aqueles que vão identificados pela categoria dos danos puramente patrimoniais — *reine Vermögensschaden*. Os danos que se traduzam na perda económica que não decorra da lesão de um bem que figure entre aqueles que a lei expressamente tutela não são, em princípio, ressarcidos, exceto se existir uma disposição legal de proteção de interesses alheios que proteja aqueles interesses ou que se verifique uma situação abusiva do direito, embora a doutrina tenha vindo a procurar remédios de variada ordem que garantam o ressarcimento, quando um sentimento de justiça dominante parece clamar por ele⁴. Por outro lado, e de acordo com a mesma intencionalidade, não é, em regra, conferida eficácia externa às obrigações⁵.

Veja-se, ainda, J. Sinde MONTEIRO, “Responsabilidade delitual. Da ilicitude”, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, III, *Direito das Obrigações*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, 453 s.

⁴ Mafalda Miranda BARBOSA, *Liberdade versus Responsabilidade: a precaução como fundamento da imputação delitual?*

⁵ Entre nós defendem a teoria do efeito externo das obrigações Ferrer CORREIA, “Da responsabilidade do terceiro que coopera com o devedor na violação de um pacto de preferência”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 98: 355 s.; Diogo Leite CAMPOS, “A responsabilidade do banqueiro pela concessão ou não concessão do crédito”, *Revista da Ordem dos Advogados* 46 (1986) 51; Alberto Luís, “O problema da responsabilidade civil dos bancos por prejuízos que causem a direitos de crédito”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 59 (1999) 895-914; Galvão TELLES, *Direito das Obrigações*, 7.^a ed. reimpr., Coimbra: Coimbra Editora, 2010, 48 e 246; Pessoa JORGE, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Coimbra: Almedina, 1999, reimpr., 79; Menezes LEITÃO, *A responsabilidade do gestor perante o dono do negócio no direito civil português*, Coimbra: Almedina, 2005 (“A responsabilidade do gestor perante o dono do negócio no direito civil português”, *Ciência e Técnica Fiscal* 363 [Julho-Setembro 1991] 37-244, e *ibid.*, 364 [Outubro-Dezembro 1991] 13-188), 141; Pessoa VAZ, *Do efeito externo das obrigações (algumas perspectivas da mais recente doutrina portuguesa e alemã)*, 1977, ed. policopiada.

Em sentido contrário, também na doutrina nacional, veja-se Rui de ALARCÃO, *Direito das Obrigações*, Coimbra, 1983, texto elaborado por J. Sousa Ribeiro, J. Sinde Monteiro, Almeno de Sá e J.C. Proença, com base nas lições do Prof. Doutor Rui de Alarcão ao 3.º ano jurídico, policopiado, 77 s., 84-85; Álvaro DIAS, *Dano corporal. Quadro epistemológico e aspectos ressarcitórios*, Coimbra: Almedina, 2001, 291; Vaz SERRA, “Responsabilidade de terceiros no não cumprimento das obrigações”, *Boletim do Ministério da Justiça* 85 (1959) 345-360; IDEM, “Anotação ao acórdão de 17 de Junho de 1969”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência* 103 (1970-1971) 458-463; Carneiro da FRADA, “Contrato e deveres de protecção”, Separata do *Bo-*

Além disso, estabelece-se uma cisão entre a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual⁶ e colocam-se proble-

letim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1994, 162; e IDEM, Teoria da confiança e responsabilidade civil, Lisboa-Porto: Almedina, 2003, 238 s.; Antunes VARELA, Das obrigações em geral, vol. I, 10.^a ed., Coimbra: Almedina, 2003, 175 s.; Sinde MONTEIRO, Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações, Coimbra: Almedina, 1989, 185-188, 194, 523.

Sobre Menezes Cordeiro tínhamos escrito que, em *Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais*, Lex, 1997, 490 s., o autor tinha revisto a sua posição quanto ao ponto, afirmando que não existe uma relação de especialidade entre a responsabilidade contratual e a responsabilidade aquiliana, depois de ter defendido o efeito externo das obrigações. A alteração de posição parece seguir a linha de evolução do pensamento do civilista que modifica igualmente a sua visão acerca da querela dualismo/monismo em sede de modalidades de responsabilidade civil. Note-se, porém, que o autor, ao contrário do que sucede quanto a esta última questão, não se mostra tão explícito a propósito do primeiro problema. A diferenciação entre duas modalidades de responsabilidade civil não obsta a que se considere pertinente a teoria do efeito externo das obrigações. As duas temáticas são conexas, mas não se confundem. No entanto, a remissão que Menezes Cordeiro faz para o pensamento de Miguel Teixeira de Sousa e para a crítica que este tece à ideia de relação de especialidade entre o artigo 483.º e o artigo 798.º cc deixavam antever dúvidas em relação à própria ideia de eficácia externa das obrigações. Contudo, na versão de 2010 do *Tratado de Direito Civil Português* (II/III, 448), o autor adere expressamente à doutrina da eficácia externa das obrigações. Embora rejeite a ideia de especialidade entre as diversas modalidades de responsabilidade civil, considera que os direitos de crédito são tutelados ao nível da responsabilidade aquiliana (artigo 483.º cc). Para os artigos 798.º s. cc reservar-se-iam as hipóteses de violação de tais direitos perpetradas pelo devedor. Ora, pergunta-se se não se encontra exatamente aí a relação de especialidade que o autor nega veementemente. Cf., igualmente, pág. 398, onde o autor diz que existe uma relação de especialidade quando esteja em causa o dever de prestar e um concurso real, quanto aos deveres de segurança (acessórios)

⁶ Depõem no sentido da existência de duas modalidades de responsabilidade civil Pereira COELHO, *O nexó de causalidade na responsabilidade civil*, 1951, (Suplemento do Boletim da Faculdade de Direito), 98 e s.; e IDEM, *Obrigações — sumários das lições ao curso de 1966-67*, Coimbra, 1967, 145; Mota PINTO, *Teoria Geral do direito civil*, 4.^a ed. por A. Pinto Monteiro / Paulo Mota Pinto, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, 123; Galvão TELLES, *Direito das obrigações*, 321; Antunes VARELA, *Das obrigações*, 518 s.; Pinto MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão da responsabilidade civil*, Coimbra: Almedina, 2007, 389; Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos* (onde, ao longo de toda a obra, perpassa a distinção apontada); Rui de ALARCÃO, *Direito das obrigações*, 206 s.; Vaz SERRA, “Responsabilidade Contratual e Responsabilidade Extracontratual”, *Boletim do Ministério da Justiça* 85 (1959) 107-242; Lobo XAVIER, *Anulação de deliberações sociais e deliberações conexas*, Coimbra, 1976, 320 e 359; Carneiro da FRADA, *Contrato*, 49, n. 91 (Note-se que o autor, embora leve pressuposta a diferença entre a responsabilidade contratual e extracontratual, entende ser legítimo e pertinente uma teoria unitária que as englobe, “a um nível de abstração superior, e que faculte até uma útil aproximação dos preceitos que no cc se lhe referem”) e Menezes CORDEIRO, *Da responsabilidade civil dos administradores*, 470, nota 316.

mas atinentes a uma terceira via de responsabilidade⁷. A par de tudo isto, há ainda que lidar com a questão de um eventual concurso de responsabilidades.

Mas a exigência do caráter ilícito do comportamento determina, ainda, soluções no que respeita à forma como se devem conceber os restantes pressupostos delituais. Nas páginas que se seguem, procuraremos, depois de aprofundar (embora de forma não exaustiva) o tema da ilicitude, analisar algumas notas da influência que o requisito pode ter na conformação do dano. E, para o efeito, teceremos ainda breves considerações acerca do que vai conhecido por causalidade preenchedora da responsabilidade.

2.A ilicitude delitual: sua conformação

2.1.As modalidades de ilicitude

A primeira modalidade de ilicitude traduz-se na violação de direitos de outrem, conforme resulta do artigo 483.º/1 cc. Os direitos a que o preceito alude correspondem ao sentido técnico-jurídico do conceito, não identificando todas as posições ativas e vantajosas, mas

Negando as diferenças entre as duas modalidades, veja-se Gomes da SILVA, *O dever de prestar de prestar e o dever de indemnizar*, Lisboa, 1944, 300 s.; Pessoa JORGE, *Ensaio*, 40 e s.; Pedro Romano MARTINEZ, *Cumprimento defeituoso*, 260 e s.; Menezes LEITÃO, “Acidentes de trabalho e responsabilidade civil/A natureza jurídica da reparação dos danos emergentes de acidentes de trabalho e a distinção entre as responsabilidade obrigacional e delitual”, *Revista da Ordem dos Advogados* (1988) 773 e s., tendo-se, porém, afastado deste entendimento em *A responsabilidade do gestor*, 95 s.

⁷ Carneiro da FRADA, *Contrato e deveres de protecção*, 80 s.; IDEM, *Uma terceira via da responsabilidade civil?*, Coimbra: Almedina, 1997, 85; IDEM, *Teoria da confiança*, 111, n. 220. Aderem, igualmente, a uma terceira via de responsabilidade civil autores como Baptista MACHADO (“Tutela da confiança e venire contra factum proprium”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência* 117 [1985] 377; e IDEM, “A Cláusula do Razoável”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência* 119: 619); Menezes LEITÃO, *A responsabilidade do gestor*, 68 s. Sinde Monteiro, referindo-se especificamente aos contratos com eficácia de proteção para terceiros, considera que os deveres de proteção podem ser reconduzidos ao âmbito contratual e que o terceiro pode ser, por integração, inserido na esfera de proteção do contrato — *Responsabilidade por conselhos*, 525 —, mas considera que se deve recusar a aplicação em bloco do regime da responsabilidade contratual aos casos de preterição de tais deveres, aderindo, assim, também a uma terceira via, híbrida, de responsabilidade civil — cf. pág. 531. Manifestando-se contra uma terceira via de responsabilidade civil, cf. Mota PINTO, “A responsabilidade pré-negocial pela não conclusão dos contratos”, *Boletim da Faculdade de Direito*, suplemento XIV, 150; Galvão TELLES, *Direito das Obrigações*, 48 e 246; Menezes CORDEIRO, *Da responsabilidade civil dos administradores*, 444 e 488.

tão-só os direitos subjetivos. Mesmo no quadro da jus-subjetividade, não é qualquer direito que recebe tutela aquiliana. A doutrina — embora não unanimemente — tem considerado que apenas é apta a desvelar a ilicitude delitual a violação de direitos dotados de eficácia *erga omnes*. Entre estes, contam-se os direitos reais, os direitos de propriedade industrial, os direitos de propriedade intelectual, os direitos de personalidade⁸.

Por seu turno, a segunda modalidade de ilicitude traduz-se na violação de disposições legais de proteção de interesses alheios. A aparente simplicidade enunciativa da segunda modalidade de ilicitude extracontratual — “violação de disposições legais de protecção de interesses alheios” — é proporcionalmente inversa ao grau de complexidade que a sua mobilização em concreto acarreta⁹. E se a dúvida que se podia citar em alguns espíritos acerca da bondade de autonomização dela por referência à violação de direitos absolutos se esvanece pelo rememorar da lição de Ihering e do seu acolhimento por Guilherme Moreira, dado que, ao privilegiar a separação estanque entre culpa e ilicitude, tinha de ser garantida a sindicância autonomizada da segunda, tornando-se imperioso, fora do quadro dos direitos absolutos, encontrar uma norma que viesse tutelar determinados interesses, nem por isso os problemas prático-normativos que daí resultam são eliminados¹⁰.

Desde logo é o alcance de *disposição legal* a ser posto em causa. Pois que, se no tempo da sua emergência, os ares do positivismo poderiam tornar líquida a resposta — no sentido da sua identificação com uma norma legal *tout court* —, hodiernamente, a recusa fundada

⁸ Sobre o ponto, cf. Antunes VARELA, *Das obrigações*, 536 s. Cf., ainda, para outros desenvolvimentos Mafalda Miranda BARBOSA, *Lições de responsabilidade civil*, 146 s. Alguns problemas têm sido levantados a propósito dos direitos pessoais de gozo e dos direitos familiares pessoais.

⁹ A propósito da importância prático-normativa da consagração desta segunda modalidade de ilicitude, dicotomizando o domínio pessoal do domínio patrimonial, cf. Vaz SERRA, “Requisitos da responsabilidade civil”, *Boletim do Ministério da Justiça* 92: 94-95; Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos*, 237 s. Mais recentemente, cf., com amplo desenvolvimento, Adelaide Menezes LEITÃO, *Normas de protecção*, Almedina, Coimbra, 2009. Na doutrina portuguesa, acerca desta modalidade de ilicitude delitual, *vide*, igualmente, Antunes VARELA, *Das obrigações*, 540 s.; ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 488 s.

¹⁰ A diferença entre o parágrafo I e II do § 823 BGB ou entre a primeira e a segunda modalidade de ilícito em Portugal esbateu-se no momento em que os bens da personalidade passaram a ser entendidos como direitos subjetivos. Neste sentido, cf., entre nós, Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos*, 237; e Vaz SERRA, “Requisitos”, 94 s.; Mafalda Miranda BARBOSA, *Do nexa de causalidade ao nexa de imputação: contributo para a (re)compreensão da natureza binária e personalística do requisito causal ao nível da responsabilidade civil extracontratual*, Principia, 2013, 586.

de identificação do direito com a mera legalidade formal, o reconhecimento da índole constitutiva da tarefa judicativa e a obliteração do carácter injuntivo do cânone metodológico consagrado nos artigos iniciais do Código Civil legitimam a pergunta: interpretar-se-á ou não o segmento do artigo 483.º CC no sentido de nele integrar as *normas* de raiz jurisprudencial¹¹?

Erigida em modalidade charneira da responsabilidade, a violação de direitos absolutos assume-se como pórtico de entrada do instituto, identificando-o, as mais das vezes, por antonomásia. Seria, por isso,

¹¹ No sentido de considerar que em causa estão apenas as leis enquanto fonte de direito definida no artigo 1.º, n.º 2 do CC, cf. Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos*, 246. Admite, porém, que o conceito seja entendido em termos materiais. Assim, em causa estaria não só a lei em sentido próprio (emanada da Assembleia da República), mas todos os restantes atos legislativos e regulamentares. Essencial é que ela provenha de um órgão estadual. Sinde Monteiro, colhendo a lição germânica, apresenta os outros elementos essenciais da qualificação de uma norma como disposição legal de proteção de interesses alheios: 1) tem de proibir um determinado comportamento, acantonando-se aí a nota de ilicitude que se pretende desvelar, razão pela qual não podem ser consideradas para o efeito as normas que estabelecem nulidades de determinados atos (cf. IDEM, *Responsabilidade por conselhos*, 247 e n. 225); 2) tem de visar proteger interesses alheios, isto é, tem de dirigir à tutela de uma pessoa ou círculo de pessoas, não sendo suficiente que tenha por objetivo a protecção da coletividade em geral (cf. IDEM, *Responsabilidade por conselhos*, 249); 3) importa que a norma vise a proteção daquela pessoa contra aquela espécie de danos e contra aquele modo de lesão (aquele tipo de perigos) [cf. IDEM, *Responsabilidade por conselhos*, 249 e n. 234].

Não respondendo diretamente à questão, mas indiciando uma solução positiva, pela recusa de autonomização do abuso do direito como modalidade de ilicitude delitual, cf. Capelo de SOUSA, *Teoria Geral do Direito Civil*, 205, n. 504. O autor considera ser o artigo 334.º CC uma norma de protecção de interesses alheios. Ora, o carácter aberto do preceito, a impor a sua redensificação em sede judicial, implica que seja o julgador a, em face das exigências do caso concreto, descobrir o dever de conduta concretamente violado. Em causa, portanto, a dilemática questão de saber se os deveres de prevenção do perigo se reconduzem à primeira modalidade de ilicitude, à segunda modalidade ou se se podem autonomizar das previsões do § 823 BGB (correspondente ao nosso artigo 483.º CC).

Na doutrina estrangeira, entre outros, para a especificação do conceito de disposição legal de proteção de interesses alheios, cf. RÜMELIN, “Die Verwendung der Causalbegriffe im Straf und Civilrecht”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 90/2 (1900) 186 s.; Robert KNÖPFLE, “Zur Problematik der Beurteilung einer Norm als Schutzgesetz um Sinne des § 823 Abs. 2 BGB”, *Neue Juristische Wochenschrift* (1967) 697-702; CANARIS, “Schutzgesetze-Verkehrspflichten-Schutzpflichten”, “Schutzgesetze-Verkehrspflichten-Schutzpflichten”, *Festschrift für Karl Larenz* zum 80. Geburtstag am 23. April 1983, München, Beck, 1983, 49 s; Heinrich DÖRNER, “Zur Dogmatik der Schutzgesetzverletzung”, *Juristische Schulung. Zeitschrift für Studium und Ausbildung* 27 (1987) 522 s.

estranho que se invertesse a arquitetura consagrada, pela abertura desmedida da cláusula delitual, a permitir uma ampla tutela do património¹², pelo que se impõe a adoção de critérios de circunscrição da relevância da violação das disposições legais de proteção de interesses alheios. Em causa terá de estar a violação de uma norma legal, isto é, proveniente de um órgão estadual, posto que a legitimidade para edificar a referida proteção de certos interesses, ainda que não tutelados por via da atribuição ou reconhecimento de um direito subjetivo, reside no poder legislativo. Por outro lado, essa norma legal tem de proteger determinados interesses alheios, não bastando que vise a tutela de meros interesses gerais ou coletivos. Não quer isto dizer que a proteção desses interesses genéricos não possa integrar-se na teleologia da norma. Significa sim que esta deve integrar especificamente a tutela dos interesses alheios (de uma pessoa ou grupo particular de pessoas) entre os seus fins. Mais do que isso, a norma deve proteger — proibindo ou impondo um comportamento — contra um especial risco (contra um determinado dano infligido de um certo modo). Afirma Brügge-meier que importa saber se a norma tem ou não em vista a proteção de outros. O § 823 II, tal como o 823 I, assume-se como um âmbito de proteção de um especial interesse individual. Neste contexto, a tradicional fórmula, segundo a qual se impõe que a norma proteja não só a coletividade, mas também erija a proteção de uma pessoa ou grupo de pessoas, é uma tautologia. O problema passa por saber como determinar a finalidade da norma, abrindo-se dois caminhos: *a*) saber se a norma também prossegue a proteção de um interesse individual; *b*) saber se a proteção jurídica delitual desses interesses privados se justifica. Nesta medida, a norma deve proteger especiais interesses privados (*sachlichen Schutzbereichs*), de um especial círculo de pessoas (*personellen Schutzbereichs*), contra um especial risco (o bem jurídico deve ter sido violado pelo modo contra o qual

¹² Cf., no mesmo sentido, *inter alia*, IDEM, *Responsabilidade por conselhos*, 253; CANARIS, “Schutzgesetze-Verkehrspflichten-Schutzpflichten”, 49 s. Canaris mostra-se, por isso, muito restritivo na qualificação das normas que podem aceder à qualificação de disposições de proteção. Sobre o ponto, em sentido tendencialmente concordante, veja-se, entre nós, SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos*, 253. Em sentido contrário, apresentando razões para a não circunscrição das normas de proteção às normas penais, veja-se ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Normas de proteção*, 429. Cf., igualmente, pág. 418 (questionando se, para além da questão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, as normas constitucionais podem ser utilizadas como disposições de proteção) e pág. 377 (onde se coloca o problema de saber se as normas internacionais e as normas comunitárias podem valer como tal).

a norma edificava a sua proteção — *modaler Schutzbereich*)¹³. A desvelação da segunda modalidade de ilicitude depende da assimilação do âmbito de relevância concreto do caso pelo âmbito de relevância hipotético, teleologicamente compreendido, de uma norma primária ordenadora de condutas, pelo que a imputação assim vazada transpira essa dependência e apresenta um recorte específico. Na verdade, a insuficiência do resultado para justificar a reação do ordenamento faz impender sobre a conduta o peso acrescido de ancoragem da imputação que se estabelece. E, exatamente por isso, ela apresenta uma concretude — própria da proibição normativa que foi posta em causa — que não pode deixar incólumes as soluções ensaiadas aquando da mobilização do sistema à luz das especificidades do caso concreto. Nesse sentido, ecoam as palavras de Sinde Monteiro a propósito do tema: “ (...) enquanto a ordem jurídica, ao conformar um direito como absolutamente protegido, apenas impõe a qualquer terceiro fazer o objetivamente possível a um homem médio para evitar o pôr em perigo desse direito, as disposições de proteção prescrevem formas de conduta bem concretas e determinadas, trazendo com isso para o lesado a vantagem de que a ilicitude do comportamento é mais fácil de comprovar”¹⁴.

Quer isto dizer que a desvelação da ilicitude com base na segunda modalidade terá repercussões dogmáticas importantes. Continuando a acompanhar o pensamento de Sinde Monteiro¹⁵, dir-se-á que, de acordo com o pensamento de inúmeros juristas, a primeira repercussão se há-de encontrar logo ao nível da culpa. Sublinha o autor que “a culpa tem agora de se referir apenas à própria violação da norma e já não à violação dos bens jurídicos”¹⁶. O alcance exato da afirmação só pode, contudo, ser logradamente apreendido se e quando tivermos em conta a estrutura da norma violada, reforçando-se a nota de dependência a que já fizemos alusão. Haveria como que uma antecipação da tutela. Tal antecipação equivaleria a uma antecipação do juízo de culpa, que apenas tem de se referir à violação da norma¹⁷.

¹³ Gert BÜGGERMEIER, *Haftungsrechts*, 537 s

¹⁴ Cf. Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos*, 238.

¹⁵ E fazemo-lo neste ponto particular, como noutros, pelo especial e originário contributo do autor na matéria ao nível da doutrina pátria. Cf. Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos*, 240 s.

¹⁶ Cf. Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos*, 239. No mesmo sentido, cf., *inter alia*, TRAEGER, *Der Kausalbegriff im Straf und Zivilrecht*, Malburg: Elwert, 1904, 377-379; LARENZ / CANARIS, *Lehrbuch*, II/2, 445.

Cf., nota de rodapé seguinte.

¹⁷ Cf. Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos*, 239. No mesmo sentido, cf., *inter alia*, TRAEGER, *Der Kausalbegriff*, 377-379; LARENZ / CANARIS, *Lehr-*

buch, II /2, 445; Christian VON BAR, „Deliktsrecht, Empfiehlt es sich, die Voraussetzungen der Haftung für unerlaubte Handlungen mit Rücksicht auf die gewandelte Rechtswirklichkeit und die Entwicklungen in Rechtsprechung und Lehre neu zu ordnen? Wäre es insbesondere zweckmässig, die Grundtatbestände der § 823 Absätze 1 und 2, § 826 BGB zu erweitern oder zu ergänzen?“, *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts herausgegeben vom Bundesminister der Justiz*, Bd. II, Köln: Bundesanzeiger Verlagsges., 1981, 1696, sustentando que, no caso de violação de uma norma de perigo abstrato, a culpa se limita à ofensa da norma e que há inversão do ónus da prova quanto a ela.

Em sentido diverso, cf. Hans STOLL, *Kausalzusammenhang und Normzweck im Deliktsrecht*, Tübingen: Mohr, 1968, 22 e s. O Autor considera que o § 823 II BGB não se esgota na violação da norma, sustentando que a culpa também se deve referir ao interesse violado, uma vez que, se assim não fosse, o risco de responsabilidade tornar-se-ia tanto maior quanto mais geral e abstrata fosse a norma que preconiza uma proibição de pôr em perigo. Rejeitando o princípio geral de que, quanto mais abstrata seja a norma, mais severa deve ser a responsabilidade, cf. Sinde MONTEIRO, “Seguro automóvel”, para o que acaba por não prescindir totalmente do juízo de adequação a este nível.

De notar, igualmente, que, de acordo com o modelo imputacional que tivemos oportunidade de delinear na nossa dissertação de doutoramento, no caso da primeira modalidade de ilicitude, desenha-se, em concreto, a partir da preterição de deveres de segurança no tráfego, onde se incluem deveres de cuidado (que, uma vez lesados, permitem desvelar a culpa), uma esfera de risco/responsabilidade que estará na base da imputação de um resultado ao agente. Ora, a culpa há-de referir-se a essa esfera de responsabilidade e não a todos os danos-eventos que surjam. Sobre o ponto, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, *Do nexa de causalidade ao nexa de imputação*, 914 s.

Veja-se, ainda, LINDENMAIER, “Adäquate Ursache und nächste Ursache. Zur Kausalität im allgemeinen bürgerlichen Recht und in den Allgemeinen Deutschen Seeverversicherungsbedingungen”, *Festschrift für Wüstendörfer, Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht und Konkursrecht*, Hundertdreuzehnter Band (113), 3/4, 1950, 206 s., 215, considera que a culpa/previsibilidade tem de existir em relação ao efeito danoso imediato, mas não em relação aos danos subsequentes; VON CAEMMERER, “Die Bedeutung des Schutzbereichs einer Rechtsnorm für die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen aus Verkehrsunfällen”, *Deutsches Autorecht* 70, 283 s., 290, sustenta que a culpa não tem de estar referida à direta lesão do bem jurídico, mas à criação de uma fonte de perigo; Till RISTOW, *Die psychische Kausalität im Deliktsrecht*, Frankfurt am Main: Peter Lang / Europäische Hochschulschriften, 2003, 217, sublinha que, ao nível da responsabilidade por culpa, esta não tem de se referir à direta violação do bem jurídico, mas à criação da fonte de perigo.

Entre nós, cf., a este propósito, Vaz SERRA, “Obrigação de indemnização. Colocação. Fontes. Conceito e espécies de dano. Nexa causal. Extensão do dever de indemnizar. Espécies de indemnização. Direito de abstenção e de remoção”, *Boletim do Ministério da Justiça* 84 (Março 1959) 31, defendendo que o agente deve ter previsto o primeiro resultado contrário ao direito; Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos*, 318 (considerando que a culpa se deve referir à ofensa dos direitos e não apenas à infração do dever, como acontece na segunda modalidade de ilicitude, mas admitindo que tal não implica uma diferença de monta, já que é difícil conceber uma violação culposa de um dever no tráfego que conduza a uma lesão não culposa

Por outro lado, a violação da norma implica, segundo a posição de alguns autores, uma presunção de culpa¹⁸. *In fine*, tal antecipação teria consequências ao nível da causalidade¹⁹. Prescindir-se-ia a este nível

de direitos absolutos, exceto se eles fossem estabelecidos de forma abstrata).

Com isto acabamos por ser confrontados com outras nervuras problemáticas. Elas alimentam-se, sobretudo, por uma preocupação de coerência intrassistemática. A segunda modalidade de ilicitude: a) serve para ampliar o leque de bens jurídicos/interesses tutelados por via delitual; b) antecipa a tutela dos bens jurídicos protegidos ao nível da primeira modalidade de ilicitude. Um dos índices dessa antecipação passa pela referência da culpa, não ao resultado lesivo, mas à violação normativa. Não implicará a interpretação expandida a introdução de um fator de perturbação na medida em que se torna mais difícil a percepção da mais-valia das normas de proteção de interesses alheios? Não cremos que assim seja. Desde logo, há que perguntar “por que razão é que a antecipação da tutela ocorre por referência a interesses menos valiosos e não existe sempre que esteja em causa a violação de direitos absolutos”? Se a justificação pode passar pela intencionalidade que presidiu à edificação de um modelo delitual assente na estrutura iheringiana, bem como pela percepção da existência de comunidades de risco estabilizadas que determinam a intervenção do legislador, pronta a ser aproveitada em sede aquiliana, então perceberemos que, inexistindo uma disposição legal de proteção de interesses alheios, deixa de se presumir a esfera de risco/responsabilidade, que há-de ser construída em concreto, com apelo às circunstâncias paradigmáticas e exemplares, e provada pelo lesado. No fundo, ao contrário do que acontece se estivermos no seio da segunda modalidade de ilicitude, a contemplação da lesão concretamente experimentada vai ser essencial. Com isto podemos dizer que a culpa se refere ao resultado. Trata-se contudo do resultado imediatamente verificado e não daqueles danos subsequentes que, se forem também danos-lesão, colocarão problemas ao nível da própria imputação.

¹⁸ A este ensejo podemos referir duas grandes posições na doutrina: os Autores que defendem a existência de uma verdadeira inversão do *onus probandi* e os que se limitam a falar de uma presunção simples.

Cf. Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos*, 265. Dando conta da divergência, *vide*, também, Adelaide Menezes LEITÃO, *Normas de proteção*, 728.

Cf., a este propósito, Hans STOLL, “Haftungsverlagerung durch beweismittliche Mittel”, *Archiv für die civilistische Praxis* 176 (1976) 145-196, em especial 179. O autor diz que não é possível falar, em geral, de uma presunção de culpa e de causalidade ao nível da violação de normas de proteção tendo em conta a estrutura e o conteúdo multifórmicos de tais prescrições legislativas. Em regra, poder-se-á falar de uma alteração do *onus probandi* ao nível das normas de pôr em perigo abstrato.

¹⁹ Adelaide Menezes LEITÃO, *Normas de proteção*, 689. Diz-nos a autora que “(...) [a] característica da ilicitude assente na própria ação e não num resultado determinado, designadamente a lesão de um bem jurídico determinado, implica consequências ao nível do nexa de causalidade. Com efeito, a causalidade tem de ser equacionada no contexto de normas de pôr em perigo”.

LARENZ / CANARIS, *Lehrbuch*, II/2, 433. Salientam os autores, no quadro da segunda modalidade de ilicitude, que importa que a pessoa lesada figure entre as que são protegidas pela pretensão indemnizatória. E além disso importa que o interesse seja tutelado pela norma. Há que saber, em concreto, se o risco específico nesta previsto se verificou. Mas, contrariamente ao entendimento do BGH, não se trata de uma questão de causalidade. Na verdade, segundo os insignes juristas, não

da ideia de adequação e da ideia de probabilidade que lhe anda associado²⁰, porque o que revelaria seria saber se o dano se inscreve ou não entre aqueles que a norma visava obliterar.

Os autores questionam se a segunda modalidade de ilicitude se limita a antecipar a reforçar a tutela que é dispensada aos bens jurídicos tutelados ao abrigo da primeira modalidade de ilicitude ou se verifica, de facto, um alargamento dos interesses mercedores de proteção. A questão foi colocada sobretudo na Alemanha, a propósito da relação entre o § 823 I e o § 823 II BGB, mas deve ser ponderada entre nós, atenta a similitude dos modelos aquilianos com que estamos a operar.

Ora, a nossa resposta não pode ser senão a de que — para além de antecipar e reforçar a tutela, nos moldes atrás enunciados — há um efetivo alargamento do leque de bens jurídicos protegidos pelo ordenamento jurídico. Contra o que sustentam alguns autores²¹, não tem de haver uma coincidência entre os interesses aqui intencionados e os bens jurídicos protegidos, *ex via direito absoluto*, ao abrigo da primeira modalidade de ilicitude. O segmento em apreço do artigo 483.º, n.º 1 CC — embora da forma prudente que impele à contemplação da conduta e não apenas do resultado — é de molde a alargar o espectro dos valores tutelados delitualmente. De outro modo, tornar-se-ia incompreensível — se bem que não despcienda — a bifurcação criteriológica²². O que não significa, porém, que não possa haver uma

questionamos aí se a violação da norma foi causal, já que o que tem de ser causal é a conduta do lesante em relação ao dano. A violação da norma diz respeito à *Tatbestandsmäßigkeit* e à *Rechtswidrigkeit*, só sendo relevante a esse ensejo; já a causalidade representa uma conexão entre a conduta e o dano.

Veja-se, ainda, ERICH SCHICKEDANZ, “Schutzzwecklehre und Adäquanztheorie”, *Neue Juristische Wochenschrift* 24/1 (1971) 917 s.

²⁰ Como veremos, abandonaremos também o critério da causalidade adequada ao nível da primeira modalidade de ilicitude. Sobre o ponto, cf. o que se dirá *infra*.

²¹ Assim, cf. TRÄGER, *Der Kausalbegriff*, 376 s., considerado que o § 823 II não acrescenta nada ao § 823 I BGB, sendo o seu alcance meramente subjetivo, ou seja, ele só teria relevo em sede de determinação da culpa que se passa a referir à norma violada e não ao resultado. Para ele, não é bastante a violação culposa da norma de proteção, sendo necessário que o resultado lesivo implique a preterição de um dos bens jurídicos previstos no § 823 I BGB.

²² Assim, na Alemanha, o § 823 I serviria para tutelar direitos e bens jurídicos com eficácia *erga omnes*, enquanto o § 823 II se destinaria à proteção de interesses.

Sobre o ponto, cf., igualmente, CANARIS, “Schutzgesetze-Verkehrspflichten-Schutzpflichten”, 49 s., considerando que o § 823 II BGB cumpre uma dupla função: complemento e concretização da primeira modalidade de ilicitude; alargamento da tutela nos delitos de perigo abstrato. Caso a disposição legal de proteção de interesses alheios vise tutelar um dos bens elencados no § 823 I BGB, ela funciona como uma mera concretização da tutela; na hipótese inversa, o preceito aproxima-se do § 826 BGB.

Veja-se, ainda, WOLFHARD KÖHTE, “Normzweck und Interessenabwägung bei

coincidência entre eles²³.

Já a terceira modalidade de ilicitude será conformada pelo abuso do direito, entendido, em termos objetivos, como a desconformidade entre o exercício do direito que formalmente se invoca e os princípios normativos que louvam o sistema.

2.2. A relação entre as diversas modalidades de ilicitude. Ilicitude de conduta e ilicitude de resultado versus desvalor de conduta e desvalor de resultado

No ordenamento jurídico alemão, opõe-se a *Lehre von Erfolgsunrecht / Erfolgsunrechtlehre* à *Lehre von Verhaltensunrecht / Verhaltensunrechtlehre*. O problema coloca-se sobretudo a propósito da primeira modalidade de ilicitude no que respeita às lesões indiretas e traduz-se na questão de saber se a ilicitude assenta no resultado ou na conduta.

Abandonando-se uma visão formal com que ele poderia, erroneamente, ser captado, passou a discutir-se se faria ou não sentido aproveitar a lição do penalista Welzel, importar para o domínio do direito civil a doutrina da ação final e, assim, passar a considerar o dolo e a

der Auslegung des § 823 II BGB, — BGH NJW 1987, 1818”, *Jura* Heft 3 (1988) 125 s., em especial 128 s., sublinhando a importância da segunda modalidade de ilicitude ao apresentar a sua dupla função: alargamento das hipóteses susceptíveis de ressarcimento; repercussão em sede processual.

²³ Importa, a este ensejo, referir que dialogam na doutrina duas posições acerca da concreta comunicação entre as duas modalidades de ilicitude. De um lado, encontramos os autores que, constatando a coincidência de bens jurídicos tutelados por uma e outra, sustentam que a segunda via de desvelação do ilícito não pode funcionar no sentido da limitação do âmbito de protecção conferido pela primeira. Nesse sentido, cf. SINDI MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos*, 254 s.; Nuno Manuel Pinto de OLIVEIRA, “O problema da ilicitude das condutas conformes às leis de protecção do ambiente. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17.1.2002”, *Cadernos de Direito Privado* 12 (Outubro/Dezembro, 2005) 13-20; Adelaide Menezes LEITÃO, *Normas de protecção*, 561. De outro lado, estariam aqueles que sustentam que a norma de protecção positivaria uma ponderação entre interesses do lesante e do lesado pelo que qualquer conduta que, atentando bens jurídicos nela tutelados, não preenchesse o seu conteúdo impositivo e/ou proibitivo deveria ser considerada lícita. Cremos não ser sustentável o segundo entendimento posto em diálogo. Duas razões apontam claramente no sentido do seu afastamento: a) aceitá-lo implicaria um reconhecimento de que o estrato normativo ditaria a relevância jurídica dos comportamentos, independentemente das exigências de sentido comunicadas por cada caso, aproximando-nos perigosamente de uma lógica positivista nos termos da qual o que não é proibido é permitido; b) em contravenção com a própria ideia do domínio ou predomínio sistemático, inverter-se-ia a relação hierárquica entre as hipóteses delituais básicas plasmadas pelo legislador.

negligência por referência à ilicitude. Paralelamente, embora os problemas não se confundam, intensifica-se o debate entre os defensores da ilicitude da conduta e da ilicitude do resultado²⁴. A doutrina da ilicitude do resultado (*Lehre von Erfolgsunrecht / Erfolgsunrechtlehre*) contenta-se com a violação do direito ou bem jurídico para a afirmação, ou pelo menos indicição²⁵, da ilicitude; para a teoria da ilicitude da conduta (*Lehre von Verhaltensunrecht / Verhaltensunrechtlehre*) só seria assim nos casos de atuação dolosa, pressupondo-se, nas restantes situações, a violação de um dever objetivo de cuidado.

Precedendo temporalmente a segunda posição, o pensamento centrado no resultado, defendendo uma ação causal, torna-se problemático em determinadas situações, como aquelas em que emergem danos causados indiretamente, e conduz, ou pode conduzir, a situações bizarras. Quem o diz é Larenz, argumentando com o caso do fabricante de armas, cujo comportamento pode ser tido como causa adequada da morte de um sujeito, sem que verdadeiramente se possa

²⁴ Sobre estas questões, cf., *inter alia*, Mafalda Miranda BARBOSA, *Do nexos de causalidade ao nexos de imputação*, 567 s.; Wolfgang MÜNzBERG, *Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung*, Frankfurt am Main: Klostermann, 1966, 109 s. e 201 s.; Karl LARENZ / Claus-Wilhelm CANARIS, *Lehrbuch des Schuldrechts*, II, Halbband 2, *Besonder Teil*, 13 Aufl., München: C. H. Beck, 1994, 364 s.; Ribeiro de FARIA, « Algumas notas sobre o finalismo no direito civil », *Boletim da Faculdade de Direito* 69 (1993) 74 s.; Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Coimbra: Almedina, 1989, 300 s.; NILS JANSEN, „Das Problem der Rechtswidrigkeit bei § 823 Abs. 1 BGB“, *Archiv für die zivilistische Praxis*, 202, 2002, 517 s.; LARENZ, „Rechtswidrigkeit und Handlungsbegriff im Zivilrecht“, in *Festschrift für Dölle*, Band I, Tübingen: Mohr / Paul Siebeck, 1963, 169 s.; VON CAEMMERER, „Bereicherung und unerlaubte Handlung“, *Festschrift für Rabel*, Band I, 1954, 333; IDEM, „Wandlung des Deliktsrechts“, *Festschrift zum 100 jährigen Bestehen des Deutschen Juristentages*, Bd. II, 1960, 49 (também publicado em *Gesammelte Schriften*, Band I, *Rechtsvergleichung und Schuldrecht*, Freiburg: Mohr Siebeck, 1962, 452 e s.); IDEM, „Die absoluten Rechte in § 823 Abs. 1 BGB“, *Karlsruher Forum (Beiheft)*, 1961, 24 s. (também publicado em *Gesammelte Schriften*, Band I, *Rechtsvergleichung und Schuldrecht*, Freiburg: Mohr Siebeck, 1962, 554 s.); WEITNAUER, „Gedanken zum Problem der Rechtswidrigkeit und des Verschuldens“, *VersR*, 61, 1057 s.; ZIPPELIUS, „Die Rechtswidrigkeit von Handlung und Erfolg“, *Archiv für die zivilistische Praxis*, 157, 390 s.; IDEM, *Die Rechtswidrigkeit von Handlung und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung*, 1966; Oliveira ASCENSÃO, *Ação finalista e nexos causal*, Faculdade de Direito de Lisboa, 1956, dissertação do curso complementar de Ciências Jurídicas (policopiado); L. Menezes LEITÃO, *Direito das Obrigações*, I, 9.^a ed., Coimbra: Almedina, 2010, 313 s.; Nuno Pinto de OLIVEIRA, “Sobre o conceito de ilicitude do artigo 483.º cc”, *Separata do Livro dos Estudos em Homenagem a Francisco José Veloso*, Braga, 2002, 528 s.

²⁵ A nuance deve-se ao facto de se excluir a ilicitude sempre que, em concreto, intervesse uma causa de justificação.

chancelar de ilícita a sua atividade²⁶. Assiste-se, face à constatação, à defesa da posição segundo a qual a ilicitude se colimaria na conduta e não no resultado²⁷. A solução, reservada para os delitos negligentes, implicava que “a conduta deveria estar em contradição com uma norma do ordenamento no próprio momento da ação e não somente em atenção ao resultado lesivo posteriormente verificado”²⁸. De todo o modo, segundo um dado entendimento, a consideração da conduta ficaria circunscrita às hipóteses de lesões indiretas ou danos indiretos²⁹. Distingui-los daqueles outros diretos passa a ser, portanto, uma tarefa prioritária do jurista, sem que, contudo, se tenha gerado unanimidade em torno dos critérios da dicotomia, ensaiados por autores como Von Caemmerer³⁰, Larenz³¹, Hans Stoll³², entre outros. Por direta, dever-se-ia entender a violação que cai no âmbito do próprio decurso da ação. No que a esta respeita, deve considerar-se ilícito o ato que atente diretamente um bem jurídico dotado de uma protecção

²⁶ Cf. LARENZ / CANARIS, *Lehrbuch*, II/2, 364 s. (cf., também, 368, considerando que o problema fica solucionado logo ao nível do *Tatbestand* de responsabilidade, cuja função é a delimitação de comportamentos que podem servir de base à responsabilidade extracontratual, pelo que a colocação de certos produtos no mercado não pode surgir como violação dos bens jurídicos ou direitos previstos no § 823 BGB. É que, em alguns casos, o comportamento só releva pela violação de uma obrigação de evitar o perigo). Veja-se, quanto ao ponto, SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade*, 307.

²⁷ Cf. ENNECERUS / NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, 15. Aufl., Tübingen: Mohr, 1960, 860 s.; MÜNZBERG, *Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung*, 109 s. e 201 s.; KÖTZ / WAGNER, *Deliktsrecht*, 11. neu bearb. Aufl., München: Franz Vahlen, 2010, 49 s.

²⁸ Cf. SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade*, 300, acrescentando que “não age ilicitamente quem actua no âmbito da adequação social”. Veja-se, sobre o ponto, LARENZ / CANARIS, *Lehrbuch*, II/2, 365, criticando a ideia segundo a qual a ilicitude deve partir da violação de uma norma especial.

²⁹ Cf. LARENZ / CANARIS, *Lehrbuch*, II/2, 365; LARENZ, “Rechtswidrigkeit und Handlungsbegriff im Zivilrecht”, 183 s. Note-se que, segundo o depoimento do autor citado (cf. *ibid.*, 366), os defensores da doutrina da ilicitude da conduta insistem que a ilicitude, mesmo na intervenção direta sobre bens jurídicos, se encontra na violação do dever. E adianta, em tom crítico, que “o que eles não têm suficientemente em conta é que este surge a partir da ameaça de um resultado negativo que possa avultar”.

³⁰ VON CAEMMERER, “Wandlung des Deliktsrechts”, 49, 77 s., e 131 s.; IDEM, “Die absoluten Rechte in § 823 Abs. 1 BGB”, *Karlsruher Forum (Beiheft)* (1961) 24 s. (também publicado em *Gesammelte Schriften*, Band I, *Rechtsvergleichung und Schuldrecht*, Freiburg: 1962 Mohr Siebeck, 554 e s.).

³¹ LARENZ, “Rechtswidrigkeit”, 183 s.; IDEM / CANARIS, *Lehrbuch*, II/2, 365 s.

³² HANS STOLL, “Unrechtstypen bei Verletzung Absoluter Rechte”, *Archiv für die civilistische Praxis* 162: 229 s.

erga omnes. Tomando como sustentáculo de argumentação o caso dos produtores de objetos potencialmente perigosos, Larenz adianta que, sendo a produção de tais bens uma condição no plano natural, não pode ser um nexu causal direto a determinar a ilicitude. Necessário é que se verifique a violação de uma obrigação de comportamento que o autor qualifica dogmaticamente como uma *Gefahrvermeidungspflicht* (obrigação de evitar o perigo)³³. Outra seria a situação das lesões diretas dos bens jurídicos e direitos contemplados no § 823 II BGB. Se no caso da enfermeira que fornece uma dose mortal de um medicamento ao paciente, não se estando diante de um comportamento ilícito sem mais e concluindo-se que a descrição do evento não é só um problema descritivo e ontológico, antes desempenhando aqui um papel fulcral a argumentação jurídica, é crucial entender que os protagonistas daquelas condutas diretas devem abster-se de produzir o resultado negativo, havendo também aqui a violação de uma obrigação de comportamento — *Erfolgsvermeidungspflicht* (obrigação de evitar o resultado). Para Larenz, a distinção entre a *mittelbaren Beeinträchtigungen* e a *unmittelbaren Eingriffen* não é supérflua, tendo consequências dogmáticas ao nível da divisão entre a *Gefahr- und Erfolgsvermeidungspflicht*³⁴. Na prática, tal implica que, no tocante às primeiras, apesar das prováveis consequências negativas, o sujeito deve comportar-se como faz, adotando certas medidas de cuidado; e no tocante às segundas, que ele deve agir de um modo diverso. Torna-se, assim, clara a diferença entre a *Erfolgsunrecht* e a *Verhaltensunrecht*³⁵. O problema situar-se-ia, contudo, ao nível do *Tatbestand*, ou seja, no quadro da delimitação dos comportamentos delitualmente relevantes³⁶. É que, em determinadas situações, a conduta só releva se for violada uma obrigação de evitar o perigo. Denota-se, portanto, uma *nuance* na ordenação sistemática dos pressupostos delituais a implicar o afastamento em relação a uma visão mais ortodoxa do problema. Segundo esta, a ilicitude por intervenções indiretas só ocorreria diante da violação de um dever, não se

³³ LARENZ / CANARIS, *Lehrbuch*, II/2, 366; e SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade*, 306.

³⁴ Cf. LARENZ / CANARIS, *Lehrbuch*, II/2, 367, que aqui acompanhamos de muito perto.

³⁵ Cf. LARENZ / CANARIS, *Lehrbuch*, II/2, 367.

³⁶ Cf. LARENZ / CANARIS, *Lehrbuch*, II/2, 368. Convém, porém, notar que se trata de uma mutação do pensamento do autor, já que, como o próprio refere, na 12ª edição das suas lições considerou que o problema devia ser tratado ao nível da controvérsia entre a ilicitude do resultado e a ilicitude da conduta como um problema atinente ao ilícito.

podendo aplicar o *Modell of Rechtswidrigkeitsindikation*³⁷.

Independentemente do acerto de uma e outra posição³⁸, inegável é que — sendo imprescindível a lesão de um dos bens absolutamente protegidos ou de um dos interesses tutelados pelas disposições previstas no §823 II BGB — o resultado haverá de se verificar sempre. Isto vem explicar não só a importância dada ao requisito causal, na Alemanha, como a sua conceção binária, dividindo-o a doutrina na chamada causalidade fundamentadora da responsabilidade e na causalidade preenchedora da responsabilidade, algo que não é estranho ao nosso espetro jurídico.

Entre nós, de facto, atento o paralelismo com o mundo delitual germânico, para além de a doutrina aderir recentemente à cisão entre as duas formas de causalidade, a dúvida acerca da predicção da ilicitude na conduta ou no resultado tem sido, igualmente, equacionada. De forma clarividente a propósito da primeira modalidade de ilicitude, razões há que parecem depor no sentido da configuração da ilicitude segundo o resultado. De facto, de acordo com o desenho traçado pelo legislador, a reação do ordenamento jurídico desencadeia-se com a lesão do bem jurídico absolutamente tutelado. No mais, é a função reipersecutória da responsabilidade civil que marca aqui a sua presença. Acresce que parece ser esta a melhor via de se garantir a fidelidade ao modelo bipartido entre a ilicitude e a culpa.

Não obstante, isto não nos faz resvalar na pureza da consideração do resultado. Dois são os pontos em que ancoramos o nosso entendimento. Por um lado, sabemos-lo já, o direito ajuíza condutas, pelo que só um comportamento humano pode ser chancelado como desvalioso ou não. Simplesmente, isto não constitui fundamento bastante para a proscrição da doutrina da ilicitude do resultado, pois, como vimos, os seus cultores não deixam de relevar em termos adequados a atuação humana por detrás do efeito. O ponto foi, aliás, sublinhado, entre nós, por Sínde Monteiro, quando afirma que “basta, para assegurar a conexão funcional do conceito, partir do princípio de que o juízo so-

³⁷ Cf. LARENZ / CANARIS, *Lehrbuch*, II/2, 368, que aqui continuamos a acompanhar de muito perto.

No caso das lesões diretas, o resultado indicaria a ilicitude com a violação da obrigação de evitar o resultado (*Erfolgsvermeidungspflicht*); para o dano indireto, a violação da obrigação de evitar o perigo indicia com o resultado a ilicitude.

³⁸ Para análise dos argumentos que avançamos no sentido de recusar a doutrina da ação final e para recusarmos uma ideia de ilicitude da conduta, pese embora consideremos que o desvalor de conduta (que com aquela não se identifica) estará sempre presente, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, *Do nexo de causalidade ao nexo de imputação*, cap. v.

bre a ilicitude incide sobre um comportamento externo desaprovado enquanto tal, tomando (...) como fundamento da valoração o próprio resultado quando este se verifica no decurso da ação, não constituindo um efeito afastado ou longínquo da conduta³⁹. Por outro lado, qualquer requisito de procedência de uma pretensão indenizatória há-de ser informado pela intencionalidade específica da juridicidade, pelo que não fará sentido olhar para o resultado na sua pureza. Há-de, portanto, valorar-se o resultado perspetivando-o como efeito da preterição de um dever de respeito diante do nosso semelhante. E porque não somos ilhas em confronto com os demais, essa preterição não implica somente a invasão de uma esfera de exclusão do outro, mas igualmente a violação positiva de deveres de cuidado/segurança para com o outro. Acontece que estes são mais amplos e mais abstratos que os deveres objetivos de cuidado, entendidos em sentido técnico, pelo que não é só a culpa que entra em cena, mas uma ideia de imputação objetiva a partir da qual cada um responde por determinadas consequências da sua conduta.

O que aqui fica dito compreende-se até num outro posicionamento metodológico. Não é a morte em si que pode ser chancelada de ilícita, mas a morte provocada por um terceiro. Não se estranha, por isso, que o pensamento tradicional tenha insistido na necessidade da descoberta de um nexo de causalidade entre aquele resultado e a ação humana que lhe deu azo⁴⁰.

Donde, podemos talvez experimentar algumas conclusões.

Do ponto de vista teleonomológico, e pela convocação dos princípios, é viável continuar a defender-se uma ilicitude preferencialmente ancorada no resultado.

Em homenagem ao modelo iheringuiano, a violação do direito absoluto deve ser vista como o ponto de ancoragem da judicativa realização do direito no caso concreto (o que, aliás, terá consequências importantíssimas em sede de causalidade, quer da causalidade fundamentadora da responsabilidade, quer da causalidade preenchedora da responsabilidade). Arredada a *faute* napoleónica, colhido o ensinamento dos antigos, e metodologicamente desaconselhada uma interpretação hermenêutica de tipo subjetivista histórico que perscrute, enquanto assume como objeto a norma texto, a vontade do

³⁹ Cf. Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos*, 305.

⁴⁰ Cf. Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos*, 307, explicitando que, de acordo com a tradicional teoria da ilicitude do resultado, é de considerar objetivamente antijurídica toda a ofensa a um bem ou direito absolutamente protegidos, desde que entre a conduta do agente e aquela ofensa se verifique um nexo de causalidade adequada.

legislador, cremos, ainda assim, haver boas razões para a manutenção do *status quo* doutrinral.

Mas isso não acarreta que fiquemos presos a um formalismo conceitualista que olvide a intencionalidade material e a densificação ética do instituto. A projeção dogmática da escarpelização que fizemos do princípio normativo do direito enquanto direito, na sua aplicação à responsabilidade civil, pode conhecer diversos cambiantes. Embora orientados pela violação de direitos absolutos, não estamos condenados a derramar sobre o critério de sindicância anunciado um olhar axiologicamente neutro. Pelo contrário, procurando interpretar o artigo 483.º CC à luz da sua inserção sistemática, iluminada pela sua teleologia última (teleonomologia), naquilo que resulta da simbiose adequadamente compreendida dos dois objetivos da interpretação que apenas aparentemente se dicotomizam — a interpretação dogmática e a interpretação teleológica —, somos forçados a concluir que aquela lesão de que se lança mão está eivada da marca de desvalor. A ideia de ilicitude do resultado justifica-se por uma opção dogmática que não reduz à irrelevância o pináculo sustentador do sistema. Até porque estamos longe dos postulados jusnaturalistas que impõem uma visão do mundo juridicamente comprometido à luz de uma racionalidade apodítica de matriz dedutivista. Aquele admite múltiplas concretizações, e quem queira assumir logradamente o seu papel de jurista, na profundidade que o caracteriza, deve estar atento para, no momento da mobilização da norma, a interpretar na sua remissão para os princípios.

A violação de direitos absolutos apresenta-se como um dos pressupostos de uma pretensão indemnizatória procedente não porque eles irradiem uma eficácia *erga omnes*, mas porque, consubstanciando o último reduto da afirmação da personalidade, o agente lesivo, com a sua atuação, pretere princípios fundamentais da juridicidade.

Do ponto de vista do titular de um direito subjetivo que, com a sua atuação, lesa um terceiro, a ilicitude colima-se no mau uso da sua liberdade e apresenta um figurino eticamente cunhado que nos autoriza a encontrar para a responsabilidade civil um fundamento sancionatório que, não se confundindo com uma função punitiva, visa atualizar a personalidade do agente perpetrador do ato.

Ora, se assim é, a desvelação da ilicitude por esta via, não ficando dependente da aferição da culpa, fica, contudo, refém de um nexo de imputação, ou seja, impõe-se o preenchimento da chamada causalidade fundamentadora da responsabilidade.

A opção fundada pela ilicitude colimada no resultado não impe-

de que se fale ao nível da ilicitude de um desvalor de conduta. O binómio ilicitude do resultado vs. ilicitude da conduta não se confunde com o binómio desvalor de resultado vs. desvalor de conduta.

Dir-se-á, então, que, pré-compreendendo os dois vetores que animam o direito delitual — o desvalor de resultado e o desvalor de conduta —, o primeiro anuncia a ilicitude resultante da violação de direitos absolutos e o segundo aquela colimada no excepcional abuso do direito. Situar-se-á a segunda modalidade de ilicitude a meio caminho. Por um lado, inexistente um resultado que, por si só, garanta a antijuridicidade da conduta. Por outro, não é qualquer infração que desencadeia a pretensão ressarcitória, mas só aquela que aponte para um mínimo de incidência negativa na esfera do outro, o que, sendo denotado pelo apego ao interesse legalmente protegido, nos fará encontrar o critério de ancoragem para a delimitação da categoria em apreço. É certo que tudo isto deve ser entendido *cum grano salis*. Não só o resultado não pode deixar de relevar, qualquer que seja a modalidade de ilicitude delitual concretamente em causa, atentas que sejam as finalidades primárias do instituto, como o desvalor de conduta não pode deixar de marcar o seu trilha conjuntamente com ele. O que se pretende, pois, assinalar é o maior ou menor pendor que cada um deles assume consoante a forma de imputação selecionada à luz das especificidades do caso concreto⁴¹.

Em suma, somos confrontados com três grandes formas de imputação, baseadas em três outras modalidades de ilicitude, a compreenderem-se segundo um peso específico atribuído aos dois desvalores que conformam o mundo delitual: desvalor de resultado no caso da violação de direitos absolutos; conjugação entre o desvalor de resultado e o desvalor de conduta, com este a colmatar o menor peso relativo daquele, pelo menor peso axiológico dos interesses em causa relativamente aos direitos absolutos, no caso da violação de disposições legais de protecção de interesses alheios⁴²; desvalor de conduta acrescido na hipótese de abuso do direito⁴³.

⁴¹ Neste sentido, KNÖPFLE, “Zur Problematik der Beurteilung einer Norm als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB”, *Neue Juristische Wochenschrift* (1967) 697-702. Considera o autor que o § 823 I encerra, sobretudo, um desvalor de resultado; ao invés, o § 823 I faz sobressair o desvalor de conduta (cf. pág. 700).

⁴² Cf. Antunes VARELA, *Das obrigações*, 536, n. 2. Referindo-se à segunda modalidade de ilicitude, o autor afirma que “a lei quer proteger esses interesses, mas não quer deixar a respetiva tutela na livre disponibilidade das pessoas a quem respeita”.

⁴³ Veja-se, quanto ao ponto, J. RÖDIG, *Erfüllung des Tatbestandes des § 823 Abs. 1 BGB durch Schutzgesetzverstoss*, 1973, 78 s.; Thomas HONSELL, „Der Verstoß gegen Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB“, *Juristische Arbeitsblätter*, 15/3 (1983)

2.3. A justificação da ilicitude como requisito autónomo de procedência de uma pretensão indemnizatória

Se atentarmos nas soluções dispensadas pelos diversos ordenamentos jurídicos para alguns dos problemas relevantes do ponto de vista extracontratual, teremos de concluir que mesmo aqueles que não se detêm na consideração de um resultado ilícito acabam por não se distanciar sobremaneira das decisões a que chegaríamos no nosso ordenamento jurídico⁴⁴. Assim sendo, impõe-se uma questão: por que razão faz sentido exigir a ilicitude como um requisito autónomo da procedência de uma pretensão indemnizatória? Não nos fará isso cristalizar, *a priori*, os bens jurídicos e interesses que podem ser objeto de protecção, dificultando a adaptação da disciplina delitual à evolução do todo social?

O problema foi equacionado ao nível europeu, no âmbito dos projetos de harmonização do direito delitual europeu. Na verdade, com vista à elaboração de um Código Civil Europeu, foram sendo criados diversos grupos que, levando a cabo estudos de direito comparado, elaboraram projetos normativos que lidam com a responsabilidade civil extracontratual. Nesse ensejo, discutiu-se se os mesmos

101 (considerando que os §§ 823 I e II têm o mesmo valor, sendo ambos integrados por um dever do tráfico, que num caso é concretizado jurisprudencialmente - § 823 I — e noutro caso tipificado pelo legislador - § 823 II).

⁴⁴ Nesse sentido, cf. David HOWARTH, “The general conditions of unlawfulness”, *Towards a european civil code*, in Arthur HARTKAMP *et al.*, ed., 3.^a ed., Amsterdam, 2004, 619 s., em especial 623 e s. Consoante explica o autor, enquanto o ordenamento jurídico alemão coloca, por via do requisito da ilicitude, obstáculos à indemnizabilidade de princípio dos danos puramente patrimoniais, embora não negue absolutamente o seu ressarcimento (sobretudo se os mesmos forem causados intencionalmente e sobretudo porque admite formas de responsabilidade que são desconhecidas noutros ordenamentos jurídicos — pense-se, por exemplo, nos contratos com eficácia de protecção para terceiros ou nas tentativas de problematização de um direito à electricidade, do abuso do direito, entre outras — cf. Mafalda Miranda BARBOSA, *Liberdade versus responsabilidade*), em França parece não haver qualquer restrição inicial à sua reparação. Contudo, por via da causalidade e do dano — que tem de ser certo e directo (sendo variadas as interpretações acerca do requisito) — é possível chegar a conclusões similares. Cf., igualmente, Mauro BUSSANI / Vernon PALMER, “The frontier between contractual and tortious liability in Europe: insights from the case of compensation for pure economic loss”, *Towards a european civil code*, 697 s.

Sobre o ponto, cf., ainda, Mafalda Miranda BARBOSA, *Liberdade versus responsabilidade*, ponto 3, cap. I, parte I.

deveriam ou não ser estruturados em torno de um conceito autónomo de ilicitude. Falamos do *Draft Common Frame of Reference* e dos *Principles of European Tort Law*⁴⁵.

A este propósito, David Howarth analisa as possíveis vantagens e inconvenientes da autonomização do requisito da ilicitude ou da autonomização de uma lista de interesses protegidos, cuja preterição seria essencial para que pudesse haver ressarcimento. Desde logo, o autor aduz que, por esta via, o legislador passa a ter um controlo sobre a extensão da responsabilidade, podendo excluir certas formas de dano que, de acordo com o pensamento político dominante, não devem ser indemnizados⁴⁶. Simplesmente, segundo a reflexão do autor, tal opção leva a que um código se torne rapidamente obsoleto, ao mesmo tempo que conduz a interpretações criativas por parte dos juristas, que acabam, assim, por pôr em causa a intenção originária do poder legislativo. Por outro lado, os argumentos em geral mobilizados para determinar quais os interesses cuja preterição deve conduzir à reparação não são pacíficos, nem unanimemente aceites⁴⁷. Simultaneamente, a simples listagem de tais interesses não nos mostra, com evidência, as situações em que se deve excluir a imputação. Em alternativa, o modelo francês deixa no ar a ideia de que muito mais é considerado pelos Tribunais, para além do dano e da causalidade, o que pode levar a concluir que o sistema da *faute* é pouco transparente⁴⁸.

Não cremos que as dúvidas patenteadas pelo autor consigam ferir de morte o requisito da ilicitude. Na verdade, alguns são os erros em que se deixa enredar. Em primeiro lugar, Howarth parece olhar para o direito na ótica do direito positivado pelo legislador, o que o leva a afirmar que a intenção originária deste pode ser posta em causa por interpretações criativas da norma ou, ao invés e caso estas não existis-

⁴⁵ Frank EMMERT, “The Draft Common Frame of Reference — The most interesting development in contract law since the Code Civil and the BGB”, *Indiana University Robert H. McKinney School of Law Research Paper no. 2012-08*, <www.ssrn.com/abstract=2025265>; Hort EIDENMÜLLER *et al.*, “The Common Frame of Reference for European Private Law — Policy Choices and Codification Problems”, *Oxford Journal of legal Studies* 28/4 (2008) 659-708; Christian VON BAR, “A Common Frame of Reference for European Private Law — Academic Efforts and Political Realities”, *Electronic Journal of Comparative Law* 12/1 (2008) <www.ejcl.org/121/art121-27.pdf>; IDEM, “The launch of the Draft Common Frame of Reference”, <http://www.juridicainternational.eu/public/pdf/ji_2008_1_4.pdf>; Fernando GOMEZ POMAR, “The empirical missing links in the Draft Common Frame of Reference”, *Indret* 1 (2009) <www.indret.com>.

⁴⁶ David HOWARTH, “The general conditions of unlawfulness”, 634.

⁴⁷ David HOWARTH, “The general conditions of unlawfulness”, 634-635.

⁴⁸ David HOWARTH, “The general conditions of unlawfulness”, 637.

tam, que a passagem do tempo determinará rapidamente a obsolescência do modelo delitual. Em segundo lugar, e pese embora a ideia de ilicitude comece a formar-se historicamente no período do jusracionalismo iluminista, que funciona como fator de emergência do positivismo, a intencionalidade com que o requisito é hoje pensado dista, sobremaneira, do modo como foi concebido outrora, pelo que, em rigor, não é a tentativa de controlo da extensão da responsabilidade pelo legislador que está em causa, mas a necessidade de contê-la dentro de determinados limites. Aliás, os diversos pressupostos de procedência de uma pretensão indemnizatória são exatamente pensados para evitar excessos de responsabilidade, quer em homenagem a outros princípios estruturantes do ordenamento jurídico⁴⁹, quer em homenagem à ideia de que uma responsabilidade ilimitada acaba por violar o sentido de justiça que se procura. E é a desconsideração desses outros requisitos que parece motivar alguma da desconfiança de Howarth. Em rigor, não só a ilicitude não é reduzida, por muitos autores, a uma formalista violação do direito protegido, porque, mesmo que não se adira a uma ideia de ilicitude da conduta, não podemos esquecer-nos de uma ideia de imputação do resultado lesivo à conduta, que vai muito além de uma simples ideia causalista⁵⁰, como ela interage com os restantes pressupostos do ressarcimento⁵¹. Acresce que a opção entre uma listagem de interesses protegidos e a previsão de uma (ou várias) cláusula(s) de ilicitude não é, necessariamente, inócua, pois a segunda alternativa evita a temida prisão a um leque de bens pré-definidos com desconsideração de outros, cuja importância pode aumentar no futuro. *In fine*, a responsabilidade civil não deve, nem pode ser vista como um mero expediente técnico-jurídico. Na verdade, há todo um leque de princípios normativos — entre os quais avulta o princípio da responsabilidade, diretamente entroncado na personalidade livre que alicerça toda a juridicidade — que funcionam como auxiliares da tarefa interpretativa dos diversos critérios delituais, entre os quais a ilicitude, que assim pode ser densificada, na dupla transcendência por esses princípios e pelo caso concreto e as exigências que ele coloca.

A presença da ilicitude no esquema delitual parece dar resposta a duas das funções da responsabilidade civil. Por um lado, ao restringir

⁴⁹ Pense-se, por exemplo, na questão da não-aceitação da eficácia externa das obrigações.

⁵⁰ Cf., sobre o ponto, Mafalda Miranda BARBOSA, *Do nexó de causalidade ao nexó de imputação*.

⁵¹ Há, aliás, cada vez mais autores a falar de uma ideia de sistema móvel, em que cada um dos pressupostos delituais condiciona e é condicionado pelos restantes.

o ressarcimento à lesão de determinados bens jurídicos, o ilícito permite ligar o instituto a uma ideia reipercussória e de reafirmação contrafactual dos valores ofendidos; por outro lado, ao implicar um desrespeito por bens jurídicos tidos por fundamentais e, portanto, pela pessoa do outro, o lesante suporta (quando verificados os restantes requisitos) o encargo da reparação como forma, não só de compensar o lesado, mas também de atualizar dialeticamente a sua liberdade, indissociável da sua responsabilidade. Além disso, deve entender-se que a contenção dos limites da responsabilidade delitual cumpre dois propósitos. Por um lado, responde a uma exigência de justiça, para evitar hipóteses de hiper-responsabilidade. Por outro lado, visa salvaguardar princípios fundamentais do ordenamento — v.g. livre concorrência, liberdade de exercício de uma atividade económica — e a própria conformação do mercado, que tem de se compatibilizar com os princípios normativos que sustentam o modelo ressarcitório. Acresce que a adequada compreensão do modo como se realiza o direito, a afastar-se de toda e qualquer forma de positivismo, garante a constante abertura do sistema a novos valores e novos bens jurídicos que nele venham a ser integrados. Fundamental é que passem a ser objeto de um direito absoluto ou que sejam tutelados por uma disposição legal de proteção de interesses alheios.

E se não se nega que estes objetivos poderiam ser alcançados por outra via, haveremos de reconhecer duas vantagens com esta solução. Em primeiro lugar, garante-se um maior rigor dogmático, viabilizando-se a edificação de um modelo delitual coerente em que os diversos pressupostos se articulem de modo harmónico (e, como recentemente se tem reconhecido, no quadro de um sistema móvel). Designadamente, com o requisito da ilicitude conseguimos encontrar um polo de ancoragem para a resolução de problemas tão complexos como o preenchimento da responsabilidade ou a sua fundamentação em termos de imputação. Pense-se, ainda, na questão — relacionada com as anteriores — de contenção da indemnização pela atribuição dela ao titular do bem lesado⁵². Em segundo lugar, evita-se que se estenda a responsabilidade civil de acordo com fórmulas que lhe são espúrias

⁵² Evitam-se, assim, os danos em cascata. Algumas das exceções com que somos confrontados podem ainda compreender-se à luz do preenchimento da responsabilidade. Pense-se no artigo 495.º cc.

2.4. *Consequências dogmáticas da exigência de ilicitude*

A presença obrigatória da ilicitude ao nível delitual e a modelação que ela conhece tem repercussões dogmáticas evidentes, algumas das quais foram já afloradas.

Assim, em regra, não são indemnizados os danos puramente patrimoniais (bem como de outros danos. Pense-se nas dificuldades de se indemnizar o dano da perda de chance ao nível da responsabilidade aquiliana; e na impossibilidade — não só axiológica, mas também dogmática — de se indemnizarem os danos no quadro das *wrongful life actions* ou mesmo das *wrongful birth actions*, a mostrar-nos, afinal, que a ilicitude não se compagina com um pensamento formal e eticamente neutro).

Por outro lado, é crescente a importância, num sistema assim estruturado, da distinção entre a causalidade fundamentadora e a causalidade preenchedora da responsabilidade⁵³, e, nesse quadro, quer da

⁵³ Cf. TRAEGER, *Der Kausalbegriff im Straf und Zivilrecht*, Elwert, Malburg, 1904, 219; ESSER / SCHMIDT, *Schuldrecht I Allgemeiner Teil*, Teilband 1, 8 Aufl., 1995, 210 (cf. também pág. 521, afirmando que o nexó de causalidade cumpre uma função positiva de imputação e uma função negativa de delimitação dos danos); LARENZ, *Lehrbuch*, I, 432; ENNECCERUS / LEHMANN, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Recht der Schuldverhältnisse*, 15 Aufl., Tübingen: Mohr, 1958, 60; Ulrich MAGNUS, “Causation in german tort law”, in J. SPIER, ed., *Unification of Tort Law: causation, Principles of European Tort Law*, vol. 4, London / Boston: European Centre of Tort and Insurance Law / Kluwer Law International, 2000, 63; Gert BRÜGGEMEIER, *Haftungsrecht*, 545 s.; FIKENTSCHER, *Schuldrecht*, 9 Aufl., Berlin / New York: De Gruyter, 1997, 290-292 (Cf., também, FIKENTSCHER / HEINEMANN, *Schuldrecht*, 10 Aufl., Berlin: De Gruyter, 2006, 299 s.); Erwin DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht*, 2. völlig neugestaltete end erw. Aufl., Berlin etc.: Carl Heymanns 1996, 84 (considerando, ademais, que a causalidade fundamentadora da responsabilidade não necessita de ser adequada, não tendo de se verificar o requisito da adequação também ao nível das disposições de protecção de interesses alheios); Hermann LANGE / Gottfried SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts. Schadenersatz*, 3 Aufl., Tübingen: Mohr, 2003, 77 s.; Hennig LÖWE, *Der Gedanke der Prävention im deutschen Schadensersatzrecht. Die Flucht in den Geldersatz immaterieller Schäden. Zugleich eine Besprechung der Caroleine — Urteil des Bundesgerichtshofs und des Draehmpaehl — Urteil des Europäischen Gerichtshofs*, Frankfurt etc.: Peter Lang 1999/2000, (Europäische Hochschulschriften, Reihe II; Rechtsissenschaft) 106, 115 e 230 s.; Hans STOLL, *Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht. Eine Darstellung auf rechtsvergleichender Grundlage*, Heidelberg: C.F. Müller, 1993, 392 s.; Cees VAN DAM, *European Tort Law*, 270 s.; B. WINIGER et al., ed., *Digest of European Tort Law*, vol. 1, *Essential Cases on Natural Causation*, Wien / New York: Springer, 2007, 7 e 593 s.; KRAMER, “Schutzgesetze und adäquate Kausalität“, *Juristenzeitung* 31/ 11-12 (1976) 338 s., onde, estabelecendo-se a mesma distinção, o autor fala de *Folgeschäden* como sínó-

polarização da primeira na recondução da lesão do direito ou interesse ao comportamento do lesante (a significar que haverá tantas questões de fundamentação da responsabilidade quantos direitos violados), quer da necessidade de resolução do problema dos danos a indemnizar à luz da consideração do conteúdo do direito ou interesse lesado.

Por fim, a forma como se concebe o dano e algumas soluções específicas a propósito do dano ou de certos danos são ditadas pela presença imperiosa da ilicitude. E, antes disso, a própria cisão entre o que é o dano e o que é o ilícito (desvelado pelo resultado) pode tornar-se problemática e exigir respostas ponderadas por parte da doutrina⁵⁴.

3. Entre a ilicitude e o dano: a causalidade preenchedora da responsabilidade

Tradicionalmente, o nexó de causalidade era entendido de forma unívoca, estabelecendo a ligação entre a conduta ilícita e culposa e os danos sofridos pelo lesado. Fruto da boa influência sofrida de além-fronteiras, a doutrina portuguesa passou a distinguir, mais recentemente, dois nexos de causalidade. Melhor dizendo, o nexó de causalidade comunga, naquela que nos parece ser a melhor visão do problema, uma natureza binária. Lado a lado concorrem a causalidade fundamentadora da responsabilidade e a causalidade preenchedora da responsabilidade. A primeira liga o comportamento do agente à lesão do direito ou inte-

nimo de *haftungsausfüllende Kausalität*; GOTZLER, *Rechtmässiges Alternativverhalten im haftungsbegründenden Zurechnungszusammenhang*, München: Beck, 1977, 101 s.; Fritz LINDENMAIER, „Adäquate Ursache und nächste Ursache. Zur Kausalität im allgemeinen bürgerlichen Recht und in den Allgemeinen Deutschen Seeverversicherungsbedingungen“, *Festschrift für Wüstendörfer*, *Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht und Konkursrecht*, Hundertdreizehnter Band (113), 1950, 207 s., em especial p. 214 s. (distinguindo a dupla função da causalidade: *haftungsauslösender Kausalität* e *haftungsbegründende Kausalität*); Ulrich HUBER, „Normzwecktheorie und Adäquanztheorie. Zugleich eine Besprechung des Urteils des BGH v. 7.6.1968“, *Juristenzeitung* 21 (1969) 678; Gregor CHRISTANDL, „BHG, 12 febbraio 2008, VI ZR 221/06 (OLG Saarbrücken) — Responsabilità medica: causalità e onere della prova nel diritto tedesco“, *Persona e Danno*, <www.personaedanno.it/cms/data/articoli/010849.aspx>; Hein KÖTZ / Gerhard WAGNER, *Deliktsrecht*, 11. neu bearb. Aufl., München: Franz Vahlen, 2010, 59; Stephan Philipp FORST, *Grenzen deliktischer Haftung bei psychisch Vermittelter haftungsbegründender Kausalität*, München: Rechtswissenschaftliche Forschung und Entwicklung, 2000, 25-26.

⁵⁴ Outra terá sido a opção do ordenamento jurídico italiano, no qual se junta o dano e o ilícito, ao exigir-se que o facto tenha causado a outrem um dano injusto. Cf., sobre o ponto, Sinde MONTEIRO, “Responsabilidade delitual. Da ilicitude”, 455.

resse protegido⁵⁵; a segunda liga a lesão do direito ou interesse protegido aos danos consequenciais (segundo dano) verificado⁵⁶.

Resolvido que esteja, com apelo a um quadro axiológico que permite o recorte de esferas de risco, o problema da imputação da lesão do direito ou do interesse (protegido por um norma) ao comportamento do agente, a questão que resta é a de saber se um concreto dano pode ou não ser reconduzido àquela lesão. E, para tanto, haveremos de ter em consideração o direito violado ou o interesse preterido.

É inerente ao direito subjetivo absoluto um dado conteúdo patrimonial, que se traduz numa nota de utilidade. Sempre que ela não possa ser realizada, fruto da intervenção de um estranho à esfera de domínio traçado pelo direito, desenha-se um dano. Este importa a consideração da repercussão que a lesão teve, já não no titular abstratamente configurado, mas na esfera da pessoa realmente lesada, uma vez que esse impacto é variável.

Imageticamente, podemos configurar duas esferas. Uma esfera de utilidade geral — traduzida no valor patrimonial do bem objeto 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 o concreto titular da posição subjetiva 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 dano⁵⁷, podemos encontrar aqui um critério de recondução dos danos subseqüentes — dos segundos danos — ao dano evento (dano primário ou violação do direito subjetivo que, ao nível da primeira modalidade de ilicitude, assume uma posição charneira em toda a questão imputacional)⁵⁸.

A partir dele conseguimos, de facto, saber em que medida é que

⁵⁵ Problematizar-se-á, portanto, sempre que a nossa perspetiva se centre na lesão de um direito subjetivo absoluto, seja ela uma lesão primária ou subseqüente à prévia lesão de outro direito absoluto.

⁵⁶ Para outros desenvolvimentos, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, *Do nexo de causalidade ao nexo de imputação*; IDEM, *Responsabilidade civil extracontratual: novas perspetivas em matéria de nexo de causalidade*, Principia, 2014.

⁵⁷ Cf. CARNELUTTI, *Il danno e il reato*, Padova: Cedam, 1929, 256 s., afirmando que o dano não atinge o bem em si, mas a conexão da pessoa com o bem, ou seja, a relação existente entre um sujeito que tem uma necessidade e o bem apto a satisfazê-la.

⁵⁸ Assim se explica que o titular do direito à indemnização seja o titular do direito violado. Há, porém, exceções. Pense-se no artigo 495.º/3 CC. O dano indemnizável é aí correspondente ao montante da obrigação de alimentos que deixou de ser cumprida.

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. Note-se que a perda de utilidades do bem se poderá traduzir tanto no prejuízo diretamente sofrido pelo lesado (desvalorização do bem, despesas que teve de efetuar para repor a utilidade do bem, ou reparando-o ou encontrando uma alternativa que, momentaneamente ou não, satisfaça a mesma utilidade⁵⁹), como naquilo que deixou de ganhar, e incluir, ainda, o impacto não patrimonial que gerou⁶⁰. Convoca-se, portanto, a distinção entre os danos emergentes

⁵⁹ Problema interessante pode ser equacionado em relação ao que se designa por despesas preventivas. Pense-se, por exemplo, na despesa que uma empresa fez para ter um veículo de substituição que pudesse utilizar em caso de danificação do veículo de serviço. Sobre o ponto, cf. Paulo Mota PINTO, *Interesse contratual negativo*, 593, n.1700; Brandão PROENÇA, *A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputação do dano extracontratual*, Almedina, 1997, 688 s.; Maria da Graça TRIGO, *Responsabilidade civil*, 67. Veja-se, ainda, sobre o ponto a regulamentação da matéria nos *Principles of European Tort Law* e no *Draft Common Frame of Reference*.

⁶⁰ A problemática dos danos extrapatrimoniais foge, porém, à tentativa de captação do fenómeno dano à luz do que ficou conhecido pela teoria da diferença.

Note-se que neste impacto pode incluir-se também o que geralmente vai conhecido por frustração de despesas, isto é, aquelas situações em que a pessoa fez um determinado investimento que não vai aproveitar, porque o bem acabou lesado.

A questão do desaproveitamento de despesas levanta, contudo, maiores problemas, que têm sido evidenciados pela doutrina. Muitas são as dúvidas apontadas pelos autores a este propósito. Sobre o ponto, cf. LARENZ, “Zur Abgrenzung des Vermögensschadens vom ideellen Schaden”, *Versicherungsrecht*, 1963, 313; Paulo Mota PINTO, *Interesse contratual*, 515; Hermann LANGE / Gottfried SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts, Schadensersatz*, 3. Aufl., Tübingen: Mohr, 2003, 255 s.; Júlio GOMES, “O dano da privação do uso”, *Revista de Direito e Economia* 12 (1986) 231 s.; Gomes da SILVA, *O dever de prestar*, 117 s.; KEUK, *Vermögensschaden und Interesse*, Röhrscheid, 1972, 241 s. Na verdade, levantam-se, desde logo, dúvidas no tocante à causalidade, já que a despesa se realiza antes do evento lesivo. A este ensejo, Paulo Mota Pinto evidencia que esta crítica pode ser contornada, com uma modificação de perspectiva — a causalidade estabelecer-se-ia com a perda do equivalente e conseqüente desaproveitamento de despesas, que são posteriores ao evento lesivo. Para o autor, aliás, não seria também decisiva a crítica que relembra que as despesas desaproveitadas teriam sido efetuadas voluntariamente, já que elas não haviam sido queridas enquanto frustradas ou desaproveitadas — cf. Paulo Mota PINTO, *Interesse contratual*, 521. O problema redonda em saber, portanto, se o ordenamento jurídico protege, em termos indemnizatórios, o interesse nos fins prosseguidos pelo lesado, que se veem frustrados, e que se mede pelo valor dos gastos que realizou para obter tal fim. Consoante nos diz Paulo Mota Pinto, “no domínio delitual, falta uma objetiva situação ou hipótese de confiança e o círculo das expectativas a proteger e, portanto, o dever de indemnizar não pode ser delimitado antecipadamente, variando de sujeito para sujeito” — cf. *ibid.*, 521. Outros autores mostram-se muito receosos de uma subjetivação desmedida a este nível. Nesse sentido, cf. CANARIS,

e os lucros cessantes e, com o que ficou dito, rememora-se, embora não de forma coincidente com a dicotomia entre o dano evento e o dano subsequente, a lição tradicional que cinde o dano real (“a perda *in natura* que o lesado sofreu, em consequência de certo facto, nos interesses (...) que o direito violado ou a norma infringida visam tutelar”; “a lesão causada no interesse juridicamente tutelado, que reveste as mais das vezes a forma de uma destruição, subtração ou deterioração de certa coisa material ou incorpórea”⁶¹) e o dano patrimonial (“o reflexo do dano real sobre a situação patrimonial do lesado”⁶²)⁶³.

O último medir-se-ia, “em princípio, por uma diferença: a diferença entre a situação real atual do lesado e a situação hipotética em

“Äquivalenzvermutung und Äquivalenzwahrung im Leistungsstörungenrecht des BGB”, *Festschrift für Herbert Wiedemann*, Munique: Beck, 2002, 28 s.; Hermann LANGE / Gottfried SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts*, 258; Erwin DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht*, 2. völlig neugest. und erw. Aufl., Köln etc.: Carl Heymanns 1996. Deutsch a este propósito considera que se corre o risco de indemnizar despesas arbitrárias, restringindo, portanto, o seu ressarcimento ao dano da privação do uso ou outro dano em coisas.

Pensamos que o problema do desaproveitamento das despesas deve encontrar resposta no quadro do preenchimento da responsabilidade. A despesa terá de dizer respeito à utilidade perdida (fim frustrado), que, por seu turno, se terá de reconduzir à utilidade geral potenciada pelo direito que foi violado. Assim, a destruição de um automóvel, que impede a pessoa de se deslocar a um concerto cujo bilhete já tinha adquirido, não deve permitir a indemnização da despesa em causa — o fim frustrado a que a utilidade diz respeito não é uma das utilidades viabilizadas pelo direito de propriedade sobre um automóvel. Já a lesão da integridade física do sujeito deve permitir o ressarcimento do desaproveitamento de tal despesa. É que o direito à integridade física integra em si a faculdade de a pessoa se deslocar e fruir de um espetáculo; já o direito de propriedade sobre um automóvel não integra, na sua utilidade, o potencial de fruição de um concerto. Mas já seria indemnizável a despesa que o sujeito que vê a sua casa destruída por um incêndio fez ao contratar, um mês antes, a pintura das paredes da sua sala, uma vez que a despesa efetuada se insere no quadro de utilidade potenciado pelo direito de propriedade sobre o imóvel. Em certa medida, rememorar-se-ia o critério restritivo avançado por Deutsch, embora com uma fundamentação diversa (e, portanto, com potencialidades diversas, designadamente ao nível da integridade física).

Numa outra perspetiva, poder-se-á pensar na eventualidade de se configurar o dano da frustração de despesas, não porque traduzido numa despesa em si mesma, mas quando configurável como a frustração de uma necessidade intelectual ou espiritual, como um dano não patrimonial.

⁶¹ Cf., por todos, Antunes VARELA, *Das obrigações*, 598.

⁶² Cf., uma vez mais, Antunes VARELA, *Das obrigações*, 598.

⁶³ A convocação da lição tradicional torna-se, a este nível, imprescindível para se perceber em que medida o modelo por nós proposto dá ou não resposta a algumas das inquietações que aquela traz a lume.

que ele se encontraria, se não fosse o facto lesivo”⁶⁴. O critério, assente na hipótese da diferença, acabaria por se revelar, contudo, “um conceito inadequado de dano e um método insuficiente para a sua determinação, que escondia as considerações teleológicas ou valorativas decisivas”⁶⁵. Foram sobretudo questões como a perspetivação contabilística do dano (a levantar problemas acrescidos à indemnização de danos como o dano da perda de uso), como a da relevância da causa virtual ou da compensação de vantagens (“determinada decisivamente por pontos de vista valorativos que a hipótese da diferença deixa escapar”⁶⁶) que justificaram o olhar crítico sobre a fórmula que, desde Mommsen, foi assumida genericamente para efeitos de determinação do dano⁶⁷.

Creemos, aliás, que é ao impor-se, por meio dela, a comparação de situações patrimoniais globais que o jurista esbarra em dificuldades acrescidas, entre as quais se conta o tópico da causalidade. Ora, a

⁶⁴ Antunes VARELA, *Das obrigações*, 599. Para uma análise dos termos postos em comparação de acordo com a fórmula da diferença, cf., por todos, Pereira COELHO, *O problema da causa virtual na responsabilidade civil*, Almedina, 1998, 196 s.

⁶⁵ Cf. Paulo Mota PINTO, *Interesse contratual negativo*, 810.

⁶⁶ Cf. Paulo Mota PINTO, *Interesse contratual negativo*, 803.

⁶⁷ Foi nas conclusões de Paulo Mota Pinto, a propósito da “fórmula da diferença”, que colhemos diretamente a síntese crítica acerca do critério. Cf., do autor, *Interesse contratual negativo*. Note-se que o civilista não sustenta a rejeição em bloco da doutrina mommseniana. Cf. p. 814/815.

Para outras considerações acerca da teoria da diferença, cf. Gerhard WAGNER, *Neue Perspektiven im Schadensersatzrecht — Kommerzialisierung, Strafschadensersatz, Kollektivschaden*, München: Beck, 2006, 12 s.; Hans FISCHER, *A reparação do dano no direito civil*, trad. Ferrer Correia, Coimbra, 1983, 24 s., também citados pelo autor.

Entre nós, ela é defendida por Pereira COELHO, *O problema da causa virtual na responsabilidade civil*, Almedina, 1998, 194 s.; IDEM, “O nexó de causalidade na responsabilidade civil”, *Boletim da Faculdade de Direito*, suplemento IX, 1951, 161; Vaz SERRA, “Obrigação de indemnização. Colocação. Fontes. Conceito e espécies de dano. Nexó causal. Extensão do dever de indemnizar. Espécies de indemnização. Direito de abstenção e de remoção”, *Boletim do Ministério da Justiça* 84 (1959) 13 s.; Antunes VARELA, *Das obrigações em geral*, I, 599 e 907; Rui de ALARCÃO, *Direito das obrigações*, Coimbra, 1983, 273 s.; Almeida COSTA, “Reflexões sobre a obrigação de indemnização. Confrontos luso-brasileiros”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência* 3931-3932: 297 s.; Pinto MONTEIRO, *Cláusulas Limitativas e de Exclusão da Responsabilidade Civil*, Coimbra: Almedina, 2003, 91 s.; IDEM, *Cláusula penal e indemnização*, Coimbra: Almedina, 1999, 29 e s.; Menezes LEITÃO, *Direito das Obrigações*, I, 420 (onde podemos encontrar uma análise das limitações da referida doutrina, em atenção aos danos não patrimoniais, aos danos futuros, aos casos em que a indemnização possa ser fixada em montante inferior aos danos causados, e aos casos em que os danos têm uma natureza continuada).

Cf., a este ensejo, Martin GEBAUER, *Hypothetische Kausalität und Haftungsgrund*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2007, 7.

partir do momento em que a questão imputacional fica solucionada a montante, e a partir do momento em que o esquema delitual se estrutura com base no direito subjetivo absoluto, podemos encontrar uma baliza que delimite o cotejo patrimonial. Ela passará exatamente pela consideração da esfera de possibilidades aberta pela titularidade daquele direito. Será, aos nossos olhos, dentro desse círculo que se jogarão as coordenadas básicas da determinação da indemnização⁶⁸. No fundo, aproximamo-nos em certa medida da lição de Wilburg que fala de dois círculos que se intersectam de modo a, nesse jogo, estabelecerem o ressarcimento⁶⁹.

⁶⁸ Em sentido crítico, cf. Pereira COELHO, *O problema da causa virtual*, 195, n. 42. Sustenta o autor que “a frustração de um fim tem de ser suposta, se o direito não quiser renunciar à sua praticabilidade, em toda a diminuição do património. Dizer, pois, que todo o dano envolve a frustração de um fim só pode ser exato se esta proposição se entender no sentido de que todo o dano envolve objetivamente a frustração de um fim ou de vários fins do lesado. Para o direito, eu sofro um dano se alguém destrói um objeto que me pertence, pois ele faz parte do meu património; e isto ainda que porventura eu desconheça a existência desse objeto no meu património e nenhuma frustração de fins se deixe provar concretamente”. A nota essencial do dano encontrar-se-ia, para o insigne civilista, na diminuição patrimonial. Acresce que, para ele, não seria viável, à luz do que expende, determinar o dano com base na intersecção de círculos a que se alude. E as suas palavras não deixam de ecoar nos ouvidos de quem, como nós, propõe a interpretação expendida em texto. Na verdade, não podendo deixar de considerar que continua a existir um dano mesmo em casos de desconhecimento da lesão e, portanto, em casos em que nenhum interesse — em concreto — parece ser posto em causa, resta a dúvida se continuará a ser viável resolver o nosso problema pelo cotejo entre o valor objetivo do direito (o círculo de utilidades que ele, em geral e abstrato, dispensa) e os interesses que o lesado deixou de poder satisfazer. Não cremos, porém, que o argumento seja decisivo. Em primeiro lugar, ficando a concessão da indemnização dependente do impulso processual do lesado, sempre se haverá que concluir que, no momento processualmente relevante para a determinação do montante ressarcitório, o lesado já terá tido conhecimento quer do direito violado, quer do dano concretamente sofrido. Em segundo lugar, ainda que ele não tivesse qualquer interesse presente na utilização das potencialidades viabilizadas pelo bem objeto do direito, sempre reservaria o interesse de, um dia, poder alienar aquele direito, pelo que, em última instância, os dois círculos coincidiriam, sendo o montante do dano correspondente ao valor objetivo do bem lesado. Em última instância, poder-se-á configurar um caso em que existe lesão e não existe dano.

⁶⁹ Cf. Walter WILBURG, “Zur Lehre von der Vorteilsausgleichung”, *Jehring's Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts* 81 (1931) 128. Cf., ainda, Paulo Mota PINTO, *Interesse contratual*, 810 (que também aflora o problema e recorre às mesmas fontes bibliográficas, falando de uma noção bipartida ou dualista de dano, que cinge um dano direito ou imediato, correspondente ao valor objetivo ou comum, que seria o dano mínimo — *Mindestschaden* — e o dano indireto ou mediató); Robert NEUNER, “Interesse”, 290 s. Neuner distingue o dano direito do dano

A é proprietário de um automóvel. Pode usá-lo, fruí-lo ou dispor dele livremente⁷⁰. B destrói-o. A ilicitude do seu comportamento é desvelada na violação do direito dotado de eficácia *erga omnes* e vem a significar, então, que B não conformou a sua conduta com o respeito devido à esfera de autonomia alheia, atuando antijuridicamente. Acresce que B atuou com culpa, tendo, inclusivamente, agido intencionalmente. A esta imputação subjetiva, fundada no carácter culposo do seu comportamento, alia-se uma imputação objetiva, afevida segundo o esquema por nós proposto⁷¹. Mas a imputação não é a imputação do comportamento ilícito a B, porque, bem vistas as coisas, a ilicitude é apenas a marca com que se chancela uma conduta. A imputação de que se cura liga o comportamento tido como ilícito a um resultado, em termos tais que se possa afirmar que este lhe pertence. O resultado é a destruição do automóvel que, em si mesmo, é um dano real, porque traduzido, afinal, na impossibilidade de retirar do bem a utilidade para que o mesmo foi concebido. Essa perda de utilidade refrate-se numa série de pequenas repercussões. Como estabelecer, então, a conexão? Segundo um critério funcional. O direito de propriedade desenha um círculo de interesses que com ele podem ser satisfeitos. Dentro desse círculo encontramos um mais pequeno, homocêntrico, identificando os interesses que, em concreto, aquele proprietário costuma ou quer satisfazer com o seu bem. Deixando de o fazer, sofre um prejuízo. Tendo de os satisfazer por outra via, sofre outro prejuízo. Acresce que o núcleo central agregador das nossas esferas é um ponto determinado, representado pelo objeto do direito que projeta aquelas zonas de utilidade, abstrata e concreta, ao qual é atribuído um determinado valor patrimonial.

Para estabelecer a subtração comparativa a que se alude, não temos de hipotizar uma qualquer situação, dependente do curso virtual dos acontecimentos, mas antes olhar para o que em concreto o direito potenciaría ao seu titular (fruto da recondução do seu interesse

indireto. O primeiro é avaliado objetivamente, tendo em conta o valor real do bem lesado, e constituiría o patamar mínimo da indemnização. O segundo correspondería ao interesse, para o qual valeria uma avaliação concreta do dano. A dicotomia não deixa de ser importante, designadamente para saber se a indemnização pode ou não ser inferior ao valor objetivo do bem lesado. Cf. *ibid.*, 277 s., designadamente tendo em conta uma ideia de sanção e tendo em conta que o valor do bem faria já parte do património do lesado que, mesmo que não tivesse interesse nele, poderia sempre aliená-lo. Numa perspetiva crítica, cf. Pereira COELHO, *O problema da causa virtual*, 191, nota 36 e 192, nota 37.

⁷⁰ Cf. artigo 1305.º cc.

⁷¹ Cf. Mafalda Miranda BARBOSA, *Do nexó de causalidade ao nexó de imputação*.

específico ao núcleo de faculdades que compõem o seu conteúdo) e o que ele potencia: a pessoa não consegue satisfazer a necessidade, a pessoa tem de lançar mão de outros mecanismos alternativos para o fazer, tendo com isso despesas, a pessoa tem de reparar o bem objeto do direito, a pessoa deixa de obter uma vantagem que era assegurada por aquele direito⁷². Esta é a situação patrimonial do lesado, que deve ser fixada no último momento processualmente possível. A situação que a vítima teria se nessa data não existissem 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.

Quer isto dizer que se dispensa, assim, um novo olhar sobre a fórmula da diferença consagrada no artigo 566.º/2 CC, quando em causa esteja a lesão de um direito subjetivo absoluto⁷³.

⁷² Alguns autores preocupam-se em distinguir o lucro cessante das perdas de vantagens resultantes do uso da coisa — nesse sentido, cf. a chamada de atenção de Paulo Mota PINTO, *Interesse contratual*, 1088, nota 3058. Veja-se, a este propósito, a posição de Gomes da SILVA, *O dever de prestar*, 74 s., que falava de danos emergentes, de gastos extraordinários, de desaproveitamento de despesas e de lucros cessantes.

O lucro cessante é caracterizado como “os benefícios que o lesado deixou de obter em consequência da lesão”, nos termos do artigo 564.º CC, preceito que estabelece a indemnizabilidade de tais danos. Há, contudo, exceções (embora reveladas apenas no contexto contratual — cf. artigos 899.º, 900.º/2, 909.º, 910.º/2 CC) a esta regra, razão pela qual importa distinguir os danos emergentes dos lucros cessantes. Para uma consideração da importância prática da distinção, cf. Paulo Mota PINTO, *Interesse contratual*, n. 3061).

Para o acompanhamento da distinção operada pelos diversos autores, cf. Antunes VARELA, *Das obrigações em geral*, I, 599 s. (considerando que o dano emergente compreende o prejuízo causado nos bens ou nos direitos já existentes na titularidade do lesado à data da lesão e que o lucro cessante abrange os benefícios que o lesado deixou de obter por causa do facto ilícito, e recusando que o lucro cessante pressuponha já a existência, no momento da lesão, de um direito ao ganho que se frustrou); Pereira COELHO, *O problema da causa virtual na responsabilidade civil*, 91 s., n. 43 e 240, n. 19; Pessoa JORGE, *Ensaio, sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Coimbra: Almedina, 1999, 378 s.; Rui de ALARCÃO, *Direito das obrigações*, Coimbra, 1983, 229 s.; Almeida COSTA, *Direito das Obrigações*, 12.ª ed., Coimbra: Almedina, 2009, 546; Paulo Mota PINTO, *Interesse contratual*, 1089 s., dando-se preferência a um critério jurídico em detrimento de um critério económico (que levaria “a um alargamento da noção de dano emergente de forma a incluir todas as utilidades futuras e simples expectativas de aquisição”); Menezes CORDEIRO, *Direito das obrigações*, II, 295 s.; Menezes LEITÃO, *Direito das obrigações*, I, Coimbra: Almedina, 2009, 345 s.; Pedro Romano MARTINEZ, *Direito das obrigações, Apontamentos*, Lisboa, 2004, 102; Inocêncio Galvão TELLES, *Direito das Obrigações*, 7.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2010, 377; Ribeiro de FARIA, *Direito das Obrigações*, I, Coimbra: Almedina, 2003, 482 s.

⁷³ Cf., a este propósito, Menezes CORDEIRO, *Tratado*, II/III, 728, considerando que, independentemente da diferença que se entenda ver consagrada no artigo

A causalidade virtual deixa de ser questionada: é claro que há uma hipótese que tem de ser construída, mas essa é edificada tendo em conta o jogo de esferas de interesses de que falámos.

Assim, há que, em primeiro lugar, saber se os prejuízos experimentados — os danos consequenciais que se verificam — podem ou não ser reconduzidos à violação do direito subjetivo absoluto. Cremos que a compreensão deste sob a ótica do interesse/utilidade, ainda que em termos definitórios se não adira à conceção de Ihering, nos dota de um importante expediente categorial no sentido de cumprir o nosso desiderato. Há que ser, contudo, cautelosos. Na verdade, não podemos com isto correr o risco de funcionalização do direito, pelo que o juízo a encetar há-de basear-se em duas grandezas: por um lado, olhamos para as faculdades inerentes ao tipo subjetivo em causa; por outro lado, olhamos para o concreto interesse do lesado (a utilidade particular), para depois concluir se a utilidade perdida se integra ou não no círculo de utilidades potenciadas pelo direito⁷⁴. Neste jogo

566.º cc (diferença entre a situação hipotética atual, se não houvesse dano, e a situação atual com o dano), é necessário atender à concatenação entre a obrigação de indemnizar e as regras da imputação, sob pena de se chegar a resultados indefensáveis. É certo que nos afastamos do autor, na medida em que adere aqui explicitamente à causalidade adequada, mas não deixa de ser relevante a consideração da ligação entre o sentido da imputação de que se parte e o entendimento que devemos derramar sobre a teoria da diferença.

⁷⁴ Maiores dificuldades podem, ainda, ser experimentadas quando lidamos com a violação de direitos de personalidade ou, em geral, de direitos de natureza pessoal. Elas resultam dessa reconhecida natureza, de representarem tais direitos aquilo que Orlando de Carvalho considerou ser uma subjetivação do próprio poder de autodeterminação do ser humano ou, e mergulhando agora no patamar dialógico em que nos temos vindo a enredar, de não possuírem eles um conteúdo de destinação patrimonial perfeitamente desenhado, ainda que apresentem uma refração patrimonial. Mas, ao mesmo tempo que se salva o critério, não podemos deixar de ser induzidos a outro tipo de esclarecimentos. Que valem por referência a qualquer direito e que se galvanizam no cotejo com os direitos de personalidade. Na verdade, não se esgotam os direitos subjetivos — quer absolutos, quer relativos — nesta nota de utilidade. Há uma dimensão axiológica fundamentante que é inapagável. Inultrapassável no que tange aos direitos de natureza pessoal, não fosse o seu reconhecimento pelo ordenamento jurídico determinado pela dignidade do ser humano; inolvidável ainda no que concerne aos direitos matricialmente patrimoniais, fruto do alicerce que ostentam. Por isso, é natural que da sua lesão resultem consequências que não se esgotam na repercussão negativa da não satisfação do interesse que lhe subjaz. Ultrapassando-as em muito, há toda uma panóplia de danos que, não tendo tradução monetária, se produzem. Falamos dos danos não patrimoniais, aqueles que, não sendo suscetíveis, pela sua natureza, de reparação, podem ainda ser compensados. Não se aplicando a estes danos a chamada teoria da diferença, ou fórmula da diferença, não podemos deixar de perceber que a ligação entre a titularidade do direito

comparatístico, pode acontecer que haja, da parte do titular da posição jus-subjetiva vantajosa, um interesse específico que ultrapasse a comum utilização que se faz do bem. Desde que não extrapole as faculdades inerentes ao conteúdo do direito, a não realização do interesse não pode deixar de ser vista como um dano reconduzível ao evento lesivo. No fundo, o que se pretende dizer é que a ponderação probabilística típica do critério da adequação cede lugar a um juízo funcional de pertinência à esfera de influência do direito.

Pode, contudo, suceder que — de acordo com as idiossincrasias da situação *sub iudice* — a utilidade perdida, integrante das faculdades pertencentes ao conteúdo do direito absoluto, não possa ser fruída pelo seu titular, ou porque não tem interesse concreto nisso, ou porque outras circunstâncias exteriores àquele âmbito de domínio não o permitem. Neste caso, o decidente poderá chegar à conclusão acerca da inexistência do próprio dano. Lidando-se, aqui, com o problema da avaliação deste, diremos que a solução para ele passa por uma ideia de concretude⁷⁵.

e a dignidade da pessoa humana em nome da qual ela é reconhecida ou atribuída nos permite estabelecer, não por via da utilidade, mas por via da dimensão valorativa da componente jus-subjetiva, a ligação entre a violação do direito e o sofrimento, a angústia, o medo, as dores, o padecimento que a pessoa venha a sofrer. Repare-se que a compensação dos danos não patrimoniais é determinada segundo critérios de equidade e que o que aqui estamos a questionar é tão-só o modo de serem reconduzidos ao núcleo de influência do direito absoluto violado. Não pode essa recondução ser estabelecida de acordo com as utilidades do objeto do direito, pelo que haverá de considerar-se que qualquer direito, porque instrumento de realização da personalidade de cada um, quando violado, potencia o aparecimento de danos de tipo não patrimonial. Parte-se, pois, de uma noção de homem médio para perceber se o impacto que se invoca é ou não razoável atento aquele padrão ou se é o resultado de uma especial debilidade psicológica da vítima.

Sublinhe-se, ainda, que estes danos não patrimoniais resultam — ou podem resultar — quer da lesão de direitos de natureza pessoal, quer da lesão de direitos de natureza patrimonial [Sobre eles, numa perspetiva um pouco distante da ortodoxia continental, cf., sob o mote dos *hedonic losses* e da problemática dos *illusory losses*, a que somos conduzidos pela dificuldade de valoração dos danos não patrimoniais, Cass R. SUNSTEIN, “Illusory losses”, *John M. Olin Law & Economics Working Paper* n.º 340, Chicago, 2007, <<http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html>>]. Relativamente aos primeiros, mormente no que tange aos direitos de personalidade, emergem, como referido, problemas acrescidos, que passam inclusivamente pela própria problemática acerca da configuração daqueles direitos de personalidade.

Mais se refira que a referência à dimensão axiológica — e não meramente utilitarista — do direito subjetivo é incontornável.

⁷⁵ Haverá, nestas hipóteses, que ponderar a possível existência de um dano mínimo. Sobre o ponto, cf. o que ficou dito *supra*.

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 efetiva utilização que o lesado lhe tinha destinado. É esta intersecção de interesses — objetivamente considerado e subjetivamente titulado — que nos oferecerá os contornos do dano indemnizável.

Estas considerações são importantes para conseguirmos lidar com algumas situações problemáticas.

4. Dano mínimo e dano da privação do uso

Questões como a do dano mínimo⁷⁶ são, de acordo com este entendimento, problemáticas. Intimamente ligada ao problema da avaliação do dano em abstrato ou em concreto, a noção vem determinar a imposição de uma obrigação ressarcitória a partir do momento em que se constate a lesão do direito ou do interesse, ainda que não se consiga apurar em concreto um dano. Ora, parece decorrer da necessária separação entre a ilicitude e o dano e da não verificação, em concreto, do preenchimento da responsabilidade a proscricção de tal ressarcimento.

Idêntica valoração deve ser feita a propósito do dano da privação do uso. A figura do dano da privação de uso foi pensada para dar resposta a situações em que a pessoa ficou privada da coisa, objeto da sua propriedade, e não a substituiu por outra, sofrendo os inconvenientes da impossibilidade de a usar. Repare-se que não estamos aqui a questionar o dano que se traduz nas despesas que o lesado tem de suportar para satisfazer as suas necessidades que outrora encontravam resposta na utilização da coisa. Em causa não estão, por exemplo e na sequência da danificação de um veículo automóvel, as despesas suportadas com o aluguer de outro automóvel ou com o pagamento de transportes públicos; está sim a pura impossibilidade de usar o bem, que faz com que o seu proprietário tenha de andar a pé durante alguns dias, ou, e dito de outro modo, nas hipóteses em que se verifica a violação do direito de propriedade (ou o incumprimento contratual) e nas quais o único dano que adveio ao lesado foi a impossibilidade temporária de utilizar a coisa, objeto da lesão, podemos considerar

⁷⁶ Cf. Walter WILBURG, “Zur Lehre von der Vorteilsausgleichung”, *Jherings Jahrbücher*, 81, 1931, 132 s

ou não a privação do uso como um dano autónomo e patrimonial suscetível de indemnização⁷⁷?

Como se percebe, a partir deste enunciado simples, a admitir-se a indemnização do dano da perda de uso, fica ferida, enquanto critério definatório do dano, a teoria da diferença. O dado não nos deve, contudo, preocupar. Em primeiro lugar, a teoria da diferença tem sido recusada como expediente de definição do dano, embora os autores continuem a recorrer a ela para efeitos do cálculo da indemnização⁷⁸; em segundo lugar, o próprio modo como compreendemos a teoria da diferença mostrar-nos-á que nenhum obstáculo há a esse nível para a compensação do dano da privação de uso.

A dificuldade anunciada foi reconhecida pelos autores e tentou ser colmatada pela construção tripartida do dano: a par dos danos patrimoniais e dos danos não patrimoniais, autonomizar-se-ia um *tertium genus*, no qual se incluiria, exatamente, o dano da perda de uso⁷⁹. Repare-se, aliás, que o recurso a tal posição eclética se justificaria por uma outra ordem de razões. Na verdade, a perda de uso pode configurar um inconveniente suscetível de avaliação pecuniária ou pode, dependendo da ligação da coisa ao seu proprietário que dela ficou privado, configurar um dano não patrimonial⁸⁰.

⁷⁷ Acerca da nota de temporalidade que anda associada ao dano da privação do uso, cf. Maria da Graça TRIGO, *Responsabilidade civil — Temas especiais*, UCP, 2015, 65 s., dando conta de que, embora o dano da privação do uso seja pensado para situações temporárias, o STJ tem arbitrado indemnizações pela privação do uso no caso de perda total do veículo (v.g. Ac. STJ 9/3/2010) e explicando a razão de ser de tal solução. Na verdade, consoante esclarece, como o regime do seguro de responsabilidade civil automóvel determina o cálculo da indemnização não de acordo com o artigo 566.º CC, mas de acordo com o artigo 41.º/2 e 3 DL n.º 291/2007, pode não ser ressarcida a privação do uso.

⁷⁸ Para um elenco das críticas que têm sido apontadas à teoria da diferença, cf. Paulo Mota PINTO, *Interesse contratual negativo*, 522 s e 565 s.

Repare-se que ao nível do cálculo da indemnização a teoria da diferença também comporta dificuldades várias quando confrontados com a questão da privação de uso. Sobre o ponto, cf. Maria da Graça TRIGO, *Responsabilidade civil*, 57 s., considerando a hipótese em que é possível, com base na teoria da diferença, fixar a indemnização devida ao lesado pela perda de um veículo, mas em que aquele passa a gastar menos usando um meio de transporte mais económico. Nessas hipóteses, a autora aventa a possibilidade de haver quem defenda que não deve haver uma indemnização, em nome da compensação de vantagens. Assim, a autonomização do dano da privação do uso afigurar-se-ia como imprescindível.

⁷⁹ Cf. Paulo Mota PINTO, *Interesse contratual negativo*, 579 s.

Houve quem procurasse configurar o dano como um dano não patrimonial, escapando assim à aplicação da teoria da diferença.

⁸⁰ Pense-se que o dano da privação do uso implica a privação temporária

O dano da privação do uso tem sido aceite de forma mais ou menos generalizada pela doutrina e jurisprudência⁸¹. Isto não significa, porém, que haja unanimidade entre os autores no tocante aos contornos que o mesmo há-de apresentar. Assim, juristas como Menezes Leitão sustentam que o dano da privação do uso é sempre um dano indenizável, já que o mero uso constitui uma vantagem suscetível de avaliação pecuniária que, se for suprimida, tem um impacto negativo na esfera do titular do direito⁸². Ao invés, Paulo Mota Pinto aduz que “o dano só se concretiza ao nível das privações concretas das vantagens que a coisa proporciona e não antecipadamente ao nível da perturbação (ilícita) das possibilidades abstratas de uso que resultam para o proprietário derivadas do *ius utendi et fruendi* inerente ao direito de propriedade”. Assim, “o dano da privação do uso ressarcível é a concreta e real desvantagem resultante da privação do gozo, e não logo qualquer perda da possibilidade de utilização do bem, a qual pode não ser concretizável numa determinada situação”⁸³⁻⁸⁴.

Ora, porque o dano não se confunde com a ilicitude, e porque o preenchimento da responsabilidade nos insta a um confronto entre a esfera de utilidade geral do bem e a esfera de utilidade particular dele, a autonomização da figura do dano da privação do uso não pode senão passar pela adesão a esta última posição. Na verdade, não é a simples impossibilidade de usar que está em causa, mas a impossibilidade de se satisfazer por essa via uma necessidade concreta⁸⁵.

ria. Colocar-se-ia, portanto, um problema em sede de indemnização do dano, já que ele podia não assumir a gravidade que o artigo 496.º exige para determinar a compensação do mesmo.

⁸¹ Para um elenco de decisões que se mostram favoráveis à indemnização da privação de uso, cf. Maria da Graça TRIGO, *Responsabilidade civil*, 59 (Ac. STJ de 8/10/2009; 29/4/2010; 28/9/2011; 8/5/2013). Veja-se, ainda, pela pena da autora, a referência a decisões de sentido contrário (Ac. STJ 6/5/2008; 30/10/2008; 19/11/2009; 21/4/2010; 4/7/2013)

⁸² Menezes LEITÃO, *Direito das Obrigações*, I, 301 e 348. Veja-se, ainda, Abrantes GERALDES, *Temas da Responsabilidade Civil*, I, *Indemnização do Dano da Privação do Uso*, Coimbra: Almedina, 2007.

⁸³ Paulo Mota PINTO, *Interesse contratual negativo*, 594-596. Veja-se, ainda, pág. 590, onde o autor aproxima o dano da privação do uso de um lucro cessante.

⁸⁴ Há autores que sustentam que o dano da privação do uso só tem relevância quando ele se projete num determinado dano emergente ou num lucro cessante. Esta posição, contudo, acaba por negar a autonomização da figura.

⁸⁵ Cf. Maria da Graça TRIGO, *Responsabilidade civil*, 61, dando conta da posição intermédia na matéria, que não admite a indemnização do dano em abstrato, impondo a prova da ocorrência de danos concretos, mas admite a sua prova por presunção. Por exemplo, no tocante a um veículo automóvel, exigir-se-ia a prova de que o lesado usava o automóvel diariamente. Em rigor, a dificuldade de prova dos

5. O dano da perda de valor

Igualmente interessante para ilustrar a separação que se estabelece entre a ilicitude e o dano e o jogo de intersecção de esferas de utilidade ao nível do preenchimento da responsabilidade é a consideração do dano da perda de valor. O problema pode, porém, colocar-se em duas perspetivas.

Em 17 de Agosto de 2006, o *Landgericht* de Berlin pronunciou-se sobre um caso com os seguintes contornos problemáticos⁸⁶: um determinado sujeito, pretendendo vender uma pintura cuja autoria pensava ser de um artista famoso, tem a expectativa de cobrar por ela 25 mil euros. Contudo, quando um outro sujeito a analisa, como perito, considerou que não se tratava de um original, mas de uma cópia. O estabelecimento onde o referido quadro ia ser vendido recusou-se a recebê-lo, apesar de o proprietário continuar a reivindicar a genuinidade da obra. O grande problema, como sublinham Martens e Zimmermann, é o de saber até que ponto é que o direito de propriedade pode ser afetado por falsas informações, como no caso⁸⁷. As hipóteses controversas não se limitam, contudo, aos casos de falsas ou incorretas informações. Na Bélgica, o *Burgerlijke Rechtbank Kortrijk*, na decisão de 7 de Junho de 2002, lidou com uma situação com uma intencionalidade problemática diversa: em causa estava a construção de um bloco de apartamentos nas proximidades de duas casas, cujo valor decresceu consideravelmente. Acresce que, *in concreto*, os proprietários perderam a possibilidade de usar a coisa objeto do seu direito. O Tribunal veio, então, aceitar a possibilidade de se indemnizarem autonomamente os danos resultantes da depreciação dos imóveis, que já incluíam a perda de uso daqueles, admitindo-se, desta feita, um dano na propriedade que não envolva alterações materiais da coisa⁸⁸. Na Dinamarca, o *Højesteret*, numa decisão de 13 de Agosto de 1998, lidou com uma situação análoga. Depois de A ter adquirido a propriedade de um imóvel, o município instalou uma linha de alta

danos concretamente experimentados esteve também na génese da problematização do dano da privação do uso.

⁸⁶ In Benedict WINIGER/ Helmut KOZIOL/ Bernhard A. KOCH/ Reinhard ZIMMERMANN, *Digest of European Tort Law*, II, *Essential Cases on Damages*, De Gruyter, 2012, 388 s., com comentário de S. Martens e R. Zimmermann.

⁸⁷ S. MARTENS / R. ZIMMERMANN, *Digest of European Tort Law*, II, 388.

⁸⁸ *Digest of European Tort Law*, II, 396

tensão junto da casa. Em virtude da suspeita de ligação causal entre a presença das referidas linhas e o desenvolvimento de doenças do foro oncológico, o valor da casa comprada diminuiu drasticamente. O tribunal condenou o município ao pagamento de uma indemnização⁸⁹.

Percebe-se, por isso, que, a este nível, se torne fundamental discernir quando é que há violação do direito de propriedade. Devemos ficar presos à lesão material da coisa? Como refere Sinde Monteiro⁹⁰, “não deixa de ser isento de dificuldades o traçar de uma fronteira com a violação do direito de propriedade, sobretudo nestes casos em que a perturbação não se traduz numa agressão à substância da coisa, nem ao proprietário é retirada a respetiva posse ou ela é usada por um terceiro, mas em que através do comportamento deste apenas são tocados os pressupostos externos sem os quais a coisa não pode ser utilizada de acordo com o fim a que se destina, portanto principalmente nas hipóteses em que se verifica um impedimento temporário do uso da coisa”⁹¹. Considerando que o direito de propriedade inclui entre as faculdades que o caracterizam o poder de usar a coisa, não poderemos deixar de entender que a atuação sobre os pressupostos externos do direito que impeçam a sua utilização constitui uma violação do mesmo. Do mesmo modo, haveremos de considerar que um comportamento que impeça ou dificulte, por algum modo, a transmissão da propriedade, pondo em causa a faculdade de dispor da coisa, é ilícito. Mas para tanto exige-se um mínimo de incidência sobre aquela, ainda que não configurada como lesão material da mesma⁹². Ora, é essa incidência que parece estar ausente em muitas das situações proble-

⁸⁹ *Digest of European Tort Law*, II, 403.

⁹⁰ Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Coimbra: Almedina, 1989, 200

⁹¹ No sentido de afirmar a dificuldade de distinção entre o que configura ou não uma lesão do direito de propriedade, cf. David HOWARTH, “Economic loss in England: the search for coherence”, in BANAKAS, *Civil liability for pure economic loss*, Kluwer, 1996, 27 a 53. Exemplo disso é o caso de fronteira apresentado pelos autores — o *trust*.

Cf., igualmente, Christian WITTING, “Compensation for pure economic loss from a continental lawyer’s perspective”, in Willem van BOOM / Helmut KOZIOL / Christian WITTING, ed., *Pure economic loss, Tort and Insurance Law*, vol. 9: *European Centre of Tort and Insurance Law*, Wien / New York: Springer, 2003, 104 s., assertivamente considerando o exemplo da perda de informação contida num disco duro de um computador e questionando se tal caso pode ser equiparado à perda de funcionalidade do próprio disco.

⁹² Poder-se-ia denotar aqui uma clivagem entre o direito continental, ainda que assente na bipartição iheringiana a que aludimos, e o direito da *common law*. É que aí o dano puramente económico vem definido como aquele que ocorre sem que haja lesão material da pessoa ou da propriedade.

máticas consideradas⁹³. Mas em todas estas hipóteses, o problema não é o dano, mas a ilicitude.

O problema da desvalorização da coisa/bem coloca-se, contudo, quanto a outras constelações problemáticas. Com a decisão do *Bundesgerichtshof* de 3 de Outubro de 1961, percebe-se isso mesmo⁹⁴. O caso conta-se em poucas palavras: A é responsável por um acidente que vitimou o automóvel de B. Não sendo controverso o dever de reparar o veículo, colocou-se, no entanto, o problema de saber se B teria ou não direito a uma indemnização pela perda de valor do bem, já que no mercado o preço de um automóvel danificado é menor do que o preço de um carro que não tenha sofrido qualquer acidente. Revendo a posição anterior, que apenas admitia o ressarcimento pela desvalorização da coisa nas hipóteses em que a pessoa não continua a usar a coisa, o Tribunal vem considerar que a indemnização, no caso, não pode ficar dependente do facto de a pessoa continuar a usar o automóvel ou pretender aliená-lo⁹⁵. Em sentido análogo pronunciou-se o *Oberster Gerichtshof* austríaco em 19 de Setembro de 1957⁹⁶. Entendeu-se, aí, que um veículo reparado vale sempre menos, em virtude dos defeitos escondidos que o podem afetar. Consoante explica Kraner⁹⁷, a compensação deve ser calculada, neste caso, de acordo com o valor de mercado da coisa danificada no momento da lesão, aplicando-se este critério, igualmente, aos casos de redução do valor mercantil dela. Assim, a avaliação subjetiva é exclusiva para os casos de lesão gravemente culposa. Só nessas hipóteses se devem ter em conta os efeitos que o evento danoso teve nos específicos assuntos da vítima, problematizando-se a redução do valor apenas quando a vítima teria vendido o automóvel. Note-se, porém, que neste caso a vítima poderia optar, também, pelo valor objetivo, que funcionaria assim como um mínimo de ressarcimento, cumprindo uma finalidade preventiva⁹⁸. Também a *Cour de Cassation*, numa sentença de 6 de

⁹³ Repare-se, porém, que no tocante à colocação de postes de alta tensão junto das habitações podemos indagar até que ponto poderá ou não levantar-se um problema atinente à violação do direito à integridade física. Nesse caso, como se compreenderá pela exposição subsequente, não seria possível indemnizar a desvalorização da coisa em si mesma.

⁹⁴ *Digest of European Tort Law*, II, 72

⁹⁵ Cf. o comentário de S. Martens e R. Zimmermann, *Digest of European Tort Law*, II, 72 s.

⁹⁶ *Digest of European Tort Law*, II, 73

⁹⁷ E. KRANER, comentário a *Oberster Gerichtshof*, de 19 de Setembro de 1957, 2 Ob 378/57, *Digest of European Tort Law*, II, 73

⁹⁸ E. KRANER, comentário a *Oberster Gerichtshof*, de 19 de Setembro de 1957, 2 Ob 378/57, *Digest of European Tort Law*, II, 73

Outubro de 1966, proferida pela *chambre civile*, subscreveu o entendimento. A desvalorização da coisa é considerada um dano pelo qual se pode obter uma compensação, não sendo relevante o destino que o proprietário vai dar à coisa⁹⁹. E a *Corte di Cassazione*, a 23 de Junho de 1972, sufragou a mesma posição, considerando, ainda, que a diminuição do valor deve ser compensada com base no valor da venda dos automóveis antes do acidente, embora o critério possa ser temperado pela ponderação subjetiva do interesse do sujeito¹⁰⁰.

São, portanto, duas as questões basilares que se colocam: em primeiro lugar, haverá que determinar se a perda de valor de uma coisa pode ser vista como um dano indemnizável; em segundo lugar, haverá que procurar saber qual o critério de mensuração desse mesmo dano. Embora não se confundam, elas mantêm entre si uma relação necessária. Os problemas distinguem-se, portanto, daqueles outros analisados anteriormente: agora, é clara a violação do direito de propriedade. O que se problematiza é se a desvalorização da coisa pode ser tida como um dano que se reconduz ao comportamento ilícito e, em caso afirmativo, qual o critério para apurar o montante ressarcitório. Para que ela possa ter lugar, importa que o prejuízo em causa possa ser reconduzido ao núcleo de utilidade do direito de propriedade que foi violado. Como referido, há que saber se a utilidade que o lesado invoca se integra ou não dentro das potencialidades inerentes ao conteúdo do direito preterido; em segundo lugar, há que estabelecer uma subtração entre o que o lesado teria, dispondo de tal utilidade, e o que tem agora.

No juízo de pertinência funcional, baseado numa lógica comparativa polarizada no direito subjetivo e nas esferas de utilidade (abstrata e concreta) que ele nos permite desenhar, há, como referido, um núcleo central representado pelo objeto ao qual é atribuído um determinado valor patrimonial. Nessa medida, se A danifica o relógio de B, ficando assim obrigado a repará-lo, mas tal reparação não é suficiente para repor o valor patrimonial do bem, que passa a sofrer um defeito (apesar de cumprir a sua finalidade e de esteticamente não ser perceptível a falha), não se duvida que deve ser ressarcido o dano da desvalorização a que se alude. Não está, porém, em causa uma lógica contabilística de mensuração de patrimónios. É que, sendo danificada uma coisa, objeto de um direito de propriedade, pode ser posto em causa o poder de dispor dela. A perda de valor de mercado do

⁹⁹ *Digest of European Tort Law*, II, 76, com comentário de J.S. Borghetti

¹⁰⁰ *Digest of European Tort Law*, II, 80 s., com comentário de N. Coggiola, Gardella Tedeschi e M. Gaziadei.

referido bem não se traduz na impossibilidade de transmissão futura da propriedade, mas numa repercussão negativa em termos de valor patrimonial de tal transmissão. A utilidade concreta associada à utilidade abstrata que se inclui entre as faculdades jurídicas secundárias que integram o conteúdo do direito subjetivo é afetada. O dano pode ser funcionalmente reconduzido à violação do direito de propriedade.

Mas há que ser cautelosos. O que se enuncia — que pode confluir, na esteira do proposto por muitos autores, na ideia de um dano mínimo (objetivo) — tem de ser compatibilizado com a necessidade de avaliação do dano em concreto. Na verdade, do que se trata não é de determinar se foi ou não afetada uma das faculdades jurídicas secundárias do direito, mas de saber se a utilidade particular que o sujeito dela retirava (ou poderia retirar) é posta em causa. Esta é, na verdade, uma consequência da consideração do dano em concreto e não em abstrato¹⁰¹. Assim, nesta perspetiva, a perda de valor de mercado do bem só deve ser atendida se a vítima pretender dispor da coisa. O mesmo se pode dizer, *mutatis mutandis*, da possibilidade de onerar a coisa.

Pode, no entanto, não haver uma decisão de alienação no momento da determinação da indemnização e, não obstante, ser previsível que, no futuro, ela venha a existir. Porque o artigo 564.º CC dispõe que, “na fixação da indemnização, o tribunal deve atender aos danos futuros, desde que sejam previsíveis”, poder-se-á considerar a possibilidade de ressarcir o prejuízo que se vislumbra no horizonte. Repare-se que, com isto, não retrocedemos a uma apreciação do dano em abstrato — é que na ponderação desta previsibilidade haveremos de ter em conta não só o tipo e destino comum do bem, como as circunstâncias concretas do caso. Daí que a danificação seguida de uma reparação que não apaga todos os defeitos de um relógio possa envolver a indemnização da parcela

¹⁰¹ Sobre o ponto, cf. Hans Albert FSICHER, *A reparação dos danos no direito civil*, Coimbra, 1983, 139 s.

Veja-se, ainda, Gomes da SILVA, *O dever de prestar*, 119 s., sustentando, embora ainda por referência a uma comparação global de patrimónios, que o dano não deve ser considerado em abstrato, uma vez que de outro modo não se compreenderiam soluções como a primazia da reparação natural, a questão do desaproveitamento de despesas, as soluções em matéria de lucros cessantes. Verdadeiramente, o autor advoga que também uma conceção concreta de dano não seria apta a explicar a limitação da indemnização de modo a não ocorrer o enriquecimento do lesado, a *compensatio lucri cum damnum*, ou a irrelevância de qualquer alteração de bens que não originem perdas de oportunidade. Nessa medida, o cerne da questão passa por saber se a lesão diminuiu sensivelmente a utilidade do bem ou colocou a pessoa numa pior posição — Gomes da SILVA, *O dever de prestar*, 125. Apreciando o pensamento do autor, cf. Paulo Mota PINTO, *Interesse contratual*, 473 s.

de dano que não foi reparada. E que a danificação de um automóvel pode justificar a reparação da perda de valor da coisa, porque previsivelmente o sujeito o alienará no futuro. Contudo, não deverá ser assim se se tratar de um automóvel muito antigo, cujo valor de mercado seja praticamente nulo e cujo destino previsível seja o abate.

A referência à desvalorização da coisa não acompanhada de qualquer defeito, que foi entretanto integralmente reparado, torna-se relevante neste quadro para efeitos de argumentação. Como referido anteriormente, um segmento da jurisprudência europeia olha para estas constelações problemáticas e admite a compensação do dano fazendo apelo a uma ideia de defeitos escondidos que ainda não se manifestaram. Seriam eles, aliás, que no mercado justificariam a diminuição do valor da coisa. No fundo, recairia sobre o bem lesado uma suspeição que impediria que ele fosse tratado, em termos de troca ou oneração, como um bem incólume. Não cremos, porém, que esta perspetiva se possa aceitar — é que a consideração do dano emergente remeter-nos-ia necessariamente para uma dimensão de futuro. Ora, para que ela possa ser contemplada ao nível delitual seria imprescindível que o critério da previsibilidade plasmado no artigo 564.º CC estivesse cumprido. E, por referência a estas constelações, ele se só se cumpre se atendermos à alienação futura da coisa. Já não seria assim no tocante às hipóteses em que o defeito na coisa permanece, embora não afete a utilização que dela é feita. É que, aí, ao contrário das situações-tipo, poderia estar em causa, eventualmente, o próprio gozo da coisa, que, ainda que não afetada na sua funcionalidade, ficaria necessariamente mais permeável a destruições futuras — o núcleo central representado pelo objeto ao qual é atribuído um valor patrimonial estaria ferido.

6. Danos não patrimoniais e danos acionáveis por si

Da mesma forma que, ao nível patrimonial, a ilicitude não é bastante, exigindo-se uma avaliação — e uma avaliação concreta — do dano, ao nível não patrimonial, a conclusão será a mesma. Ao lesado não basta provar a violação do direito, exigindo-se a comprovação dos danos não patrimoniais atuais, concretamente experimentados. Parece, portanto, recusar-se entre nós a figura do dano *in res ipsa* ou, para lançar mão da terminologia anglo-saxónica, dos *torts actionable per se*¹⁰². Em todas as situações em que aquele for acolhido, a indem-

¹⁰² Sobre o ponto, cf. C. von BAR, *The Common European Law of Torts*, vol. 2, Oxford: Clarendon Press, 2000, 6 s.

nização é atribuída sem a prova do *actual damage*. Em rigor, e como explicita Von Bar, não estaremos na presença de uma responsabilidade sem dano. O dano existe; simplesmente, é presumido. Nesse caso, a pessoa é indemnizada pelo chamado *nominal damage*, o que poderá vir a ocorrer sempre que se esteja na presença de um *tort of trespass to person* ou na presença de um *tort of trespass to land*¹⁰³.

Se várias são as razões apontadas pelos autores para a condenação de um agente ao pagamento de *nominal damages* — tornar público que, ao agir como agiu, o lesante cometeu um ilícito; evitar que o lesante se sinta legitimado a agir da mesma forma no futuro; punir o agente pelo ato ilícito¹⁰⁴ —, todas elas a reconduzirem-se a uma ideia de prevenção, punição, reafirmação da validade do bem-jurídico preterido, não cremos que sejam suficientes para justificar o desvio à regra em matéria probatória. Na verdade, estas mesmas finalidades parecem estar presentes em todas as hipóteses de compensação de danos não patrimoniais¹⁰⁵.

Veja-se, igualmente, Peter G. HEFFEY, “Negligent infliction of imprisonment: actionable per se or cum damno?”, *Melbourne University Law Review* 14 (1983) 53 s.; Nicholas J. McBRIDE / Roderick BAGSHAW, *Tort Law*, Pearson Longman, 2008; Albert H. PUTNEY / Scott C. RUNNELS, *Torts. Damages. Domestic relations*, Cree Publishing Company, 1910, 157 s.

¹⁰³ Dúvidas há no tocante ao *tort of trespass to goods*. Certo é a exclusão desta possibilidade nos casos de *tort of negligence*. Cf. Nicholas J. McBRIDE / Roderick BAGSHAW, *Tort Law*, 680 s.

No caso de difamação, entende-se que, para ser *actionable per se*, ela tem de atingir o lesado na sua profissão ou capacidade profissional, por exemplo, nos casos em que a insolvência é imputada a um comerciante ou uma situação de imoralidade a um clérigo. Fora destas situações, não se deve prescindir da prova dos danos. Assim, no precedente inglês *Jones v. Jones*, não houve procedência da ação por o adultério que foi imputado ao *schoolmaster* não ter afetado a sua capacidade para ensinar — cf. Peter G. HEFFEY, “Negligent infliction of imprisonment: actionable per se or cum damno?”, 53 s.

No ordenamento jurídico brasileiro, é comum o recurso à figura dos danos *in res ipsa*. São variadas e de variada índole as hipóteses de ressarcimento sem a prova do dano concretamente sofrido: inserção do nome no cadastro de inadimplentes, situações de *overbooking*, impossibilidade de exercício da profissão por jovens que viram o ser diploma de licenciatura não ser reconhecido pelas autoridades com competência para o efeito, entre outras.

¹⁰⁴ Cf. Nicholas J. McBRIDE / Roderick BAGSHAW, *Tort Law*, 680 s.

¹⁰⁵ Sobre o ponto, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, “Reflexões em torno da responsabilidade civil: teleologia e teleonomologia em debate”, *Boletim da Faculdade de Direito* 81 (2005) 511-600; IDEM, *Lições de responsabilidade civil*, Princípiã, 2017. Embora se considere que a função reparadora continua a ser primordial ao nível da responsabilidade, considera-se que a esta se associam outras: função sancionatória em sentido estrito, associada à reafirmação da pessoalidade do lesante, função pre-

ventiva e função reipersecutória, associada a uma ideia de reafirmação do valor dos bens jurídicos lesados. Exclui-se, como regra, uma finalidade punitiva estrita que nos possa encaminhar para a admissibilidade da condenação do agente em danos punitivos e nega-se a possibilidade de se sustentar uma posição diversa desta que aqui inscrevemos no artigo 494.º cc. Na verdade, o preceito estabelece uma limitação à indemnização, ainda que para isso atenda ao grau de culpa, na nos autorizando a inverter os termos da equação (isto é, a condenar o agente num montante indemnizatório superior ao dano). Mas admite-se que na ligação entre os artigos 496.º e 494.º cc, a propósito dos danos não patrimoniais, se possa encontrar uma intencionalidade sancionatória. De facto, porque o dano não patrimonial não é mensurável, não dispomos em relação a ele de um *quantum* a partir do qual a culpa pode intervir como critério de limitação da indemnização. Na sua ligação ao artigo 496.º, o artigo 494.º cc erige a culpa como critério de determinação da própria compensação. Percebe-se, aliás, que assim seja. Desde logo, parece não estar aqui em causa um puro ideal reparador. Se o dano verdadeiramente não deixa de existir, a compensação funcionará antes de mais, no cumprimento daquele ideal de justiça, como uma forma de chamar à responsabilidade o lesante, impedindo que ele fique impune. É ainda e sempre a afirmação do sentido ético da responsabilidade civil — e nos termos por nós explicitados do carácter sancionatório do instituo — que é chamada a operar. Depois, falam os autores de uma ideia de satisfação do lesado. Júlio GOMES alerta-nos para o carácter um pouco fluído do conceito (cf. JÚLIO GOMES, “Uma função punitiva para a responsabilidade civil e reparatória para a responsabilidade penal”, *Revista de Direito e Economia* 15 (1989) 119). Enquanto para alguns a satisfação se une à compensação pela nota da sinonímia (ou quase sinonímia — cf. IDEM, “Sobre a reparação dos danos morais”, *Revista Portuguesa do Dano Corporal* 1/1 [1992] 20), para outros ela indicaria uma ideia de punição evidente (Hans STOLL, “Consequences of liability: remedies”, *International Encyclopedia of Comparative Law* 11: Chapter 8, p. 92 e 135). No fundo, o lesado sentir-se-ia apaziguado, pacificado, reafirmando-se, concomitantemente, a pretensão de validade da ordem jurídica (cf. Júlio GOMES, “Uma função punitiva”, 120, bem como as importantes indicações bibliográficas que aí podem ser recolhidas). Como refere Stoll (*apud* Júlio GOMES, “Uma função punitiva”, 120), a punição deve aqui ser vista como um meio para a obtenção da pacificação do lesado. E, como salienta, DEUTSCH (“Schmerzensgeld und Genugtuung”, *Juristische Schulung* [1969] 202), “o apelo à ideia de satisfação do lesado acaba por significar uma inversão na hierarquia” que coloca a função sancionatória numa posição subordinada em relação à função ressarcitória. Esta, porém, não desaparece totalmente. O artigo 494.º, para o qual somos remetidos pelo artigo 496.º, manda, igualmente, em conta a situação económica do próprio lesado. Avulta, assim, claro e novamente, uma tendência para o ideal reparador a que a responsabilidade civil sempre esteve unida — cf. DEUTSCH, „Schmerzensgeld und Genugtuung“, 202. Mas, neste ponto a reparação deixa de ser o polo central da imputação delitual para só se poder cumprir pela via punitiva. Sobre o ponto, *v.*, também, M. BULLINGER, “Verfassungsrechtliche Aspekte der Haftung”, in *Festschrift für von Caemmerer*, Tübingen: Mohr, 1978, 297; e Hein KÖTZ / Gerhard WAGNER, *Deliktsrecht*, 11. neu bearb. Aufl., München: Franz Vahlen, 2010, 274 s., com uma posição crítica, sobretudo tendo em conta a reforma do BGB.

Sobre o ponto, cf., ainda, Maria Manuel VELOSO, “Danos não patrimoniais”, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, III:

Ora, se assim é, então terá de haver uma justificação mais funda para a possibilidade de se obter o ressarcimento sem prova dos danos atuais. Num ordenamento jurídico como o nosso, em que a ilicitude surge como um requisito autónomo da imputação delitual (não se confundindo com o dano) e em que o artigo 496.º/1 CC determina como requisitos da compensação dos danos não patrimoniais a gravidade destes e o merecimento da tutela do direito¹⁰⁶, não só parece não haver um ponto de apoio normativo para abrir mão da regra, como não se vislumbra uma razão justificativa para se abdicar do controlo instituído pelo legislador. Na verdade, não só a simples ilicitude não nos pode oferecer o dano (pelo menos em regra), como o modelo de limitação do ressarcimento (ou compensação) dos danos não patrimoniais impõe que se passe pelo duplo crivo estabelecido normativamente.

O que aqui fica dito requer, no entanto, alguns esclarecimentos adicionais.

Traduzindo-se os danos não patrimoniais em danos que não são suscetíveis de avaliação pecuniária, eles podem resultar quer da preterição de direitos de natureza pessoal, quer da lesão de direitos de natureza patrimonial¹⁰⁷. A sua emergência explica-se como resultado

Direito das obrigações, Coimbra: Almedina, 2007, 556 s., com importantes referências bibliográficas e de investigação e falando de uma finalidade de afirmação de direitos que seria sobretudo relevante no caos dos lesados sem consciência. Sobre o ponto, pela importância que tem para a nossa reflexão, teceremos ulteriormente outras considerações.

¹⁰⁶ Sobre o ponto, cf. Maria Manuel VELOSO, “Danos não patrimoniais”, 501, considerando que existe apenas um requisito, qual seja a gravidade do dano. Para outros desenvolvimentos acerca da posição tradicional (assente na afirmação da dualidade de requisitos — gravidade do dano e merecimento da tutela do direito), cf. Almeida COSTA, *Direito das Obrigações*, 602 s. Para outras considerações acerca do ponto, v., igualmente, Filipe Albuquerque MATOS, “A compensação dos danos não patrimoniais no Código Civil de 1966”, *Responsabilidade civil: 50 anos em Portugal, 15 anos no Brasil*, Coimbra: Instituto Jurídico, 2017, 31 s.

¹⁰⁷ Não existe, portanto, uma perfeita continuidade entre a natureza do direito violado e a natureza dos danos que emergem. O carácter patrimonial ou não patrimonial se afere em relação ao dano propriamente dito e não em relação à natureza do direito ou interesse lesado. Quer isto dizer que o direito lesado pode ser de natureza patrimonial e o dano que resulta ser não patrimonial; sendo o inverso igualmente verdadeiro. A lesão da integridade física pode gerar um dano de tipo patrimonial, a par de danos não patrimoniais; a lesão do direito de propriedade pode dar ocasião a um dano não patrimonial (em virtude da ligação afetiva que o proprietário tinha com a coisa, por exemplo). O dado pode explicar-se por o direito ou interesse legalmente protegido integrem no seu âmbito interesses/situações vantajosas de tipo patrimonial, moral e espiritual. Sobre o ponto, cf. Menezes CORDEIRO, *Tratado II/III*, 513; Antunes VARELA, *Das obrigações*, 603; IDEM, “Sobre a reparação dos danos morais”, 17 s.; Menezes LEITÃO, “A reparação de danos emer-

da dimensão axiológica do direito subjetivo que, para lá do seu conteúdo concreto, apresenta uma ligação estreita à pessoa, à qual vai buscar o seu sentido e fundamentos últimos¹⁰⁸. Mas pode explicar-se, igualmente, noutras situações, pela preterição de uma ou mais faculdades inerentes ao conteúdo do direito subjetivo violado. Se no primeiro caso somos confrontados com os danos morais (propriamente ditos), a traduzir-se em

gentes de acidentes de trabalho”, *Temas Laborais, Estudos e pareceres*, Coimbra: Almedina, 2006, 32.

A este propósito convém, no entanto, tecer alguns esclarecimentos adicionais.

Em primeiro lugar, a posição que apresentamos em texto parece não ser unânime. Ainda que os autores aceitem que a partir da lesão de direitos de natureza pessoal podem surgir danos patrimoniais, parecem ligar insofismavelmente a existência de danos não patrimoniais à preterição de posições subjetivas de natureza pessoal. Sobre o ponto, cf. Antunes VARELA, *Das obrigações*, I, 601 s.; Maria Manuel VELOSO, “Danos não patrimoniais”, 499; Almeida COSTA, *Direito das Obrigações*, 602 s. Por outro lado, partindo da diferenciação entre os danos não patrimoniais e os danos morais, patenteiam-se dúvidas na doutrina acerca da possibilidade de se indemnizarem os segundos por referência às lesões de direitos patrimoniais. Em causa estaria o chamado dano de afeição, levantando-se em relação a ele objeções não só do ponto de vista conceptual e de princípio, como também em face dos requisitos impostos pelo artigo 496.º CC. Muitos autores duvidam, na verdade, da viabilidade de o chamado dano de afeição poder ser qualificado como grave e merecer a tutela do direito. Se é certo que a regra poderá ser o não cumprimento dos pressupostos de compensação dos danos morais, nada impede que, caso o dano seja em concreto grave e mereça a tutela do direito, possa haver direito a uma indemnização. Pense-se, por exemplo, no caso da destruição de um computador através do qual os pais conversam com o filho que vive num país distante, ou no caso de destruição de uma joia de família que tinha sido oferecida pelo pai falecido. Em face do novo artigo 493.º-A CC, sem embargo das múltiplas críticas que se podem tecer em termos sistemáticos e dogmáticos ao preceito, parece que o nosso ordenamento jurídico acolhe expressamente a possibilidade de se indemnizar o dano de afeição. Para outras considerações acerca da responsabilidade civil por lesão de um animal, cf. Filipe Albuquerque MATOS / Mafalda Miranda BARBOSA, *O novo estatuto jurídico dos animais*, Gestlegal, 2018, 119 s. (de notar que, na obra em questão, se sublinham as divergências dos autores no que respeita ao dano de afeição). Sobre o dano de afeição no direito português mais antigo, cf., numa perspectiva crítica da categoria (admitida ao nível das ordenações filipinas), CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em comentário ao Código Civil Português*, XIII, Coimbra: Coimbra Editora, 1939, 530 s.

In fine, sublinhe-se que a possibilidade de o dano não patrimonial resultar da lesão de um direito avaliável em dinheiro resulta do facto de este poder integrar no seu conteúdo interesses de natureza pessoal e a possibilidade de o dano patrimonial resultar da lesão de um direito de natureza pessoal resulta do facto de este poder ter um conteúdo de destinação suscetível de aproveitamento económico.

¹⁰⁸ Sobre o ponto, cf. Sandra PASSINHAS, *Propriedade e personalidade no direito civil português*, Coimbra, 2016.

dores, angústia, ansiedade, sofrimento; no segundo caso, lidamos com danos extrapatrimoniais (de que aqueles são apenas uma categoria)¹⁰⁹.

Não se duvida, na verdade, que, numa situação em que A sai de casa quando B, seu filho, é menor, não voltando a dar qualquer notícia, ao violar-se o direito ao livre desenvolvimento da personalidade do filho, se verifica um dano — o dano da ausência de relação parental — para lá dos danos morais (sofrimento, saudade, angústia) e dos eventuais danos que se possam verificar no futuro (transtornos de personalidade, traumas, problemas relacionais, entre outros). O filho que se vê privado da companhia do pai, ao ver ser violado o seu direito ao livre desenvolvimento da personalidade, sofre em si mesmo um dano extrapatrimonial (a privação daquela companhia), a ser compensado à luz do artigo 496.º CC, ou será necessário provar os diversos danos subsequentes originados naquela ausência (os quais, em muitas situações, apenas se verificarão no futuro, colocando problemas atinentes à imputação objetiva)?

A regra de que partimos é que os danos não patrimoniais, sejam eles danos morais ou não, não podem ser indemnizados sem alegação e prova da sua existência. Mas, podemos ser confrontados com hipóteses nas quais, de forma automática, se não pode duvidar da existência de um dano. Pense-se na situação em que A, menor, vê ser violado o seu direito ao livre desenvolvimento da personalidade, pela morte do pai, ficando privado da sua companhia. O dano da privação da figura paterna, essencial ao seu crescimento, igualmente constatável em todas as situações de alienação parental, resulta inegável, porquanto a relação de filiação seja irrenunciável¹¹⁰.

O mesmo se pode dizer do dano da morte, indemnizável independentemente do facto de o sujeito querer morrer ou não. É que o direito à vida, pela intencionalidade axiológica que o predica, é irrenunciável, donde a lesão do direito, a traduzir-se na sua morte, será sempre indemnizável. Ou daqueloutra hipótese em que a vítima vê

¹⁰⁹ Cf. Pinto MONTEIRO, “Sobre a reparação dos danos morais”, 17 s.; Maria Manuel VELOSO, “Danos não patrimoniais”, 498; Almeida COSTA, *Direito das Obrigações*, 601, n.1

¹¹⁰ Este dano não se confunde com o dano moral subsequente à morte do sujeito, que resulta da violação do direito geral de personalidade do sobrevivente. Este, previsto no artigo 496.º CC, fica dependente da relação que o último tem com a primeira vítima, autorizando-nos uma interpretação corretiva do preceito. Para outros desenvolvimentos, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, “A (im)pertinência da autonomização dos danos puramente morais? Considerações a propósito dos danos morais reflexos”, *Cadernos de Direito Privado* 45 (Jan./Março 2014) 3 s.

lesado o seu direito à honra, na sua esfera invariável, que se vem a identificar, afinal, com a ideia de dignidade da pessoa humana.

Em causa estaria uma finalidade específica do ressarcimento: a reafirmação da validade dos bens jurídicos lesados (*Wunderfunktion*). Sobre o ponto, Maria Manuel Veloso explicita que “o dano não patrimonial seria concedido como *general damage*, isto é, como dano primário decorrente da lesão, para reintegrar o bem afetado e reafirmar o valor e dignidade jurídicos do mesmo”, acrescentando que “só em violações mais graves teria sentido falar de um dano não patrimonial assim concebido, com uma função de alerta e reintegração normativa”¹¹¹. Não cremos que a finalidade em causa se restrinja a particulares casos problemáticos, conquanto a finalidade de reafirmação contrafáctica da validade dos bens jurídicos lesados pareça estar presente em cada hipótese de responsabilidade civil, pelo que, se algum critério houver para a cisão entre os danos em si mesmo acionáveis e aqueles que só são indemnizáveis mediante a presença, alegação e prova dos prejuízos atuais experimentados, ele não poderá passar pela gravidade da violação, exceto se a entendermos em termos particularmente hábeis. De facto, o que está em causa não é tanto o ajuizamento acerca do desvalor objetivo de conduta ou da gravidade da culpa, mas a natureza do bem jurídico lesado. Configurando o bem jurídico lesado um direito indisponível, o dano que se produz não pode deixar de estar presente, ainda que não seja percecionado pelo lesado. Daí que se possa falar de um dano da morte (como reverso da lesão do direito à vida), de um dano da ausência paternal ou maternal (como reverso da lesão do direito ao livre desenvolvimento da personalidade), de um dano de desonra (como reverso do direito à honra). É que o direito à vida é irrenunciável e ilimitável; a relação filial é indisponível; como igualmente o é a honra, na sua dimensão invariável, a aproximar-se da dignidade da pessoa humana.

Em certa medida, a proposta que fica inscrita em texto responde ao repto lançado por Menezes Cordeiro, quando afirma que, para salvaguarda de valores morais relacionados com a pessoa, a família, a dignidade, a saúde, o bom nome, se deve facilitar a imputação no tocante aos danos morais, quer pelo alijar das exigências no tocante aos pressupostos, quer pelo reforço das indemnizações¹¹². Fá-lo, contudo, não por via da excecionalidade, mas por via da especialidade: é a especial consideração da natureza dos direitos violados (a repercutir-se num dano) que justifica a solução proposta.

¹¹¹ Maria Manuel VELOSO, “Danos não patrimoniais”, 557.

¹¹² Menezes CORDEIRO, *Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais*, Lex, 1999, 482 s.

Estamos em crer que ela se percebe com meridiana clareza: por um lado, o direito lesado é indisponível, o que significa que o titular dele não pode renunciar ao seu exercício (ainda que esteja em causa o exercício negativo de afastamento dos demais de qualquer intromissão com a sua esfera); por outro lado, o problema diz respeito a dimensões essenciais do ser humano (a fundar axiologicamente a indisponibilidade de que se fala), razão pela qual não se pode ignorar que — independentemente de ulteriores danos que se possam constatar em termos morais e independentemente das particularidades do caso concreto — o dano existirá sempre.

A NOTAÇÃO DE RISCO E A PROTECÇÃO DOS INVESTIDORES

UM DESAFIO AO DIREITO DA RESPONSABILIDADE CIVIL¹

MANUEL CARNEIRO DA FRADA

Propomo-nos fazer algumas considerações breves sobre um tema que tem andado nas bocas do mundo — aliás, não propriamente por boas razões —, e que suscita a necessidade de uma resposta adequada por parte do Direito e da responsabilidade civil.

Referimo-nos à protecção dos investidores perante a notação de risco levada a cabo pelas denominadas agências de *rating*.

Constitui seguramente hoje uma sensação generalizada de que falta credibilidade e fiabilidade a muitas notações de risco. E que, do lado das agências autoras dessas notações, tem existido com demasiada frequência parcialidade e faltas de independência, apontando-se-lhes também condutas em conflito de interesses derivados de ligações, por vezes não fáceis de descortinar, com grandes investidores; o que lança a suspeita de manipulações de mercado à escala transnacional.

São comportamentos ou circunstâncias que, reflectidas que sejam em apreciações incorrectas sobre a capacidade de determinado sujeito cumprir os seus compromissos ou acerca da qualidade de certos produtos ou instrumentos financeiros por ele emitidos, acabam por prejudicar enormemente muitos investidores, nomeadamente se não qualificados.

¹ O presente texto corresponde a uma actualização do nosso escrito “Sociedades e notação do risco (*rating*)/A protecção dos investidores”, in *II Congresso Direito das Sociedades em Revista*, Coimbra, 2012, 341 s. Desenvolvemos, entretanto, mais amplamente o tema em *A responsabilidade civil das agências de notação de risco (rating). Ensaio de construção dogmático-crítica*, Coimbra, 2018.

A respectiva protecção está, pois, na ordem do dia.

E, de facto, parece consensual a necessidade de reforçar o controlo da actividade das agências de notação de risco, havendo esse controlo de ter uma forte componente jurídica.

Importa distinguir mecanismos de tutela *ex ante* e *ex post*.

Os primeiros actuam preventivamente, procurando evitar notações do risco incorrectas.

É sobretudo neste plano que se têm situado as várias intervenções europeias na matéria, e, por último, o Regulamento 462/2013/CE, de 21 de Maio de 2013².

Aos problemas da falta de rigor e objectividade, de independência ou de potenciais conflitos de interesses, tem-se respondido com medidas de cariz fundamentalmente procedimental — portanto sem incidir sobre os resultados — acerca do modo de produzir as notações, instituindo nomeadamente inibições, prescrições ou proibições de conduta, e exigências precisas de informação; bem como, para assegurar todos esses efeitos, com a imposição de um registo, no espaço comunitário, das empresas que se dedicam à notação de risco, tendo em vista sujeitá-las a essas mesmas regras e permitir a sua supervisão europeia.

Compreende-se, aliás, o relevo destas medidas dissuasoras no quadro da disciplina comunitária: pois aceite que seja o princípio cardinal da liberdade e a autonomia económica dos sujeitos, ao direito europeu interessa fixar essencialmente um regime geral de enquadramento da actividade idóneo e adequado a prevenir as suas perversões, deixando depois aos diversos sujeitos a gestão do risco da sua actividade.

Apesar disso, o direito europeu reforça essas suas directrizes com medidas de índole punitiva ou compulsória, multas e sanções pecuniárias compulsórias, cancelamentos do registo, inibições de notação, imposição de rectificações públicas, etc., numa expressão — mais uma — de um direito de cariz essencialmente regulatório, administrativo económico³, e de mera ordenação social.

² Veja-se sobre o primogénito Regulamento 1060/2009/CE, de 16 de Setembro de 2009, o excelente ensaio interdisciplinar — jurídico e económico - de Isabel ALEXANDRE / Ana DINIZ, *O Regulamento (CE) n.º 1060/2009 e o problema da qualidade e da necessidade das notações de risco: o caso particular da dívida soberana*, separata da *Revista do Ministério Público* 128 (Out./Dez. 2011).

Realce também, no que toca à crucial matéria dos conflitos de interesses, para o profundo estudo de Hugo Moredo SANTOS, “A notação de risco e os conflitos de interesses”, in AUTORES VÁRIOS, *Conflito de interesses no direito societário e financeiro/ Um balanço a partir da crise europeia* Coimbra, 2010, 471 s.

³ Um “direito administrativo sem Estado”, na significativa expressão que titula a monografia de Colaço Antunes sobre o tema: cfr., do autor, *O direito admi-*

Já no que toca à tutela privada, avulta hoje o artigo 35.º-A, introduzido em 2013, que constitui, pode dizer-se, uma previsão europeia (específica) de responsabilidade civil por notações de risco.

Estabelece-se, basicamente, que “[c]aso uma agência de notação de risco cometa, com dolo ou negligência grave, algumas das infracções enumeradas no Anexo III [do Regulamento], afectando desse modo uma notação de risco, os investidores ou emitentes podem exigir à agência [...] a indemnização dos danos que tal infracção lhes tenha causado”.

Em complemento do que se prevê a seguir o seguinte:

(i) “[u]m investidor pode exigir indemnização [...] se provar que se baseou razoavelmente de acordo com o artigo 5.º-A, n.º 1, ou de outro modo mas com a devida prudência, numa notação de risco para decidir investir, continuar a deter ou alienar um instrumento financeiro abrangido por essa notação de risco”.

Em traços muito gerais, esta disposição contempla, pois, tão só, uma responsabilidade civil das agências de notação por dolo ou negligência grosseira, e em virtude da violação das disposições contidas na listagem do anexo aí referido⁴. E exige-se ainda, como é compreensível, que a infracção da agência de *rating* tenha sido causadora de um dano ao investidor (prevendo-se também, no n.º 5 do aludido preceito, a possibilidade de limitação da responsabilidade civil).

Ora, muito embora salte à vista de todos a importância deste preceito para o presente e o futuro global do tema que nos ocupa - da tutela dos investidores perante notações de risco inexactas -, o facto é que o alcance da sua resposta é mais pequeno do que poderia supor-se.

Em primeiro lugar, o artigo 2.º n.º 1 do regulamento que consideramos introduz um conjunto de limitações importantes ao seu âmbito de aplicação.

Estão, nomeadamente, excluídas de responsabilidade as notações de risco produzidas por força de um pedido individual, facultadas tão-só àqueles que as encomendaram e que se não destinam a divulgação pública ou a distribuição por assinatura. Operações individualizadas, embora de vulto, ficam, portanto, de fora.

Não são também contempladas — e este é um outro ponto especial a reter — aquelas notações de risco emitidas por agências não registadas na União. O que significa que as agências “extracomunitárias” - nomeadamente as três grandes agências norte-americanas, mas também, ama-

nistrativo sem Estado / Crise ou fim de um paradigma?, Coimbra, 2008.

⁴ O legislador escolheu uma técnica (enumerativa) que apresenta o perigo da incompletude.

nhá, as inglesas, e as chinesas, canadianas ou indianas, todas estabelecidas fora da Europa - estão, em princípio, fora do alcance desse preceito, que as não atinge enquanto não estiverem registadas na União⁵.

E há depois uma outra razão para não sobrevalorizar o artigo 35.º-A.

Com efeito, este preceito deixa um conjunto muito grande de interrogações quanto à exacta configuração da responsabilidade consagrada, não desonerando o intérprete-aplicador dessa compreensão com vista à interpretação e integração do regime instituído. Vincula-o mesmo à atenção do direito comum, e às perspectivas que o direito nacional oferece para o seu entendimento⁶.

É neste último ponto que vamos centrar-nos.

Como é natural, vigorando no direito privado o princípio da autonomia dos sujeitos, a tutela que ele proporciona não se centra tanto no controlo (de cariz preventivo) do procedimento conducente às notações de risco quanto na protecção dos atingidos perante notações incorrectas.

O campo por excelência do direito privado é, portanto, o da intervenção *ex post*, verificada uma notação inexacta ou deficiente. A responsabilidade civil está, pois, chamada a desempenhar um papel de eleição.

Deve convocar-se, entre nós, o artigo 485, n.º 2, do Código Civil: fora dos casos, na prática pouco numerosos, em que há uma asunção da responsabilidade por danos causados por informações ou em que a notação de risco incorrecta corresponde a um facto punível, é crucial saber se e em que medida existia, e perante quem, um dever de informar correctamente por parte da agência de *rating*.

Uma destrição importante é evidentemente a que decorre de saber se a notação havia sido contratualizada ou resultou antes de uma iniciativa unilateral da agência.

⁵ O registo pressupõe o estabelecimento (artigo 14.º do Regulamento 1060/2009). As grandes agências operam na União muitas vezes através de sociedades-filhas. São estas apenas as responsáveis segundo o artigo 35.º-A.

⁶ A última alteração do Regulamento de 2009 visou harmonizar uma matéria central e eminentemente nacional como é a responsabilidade civil. Desta forma, os conceitos utilizados apresentam conteúdos e conotações próprios que variam de país para país, tornando complexa a aplicação do Direito. O próprio artigo 35.º—A, n.º 4, 1.ª parte, estabelece que a interpretação de termos cruciais empregues na disciplina da responsabilidade da União segue o direito nacional aplicável.

A qualificação dogmática da responsabilidade envolvida torna-se imprescindível, ainda, em virtude de o preenchimento das lacunas dever fazer-se igualmente de harmonia com os direitos de cada país.

O direito nacional adquire assim, pelo artigo 35.º-A, como que a natureza de estatuto subsidiário de responsabilidade civil (o que reforça a utilidade da nossa perspectiva).

No primeiro caso, aplica-se evidentemente o regime do contrato, quer no que toca aos procedimentos de notação, quer naquilo que diz respeito a uma responsabilidade por não cumprimento.

Interessando-nos, contudo, a análise da protecção dos investidores, na maior parte dos casos nada os liga às agências de notação de risco; por isso as suas decisões de investimento não estão abrangidas pelo âmbito dos contratos que estas possam ter celebrado (designadamente, com sociedades objecto de notação).

Claro está que, mesmo assim, as notações inexactas, que geraram investimentos ruinosos por parte de investidores, podem ter sido o resultado da infracção de prescrições europeias de direito regulatório (já atrás referidas), quando aplicáveis.

Neste contexto, é sem dúvida tentadora a pretensão de considerar que a infracção de tais regras configura a violação de uma ou várias disposições de protecção. O que abriria efectivamente a porta à ressarcibilidade delitual dos danos económicos puros consubstanciados numa decisão de investimento inadequada; contornando a parcimónia com que o direito delitual sempre tem de olhar a ressarcibilidade desse tipo de prejuízos mediante a accionação, em favor dos investidores, da segunda situação básica de responsabilidade aquiliana que o artigo 483.º, n.º 1 do Código Civil contempla⁷.

Só que há bons motivos para descreer — e sem prejuízo do que possa vir a ser o futuro -, da amplitude da possibilidade de recurso a essa solução para proporcionar a desejada tutela dos investidores.

Em primeiro lugar, porque importa distinguir a protecção reflexa da tutela indemnizatória de certos interesses: o facto de se poder considerar que foi (também) intenção do legislador proteger determinados interesses não confere automaticamente a possibilidade de uma relevância delitual da ofensa desses interesses. Para mais se estiverem em causa notações de risco empreendidas, por sua própria iniciativa, pelas agências, e não notações tornadas obrigatórias por lei para certos efeitos que os sujeitos tenham solicitado e que aquelas estivessem vinculadas a realizar.

Depois, há o incontornável facto de que muitas notações de risco são hoje emitidas por entidades situadas fora do espaço europeu; pelo que o campo espacial de aplicação das leis europeias se mostra facilmente ultrapassado tratando-se de sociedades estrangeiras que operam a partir de países terceiros, muitas vezes à escala mundial: num plano, portanto, onde não há ordem e autoridade legislativa que fundamente ou possibili-

⁷ Assim, efectivamente, há algum tempo, Manuel MARTINS, *Responsabilidade civil das agências de notação de risco por informações prestadas aos investidores*, Porto, 2011, Dissertação de Mestrado policopiada), 18 e s., e 34.

te uma indemnização por violação de disposições de protecção⁸.

O direito conflitual português no que toca à responsabilidade extracontratual mostra aqui, como os seus congéneres, patentes limitações.

A construção da responsabilidade das agências de notação de risco terá, pois, de ensaiar outras vias.

Com amplitude de vistas (até porque a analogia, ou a diferenciação, convoca sempre um *tertium comparationis* que conduz a conhecer o “nervo” dogmático de qualquer responsabilidade legalmente estabelecida e recortada nos espaços nacionais).

Impõe-se, portanto, o recurso a figuras e formas de solução gerais, assumindo-se — como deverá, certamente, entender-se — que a notação de risco levada a cabo por sociedades que a ela se dedicam (profissionalmente) não lhes consente a irresponsabilidade própria das simples opiniões que é (entre nós, constitucionalmente) garantida pela liberdade de expressão.

Descontadas as hipóteses extremas de dolo (ou, eventualmente, de abuso do direito) das agências — que gerarão sempre a obrigação de reparação dos danos provocados na medida em que haja uma ofensa do mínimo ético-jurídico cuja observância de todos se reclama -, cremos que a via mais promissora de construção da responsabilidade das agências estará no que se tem e temos também chamado “uma terceira via da responsabilidade civil”.

Pensamos sobretudo no desenvolvimento do pensamento da *culpa in contrahendo* de terceiro — daquele que condiciona com autonomia e independência uma decisão de contratar (do investidor), agindo a solicitação alheia ou não (pouco importará) — e, ainda, da responsabilidade pela confiança que é susceptível de onerar aquele que, mediante declarações ou informações erróneas ou não verdadeiras, induz outrem a um investimento que de outro modo não faria, falseando a confiança que nele é depositada por causa da falta de verdade dessas mesmas informações⁹.

⁸ Tal qual observa a este propósito Margarida Azevedo Almeida, no seu relevante estudo *A responsabilidade civil perante os investidores por realização defeituosa de relatórios de auditoria, recomendações de investimento e relatórios de notação de risco*, Porto, 2007, não publicado, 125, “a qualidade das normas de protecção apenas deverá caber a normas gerais e abstractas providas do órgão estadual competente”. Esta, de facto, a doutrina que reputamos correcta (e que certamente permite abarcar, como a autora também sustenta, os regulamentos comunitários): *vide*, Sinde Monteiro, na sua obra, central para o entendimento de diversos aspectos da temática que nos ocupa, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Coimbra, 1989, 246; veja-se também, e em especial para uma reflexão sobre o enquadramento constitucional das normas de protecção, Adelaide Menezes LEITÃO, *Normas de protecção e danos puramente patrimoniais*, Coimbra, 2009, 403 s., 617 s., e *passim*.

⁹ Para uma fundamentação do recurso (que propomos) à *culpa in contrahen-*

Não se olvide, apesar de tudo, o contrato com eficácia de protecção para terceiros, susceptível de proporcionar nalguns casos uma tutela de terceiros investidores (protegidos pelo contrato): trata-se de uma figura que, considerando o facto de radicar num acto voluntário, se consegue esquivar mais facilmente aos limites das ordens jurídicas estaduais.

É certo que estes modelos dogmáticos são muito gerais e precisam de ser “afinados”: não só para resolver problemas específicos de regime que a prática colocará com frequência, mas nomeadamente porque importa manter a responsabilidade das agências dentro de limites aceitáveis. Esta não deverá ser demasiado vasta, tendo naturalmente de evitar-se que à sua sombra o investidor possa transferir ilegitimamente o risco do negócio para outrem.

Em qualquer caso, é conveniente não perder de vista tais modelos e os princípios que lhes subjazem.

De facto, só esses modelos e princípios parecem ser capazes de vencer as respectivas fronteiras, considerando a equivocidade do regime europeu no que toca à responsabilidade em benefício de terceiros investidores ou aos seus termos, e, sobretudo, tendo presente o facto de as agências de notação operarem muito para além de espaços nacionais ou regionais.

E, se esses modelos e princípios parecem proporcionar a base necessária para construir uma responsabilidade por notações perante os investidores, além daquele mínimo ético-jurídico posto em causa por condutas dolosas, capaz de reagir a condutas que não devam subtrair-se à responsabilidade, também eles poderão, como é mister, ajudar a conter essa mesma responsabilidade dentro de parâmetros razoáveis.

É do direito privado comum, portanto, como *ius cosmopolitanicum* (à escala mundial) que pode esperar-se auxílio para delinear a protecção dos investidores perante notações de risco inexactas: porfiando na sua capacidade de proporcionar soluções substancialmente justas e racionais para relações que serão, com indisfarçável frequência, na realidade, plurilocalizadas.

do de terceiro, à responsabilidade pela confiança (em informações inexactas) e ao contrato com eficácia de protecção para terceiros (a seguir referido) veja-se, amplamente, o nosso *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Coimbra, 2003, 135 s., 125 s., 154 s., 585 s., 607 s., 742 s., 751, n. 831, 756, e *passim*. (Acerca do contrato com eficácia de protecção para terceiros antes já o nosso *Contrato e Deveres de Protecção*, Coimbra, 1994, 103 s.)

Procurando explorar, muito justamente, estas possibilidades no campo da notação de risco, embora sem descurar os elementos de direito positivo, Margarida Azevedo de ALMEIDA, *A responsabilidade civil perante os investidores* 9 s.; e também Manuel MARTINS, *Responsabilidade civil das agências de notação de risco*, 25 s.

Por seu intermédio se deverá igualmente estruturar, diga-se de passagem, o direito à verdade — *rectius*, o direito à reposição da verdade — que há-de caber ao sujeito atingido por uma notação de risco incorrecta.

Aliás, o “direito (geral) à verdade” carece de ser trabalhado, desde logo na ordem jurídica lusa, se quisermos melhorar — veleidade vã? - a qualidade da nossa sociedade (democrática?!) e da nossa cidadania. Por exemplo, considerando-o também um interesse difuso, e — como propugnamos - repensando ou reconstruindo adequadamente, para esse efeito, o regime da acção popular (com particular atenção ao estatuto constitucional de ambos). A justificação, no plano substantivo e na vertente processual, deste “direito à verdade” constitui certamente também uma etapa muito relevante para fundamentar a sua expansibilidade além-fronteiras, por forma a morigerar a actividade de notação de risco e proteger, perante ela, quantos actuam no mercado global.

AS FRONTEIRAS ENTRE A RESTITUIÇÃO DO LUCRO ILÍCITO E O ENRIQUECIMENTO POR INTROMISSÃO

NELSON ROSENVALD

1. Introdução

É um fundamental princípio de justiça natural
*que ninguém deva injustamente se enriquecer as expensas
de outrem.*

Pomponius, *Digesto* 12,6,14

Indubitavelmente, o mais difundido equivalente funcional da restituição por lucros ilícitos é o enriquecimento injustificado. Todavia, temos que primeiramente compreender qual noção de enriquecimento injustificado é objeto de comparação. A final esse é um princípio demasiadamente amplo, podendo ser considerado como uma grande diretriz, posto que em última instância todo o direito privado pode ser reconduzido a proibição do enriquecimento injustificado, propiciando resultados excessivos.

Em um prólogo a uma obra sobre o enriquecimento injustificado, Fernando Pantaleón remete ao aprisionamento de Hugo Grotius (1583-1645) no Castelo de Loevestein, para indagar se o direito privado ainda se mantém encarcerado no referido castelo, com base na idealização formulada por Grotius para a ação de enriquecimento, com fundamento na equidade. Uma formulação pouco técnica, imprecisa e, insuficiente para responder aos problemas atuais do di-

reito restitutivo. Escapar do cárcere, demanda uma reformulação do conceito de enriquecimento injustificado, desprendendo-se da configuração tradicional e modernizando a matéria para delimitar rigorosamente os remédios jurídicos que resolvem importantes problemas práticos do direito privado.¹

Com efeito, em países como França, Itália e Espanha o que ainda temos é a tradição romana do enriquecimento injustificado generalizante, como uma doutrina segregada da figura do “pagamento indevido”, mediante um exercício de abstração que conduz a um tratamento unitário de conflitos completamente heterogêneos. Contudo, com base nos desenvolvimentos da ciência jurídica alemã, cogita-se atualmente de uma tipologia dos principais conflitos de interesse que dão azo a um enriquecimento. Não deixa de resultar paradoxal que a leitura dos autores que mais estudaram o enriquecimento injustificado - analisando os prós e contras dos distintos sistemas jurídicos - preferiram o modelo tipológico ao unitário. Por sua vez, os legisladores — tanto os francófonos como germanófilos e anglo-saxões optam por fórmulas mais basicamente unitárias.² Por conseguinte, o tratamento da matéria conforme o viés unificador ou tipológico facilitará a compreensão da explanação que virá adiante.

E aqui se esclarece a razão da nossa insistência em evoluir do sistema francês para o alemão. Na tipologia desenvolvida pela doutrina alemã, entre as categorias paulatinamente edificadas há espaço para o modelo do enriquecimento injustificado por intromissão de direitos (*Eingriffskondition*). Em contrapartida, na *common law*, o enriquecimento decorrente da violação de direitos é tratado no interno na responsabilidade extracontratual. Ou seja, surgem duas formas alternativas de se pensar o problema da expropriação dos benefícios indevidos, cada qual com seus prós e contras. Todavia, essa eleição entre um refinamento do enriquecimento ou um refinamento da responsabilidade civil é uma impossibilidade vigente no direito francês (e também no direito brasileiro), pois nenhum dos dois setores obrigacionais sofreu o desejado “refinamento”. Por um lado, não se concedeu destaque para a rica taxonomia do enriquecimento, o que permitiria discutir o lucro decorrente da intervenção com requisitos próprios e distintos de outras espécies de enriquecimento. Por outro, mantém-se a perspectiva da responsabilidade civil como mecanismo de transferência de da-

¹ Fernando PRIETO PANTALEÓN, “Prólogo”, in BASOZÁBAL ARRÚE, *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno*, 14.

² María Paz GARCÍA RUBIO, *Propuestas o modelos de regulación del enriquecimiento sin causa*, 246-247.

nos injustos, inviabilizando-se a discussão sobre *gain based damages*, seja pela via do *disgorgement* como do *reasonable fee*.

2. Do “monoenriquecimento” ao “polienriquecimento” injustificado

As dificuldades para fixar regras são certamente maiores no direito do enriquecimento que em outros âmbitos do direito privado (como os contratos ou a responsabilidade civil), pelo fato desse modelo desempenhar uma função auxiliar de “fechamento”, preenchendo vazios e corrigindo desvios entre as demais atribuições patrimoniais do direito privado. Essas dificuldades se intensificam na medida em que sistemas da *civil law* insistam na manutenção de um modelo unitário de enriquecimento, em detrimento de uma necessária tipologia que possa abarcar grupos de casos semelhantes. Como observa Jan Smiths, em crítica à redação do *Draft Common Frame of Reference* (DCFR), se a função do direito de enriquecimento é residual, tal função não pode ser levada a cabo em um modelo unificado em que todas as pretensões se meçam pelos mesmos requisitos, mas em nível de cada direito nacional, adaptando-se as peculiaridades e estrutura interna de cada ordenamento jurídico.³

A dificuldade de estabelecimento de limites se intensifica pela obscuridade que cerca o enriquecimento injustificado. Trata-se de um setor normativo muito mais impreciso que o contrato ou o ilícito extracontratual, de modo que a restituição não responde a critérios da mesma generalidade (ou homogeneidade) que as indenizações por incumprimento contratual ou por danos, já que não se pode assumir uma regra geral de restituição de todo e qualquer ganho que seja recebido de terceiros sem justificação na lei ou em contrato. Há uma enorme dificuldade em se construir uma explicação unitária da figura do enriquecimento sem causa, por sua excessiva abstração, daí a formação de teorias com base em tipos ou grupos de casos.^{4 5}

³ Jan SMITHS, *An European Law on unjustified enrichment*, 180.

⁴ Enrique Barros Bourie explica que “la vida en común supone que unos obtengamos provecho de los otros de las maneras más disímiles, sin que sea razonable llevar una cuenta corriente de esos beneficios... los beneficios que nos proveemos son de índoles muy diversas; y, aunque se establecer un método de medición, los costos de transacción que envolvería esa medición serían inabordables”, *Derecho de daños*, 17. Citando Jean Carbonnier, o autor presume que por isso a restituição seja conhecida como a mais romântica das ações.

⁵ De acordo com Maria Paz Garcia Rubio, a grande dificuldade de abrigar

Tendo em vista a nossa perspectiva de um enquadramento remedial da restituição, permitindo que essa pretensão seja vinculada não apenas ao fato jurídico do enriquecimento, mas também a violação de contratos e cometimento de ilícitos extracontratuais, é de grande importância que seja rompido o modelo unitário do direito de enriquecimento em favor de grupos de casos e tratamento das questões por tipos. Daí a nossa menção aos neologismos, “monoenriquecimento” e “polienriquecimento”, como ênfase ao aprimoramento da doutrina brasileira — a partir da sintonia fina sobre o conceito indeterminado do “enriquecimento sem causa” -, em um trabalho de “garimpagem” do mosaico de fatos jurídicos que dão margem a uma indevida transferência patrimonial. Ilustrativamente, não é possível tratar hipótese de *condictio* por prestação (liquidações contratuais ou pagamento por erro) junto às hipóteses de *condictio* de intromissão ilícita por uso e desfrute de bens alheios, que complementam a responsabilidade civil em um contexto de proteção de bens e direitos, pois tanto a indenização por danos causados ao titular de um direito, como a restituição dos proveitos ilegítimamente obtidos pelo demandado são peças que contribuem, cada uma de sua perspectiva, a proteção de direitos e posições jurídicas equiparáveis.⁶

O fato é que hoje as fundações do enriquecimento injustificado do século XIX estão em ruínas. A ação unitária de enriquecimento injustificado foi dividida em diferentes ações de naturezas jurídicas bastante divergentes. Essas ações não estão necessariamente limitadas ao valor que sobrevive; e a fórmula de *Savigny* (*shifting-of-property*) não desempenha mais nenhum papel significativo. De fato, atualmente existe uma enorme lacuna entre a redação das cláusulas gerais dos códigos sobre enriquecimento injustificado e a lei como ela é realmente aplicada. Não é de surpreender que o progresso doutrinário só tenha sido feito quando juristas começaram a desenvolver argumentos independentemente da substância conceitual das normas sobre enriquecimento injustificado.⁷

Daí, apesar da destinação original ao contexto austríaco e alemão, há uma importância considerável em nível de direito comparado do enfoque no “mapa universal” do direito do enriquecimento injustificado, a luz da taxonomia de *Wilburg e Von Caemmerer*,

a restituição no guarda-chuva do enriquecimento sem causa é a heterogeneidade de hipóteses concretas. *Restitución de beneficios obtenidos por intromisión en derecho ajeno*, 89.

⁶ Xavier BASOZABAL ARRUE, *Propuestas unitarias v. propuestas tipológicas en la modernización del derecho de enriquecimiento*, 228.

⁷ Nils JANSEN, *Farewell to unjustified enrichment?*, 14.

que se inicia pela básica e principal distinção entre o enriquecimento por prestação⁸ (*Leistung*) e outras formas de enriquecimento desvinculadas de uma prestação. A doutrina se distanciou da construção Pandectística de uma configuração unitária do enriquecimento injustificado, estampada no § 812 BGB, mas com base na dualidade contemplada pelo mencionado dispositivo⁹ e iniciou o caminho da teoria da diferenciação. A opção pela tese diferenciadora ou tipológica se tornou dominante na doutrina germânica, como especial repercussão pela classificação efetuada por *König*, que distinguiu as hipóteses de enriquecimento por prestação — *leistungskondiktion*, do *Eingriffskondiktion* — enriquecimento por intromissão em direitos alheios e do *Verwendungskondiktion* — o enriquecimento por inversão ou desembolso, que produz melhorias em bens alheios, sem se olvidar de incluir uma cláusula geral de caráter residual quando não forem aplicáveis as hipóteses anteriores.

As regras unitárias de enriquecimento injustificadas nos §§ 812 a 822 do BGB foram baseadas em suposições doutrinárias do século XIX que já foram superadas há muito tempo. Por isso, fala-se de uma convicção quase que generalizada da necessidade de adoção das novas abordagens tipológicas, com repercussão substancial na configuração normativa do direito do enriquecimento, entre eles, a erradicação dos pressupostos gerais para a ação de enriquecimento, o que torna esta instituição altamente imprevisível.¹⁰ Não há incompatibilidade em construir um sistema normativo diferenciador, de maneira que cada uma das situações de enriquecimento injustificado tenha os seus próprios requisitos e pressupostos jurídicos materiais e que todas se conectem a um fundamento normativo (tal como uma cláusula geral) que permita exercitar materialmente uma pretensão.

Infelizmente, há um divórcio entre o que deseja a doutrina e a acomodação legislativa, mantida a configuração unitária tradicional. Portanto é censurável, tal como se vê do DCFR, persistir na edificação

⁸ A noção de enriquecimento por prestação se distancia do pagamento indevido (base do sistema francês), pois o pagamento é apenas um dos tipos de prestação, que se restringe a cumprimentos realizados com o propósito de extinguir obrigações, enquanto no direito alemão alcança o cumprimento baseado em outros propósitos.

⁹ “(1) 1 Quem obtém algo sem razão legal pela prestação de outro ou de qualquer outra forma à sua custa, é obrigado a restituir. 2 Esta obrigação também existe se a razão legal deixar de existir mais tarde ou se o resultado pretendido por um serviço de acordo com o conteúdo da transação legal não se concretizar”.

¹⁰ Carles VENDRELL CERVANTES, *El enriquecimiento injustificado en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo*, 308.

de um único fundamento para a pretensão de enriquecimento injustificado. Ao dispor no Livro VII, Capítulo 1, a regra básica (1.101) pela qual “quem obtém um enriquecimento injustificado a custa de outrem está obrigado a restituí-lo”, o projeto traz um grau de abstração e indefinição insatisfatórios, deixando de reconhecer pretensões restitutórias distintas para os grupos de casos típicos amplamente reconhecidos na maior parte dos ordenamentos — consistentes em enriquecimento por atribuição, prestação, intromissão e melhorias.

“É justo por natureza que ninguém se enriqueça à custa de outrem”. A declaração, atribuída ao jurista Romano *Pomponius* é universalmente conhecida.¹¹ De fato, toda jurisdição possui remédios legais para retificar ganhos não aprovados pela legislação. Não obstante, até agora não existe um consenso sobre o significado da declaração de *Pomponius*. Trata-se de uma mera máxima de equidade, ou então uma regra substantiva de direito, diretamente aplicável? Sempre houve receio de uma influência ilimitada da justiça natural. Porém, por outro lado sempre houveram tentativas de sistematização das pretensões existentes para a restituição de benefícios indevidos, com objetivação de requisitos e características próprias.

A origem histórica do enriquecimento sem causa foi profundamente estudada por Díez-Picazo — principal referência do direito civil patrimonial espanhol na segunda metade do século XX - desde as suas raízes na exegese, glosa e comentários à referida citação de *Pomponius*, como dos textos sobre as *condictiones* em que aquele se fundava, completada com a chamada *actio in rem verso*. A ideia subjacente destas figuras foi desenvolvida pela Escola de Direito Natural racionalista, que reuniu diversas hipóteses restitutórias em um conceito genérico e abstrato, legisladas no Código civil austríaco de 1811. O conceito unitário de enriquecimento sem causa foi desenvolvido por Savigny,¹² herdado pela Pandectística, passando depois ao BGB (§§812 s). Também foi admitido no Código suíço das obrigações (artigos 62.º-7), no CC italiano (artigo 2041.º), que atribuiu à ação caráter

¹¹ Digesto.12.6.14 — *Nam hoc naturae aequum est, neminem cum alterius detrimento fieri locupletionem*.

¹² Explica Nils Jansen, que não foi até Savigny, no entanto, que a cláusula geral do enriquecimento foi finalmente reconhecida. Savigny havia explicado que todas as *condictio* romana se baseiam em um enriquecimento injustificado vindo da propriedade do credor. Com essa formulação abstrata, conhecida como “shifting of property formula”, ele definiu o ponto de partida para os desenvolvimentos do século XIX. Posteriormente, os pandectistas presumiram que todas as condições se baseavam no fato de que algum benefício havia sido transferido da propriedade de uma pessoa para outra. In *Farewell to unjustified enrichment?*, 10.

subsidiário, admitida unicamente quando o interessado não disponha de outro meio para alcançar o seu interesse (artigo 2.042.º) e, com similares características o CC de Portugal (artigos 473.º e 474.º).¹³

A maioria dos sistemas jurídicos se serve de uma ação de enriquecimento injustificado composta por três elementos: a) o demandado tenha recebido um benefício; b) às expensas do demandante; c) sem justificativa, ou seja, sem base legal ou de outra forma injusta. Não existe uma abordagem unificada para interpretar os critérios b e c, e, se particularmente a ação também requer que o demandante tenha sofrido um prejuízo. De qualquer forma, o enriquecimento injustificado é considerado uma contrapartida do direito contratual e da responsabilidade civil. Todavia, as questões relacionadas a sua *ratio*, escopo de aplicação e, particularmente, se deve haver um setor autônomo do enriquecimento injustificado, são temas de infundáveis discussões. As pretensões restitutórias em caso de transferências indevidas, remoção de lucros decorrentes de violações de direitos, reembolso de despesas em caso de assistência em emergência, repartição entre devedores solidários, são hipóteses de partes distintas de um instituto do enriquecimento injustificado ou se tratam de modelos jurídicos distintos?¹⁴

Se em um primeiro momento, o modelo do enriquecimento injustificado ajudou os juristas a superarem as antigas categorias dos quase-contratos e quase-delitos - categorias de nenhum valor doutrinário ou força explicativa — por outro, a abstração do conceito de enriquecimento sem causa fez com que, tempos depois, os civilistas reanalisassem completamente as várias ações agrupadas sob o guarda-chuva desse conceito, permitindo a identificação dos fundamentos adequados de cada qual dessas formas de enriquecimento. Como resultado desse processo, o outrora unificado direito de enriquecimento se fracionou em partes, deixando de ser um campo integrado do direito com um conjunto de princípios comuns e regras uniformemente aplicadas.

Esses questionamentos demonstram como é delicada a delimitação de fronteiras no mapa do direito das obrigações: sobremaneira a zona *gris* que delimita responsabilidade civil e o enriquecimento sem causa. Nas jurisdições da *civil law*, a restituição dos ganhos de-

¹³ Luis Díez-PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, I, 108/12. O autor investe na posição majoritária, pela qual é impossível construir uma explicação unitária sobre o enriquecimento sem causa por sua excessiva abstração, preferindo acudir a uma tipologia com grupos de casos em que é possível reclamar a restituição, divididos em três tipos de *condiciones* (ações dirigidas a exigir a restituição): a) a *condictio* da prestação; b) a *condictio* por intromissão; a *condictio* por inversão ou desembolso. *Ibid.* 124.

¹⁴ Sonja MEIER, *The Max Planck Encyclopedia*, vol. II, 1745.

correntes da intervenção em esfera jurídica alheia é respaldada pelo enriquecimento sem causa.¹⁵ Carneiro da Frada é enfático no sentido da inexistência de qualquer conexão intrínseca de significado entre a remoção do lucro e a prevenção em sede de responsabilidade civil: “estando em jogo a interferência do autor da lesão em direitos que confirmam um espaço reservado de atuação ao respectivo titular (direitos de exclusividade), a teoria do conteúdo da destinação (*zuweisungsgelt*) encarregar-se-á de justificar, segundo os princípios do enriquecimento sem causa a obrigação de restituir os lucros obtidos com a lesão”.¹⁶

Apesar de tudo, tentaremos demonstrar que tanto no âmbito teórico como no aspecto prático, é limitado o significado do enriquecimento injustificado para a remoção de ganhos ilícitos. Para tanto, devemos previamente avaliar o *Zeitgeist* da matéria no direito brasileiro.

3. A jurisprudência Brasileira recente

Como forma adequada de expor nosso ponto de vista absolutamente refratário à tese da aplicação subsidiária do enriquecimento injustificado à remoção de ganhos indevidos em razão da insuficiência do aludido modelo para abarcar um remédio restitutivo devidamente justificado por um fato ilícito, pretendemos expor primeiramente o cenário doméstico vigente.

¹⁵ No direito Português, escreve Diogo Leite Campos que “no enriquecimento sem causa, o que provoca a reação da lei é a vantagem ou aumento injustificado do patrimônio do enriquecido (independentemente do modo como tal enriquecimento se verificou) e não a possível perda ou diminuição produzida no patrimônio do credor da obrigação de restituir. Reflete-se aqui uma importante distinção entre o enriquecimento sem causa e a responsabilidade civil (e demais fontes das obrigações): existe entre ambos os institutos uma diferença de nível ou plano. No enriquecimento sem causa atende-se exclusivamente ao efeito (enriquecimento), o que se espelha no fato deste instituto ter uma função meramente restitutória e não sancionatória. Na responsabilidade civil, embora se vise preferentemente o efeito (o dano), atende-se também ao ato gerador (a ação ilícita). Esta diferença de plano justifica-se, fundamentalmente por os fenómenos de enriquecimento se alargarem a todo o direito de circulação de bens originados pelos mais diversos factos, tendo por isto o instituto do enriquecimento sem causa de prescindir da fonte desse enriquecimento se quiser, como é sua finalidade, preencher as lacunas desse mesmo direito. Portanto, é o enriquecimento que a lei, sem mais indagações, pretende remover, transferindo-o do patrimônio do enriquecido para o do credor da obrigação de restituir. O dano que o credor da obrigação de restituir tenha sofrido é indiferente as normas do enriquecimento sem causa”. In *A subsidiariedade da obrigação de restituir o enriquecimento*, 323).

¹⁶ Carneiro da FRADA, *Direito civil — responsabilidade civil. O método do caso*, 67.

O enriquecimento sem causa se tornou no direito brasileiro recente a rota natural para que se supra a lacuna legislativa quanto a um remédio de restituição de lucros ilícitos. Há uma tendência em curso ao concerto entre doutrina e jurisprudência quanto ao modelo jurídico nomeado como “lucro da intervenção”.

Porém essa figura não resulta de uma interpretação normativa, porém de pura criação jurisprudencial. Evidentemente o Código Civil brasileiro de 2002 optou por um modelo unitário de enriquecimento sem causa no Capítulo IV do Título VII do Livro de Obrigações, dentre os considerados “atos unilaterais” (junto à promessa de recompensa, pagamento indevido e gestão de negócios). “Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários” (artigo 884.º, CC/02) Instala-se um paradoxo, haja vista que o caráter generalizante da referida ação não cobre os principais casos de enriquecimento injustificado, como as melhorias realizadas em patrimônio alheio ou a intromissão em bens alheios para fins do uso, gozo, consumo ou disposição.

A melhor forma de explicar esse déficit legislativo consiste em destacar o *leading case* “Giovanna Antonelli”, decidido em outubro de 2018, pelo Superior Tribunal de Justiça (REsp 1698701-RJ).¹⁷ Fa-

¹⁷ RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. USO INDEVIDO DE IMAGEM. FINS COMERCIAIS. ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. ART. 884 DO CÓDIGO CIVIL. JUSTA CAUSA. AUSÊNCIA. DEVER DE RESTITUIÇÃO. LUCRO DA INTERVENÇÃO. FORMA DE QUANTIFICAÇÃO. “1. Calçado no artigo 884 do Código Civil e no princípio norteador da vedação ao enriquecimento sem causa, o dever de restituição do lucro da intervenção, ou seja, daquilo que é auferido mediante indevida interferência nos direitos ou bens jurídicos de outra pessoa, surge não só como forma de preservar a livre disposição de direitos, nos quais estão inseridos os direitos da personalidade, mas também de inibir a prática de atos contrários ao ordenamento jurídico naquelas hipóteses em que a reparação dos danos causados, ainda que integral, não se mostra adequada a tal propósito”, declarou o ministro. 2. Ação de indenização proposta por atriz em virtude do uso não autorizado de seu nome e da sua imagem em campanha publicitária. Pedido de reparação dos danos morais e patrimoniais, além da restituição de todos os benefícios econômicos que a ré obteve na venda de seus produtos. 3. Além do dever de reparação dos danos morais e materiais causados pela utilização não autorizada da imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais, nos termos da Súmula no 403/STJ, tem o titular do bem jurídico violado o direito de exigir do violador a restituição do lucro que este obteve às custas daquele. 4. De acordo com a maioria da doutrina, o dever de restituição do denominado lucro da intervenção encontra fundamento no instituto do enriquecimento sem causa, atualmente positivado no artigo 884.º do Código Civil. 5. O dever de restituição daquilo que é auferido mediante indevida interferência nos direitos ou bens jurídicos de outra pessoa tem a função de preservar a livre disposição de direitos, nos quais estão inseridos os direitos

remos referência ao raciocínio adotado para embasar a decisão, bem como a citação a parte da doutrina que serviu de referência ao desfecho do caso. Em síntese, a *vexata quaestio* se referiu à apuração do lucro da intervenção obtido por uma farmácia de manipulação com o uso indevido da imagem da famosa atriz para vender um produto. Isto é, sem contrato ou autorização, a farmácia utilizou o nome e a imagem de Giovana Antonelli de forma sugestiva para alavancar as vendas de um composto “detox” que teria efeitos de emagrecimento.

Em primeiro grau, a sentença condenou a empresa à retratação pública, além do pagamento de indenização de R\$ 30 mil por danos morais. O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ) incluiu na condenação o montante correspondente ao lucro da intervenção, fixado em 5% sobre o volume de vendas do produto. No recurso ao STJ, Giovanna Antonelli afirmou que o TJRJ restringiu o alcance da norma disposta no artigo 884 do CC ao arbitrar determinado percentual sobre as vendas, independentemente de apurar o efetivo enriquecimento patrimonial obtido. Segundo o Ministro relator Villas Bôas Cueva, o relativo ineditismo da questão do lucro da intervenção trazia consigo a dificuldade de enquadramento em algum dos institutos de direito civil. A forma utilizada para contornar o obstáculo foi o de fundamentar o dever da restituição do lucro da intervenção no enriquecimento sem causa. O denominado lucro da intervenção, de acordo com o conceito trazido por Sérgio Savi, representa o “(...) lucro obtido por aquele que, sem autorização, interfere nos direitos ou bens jurídicos de outra pessoa e que decorre justamente desta intervenção”¹⁸

da personalidade, e de inibir a prática de atos contrários ao ordenamento jurídico.6. A subsidiariedade da ação de enriquecimento sem causa não impede que se promova a cumulação de ações, cada qual disciplinada por um instituto específico do Direito Civil, sendo perfeitamente plausível a formulação de pedido de reparação dos danos mediante a aplicação das regras próprias da responsabilidade civil, limitado ao efetivo prejuízo suportado pela vítima, cumulado com o pleito de restituição do indevidamente auferido, sem justa causa, às custas do demandante.7. Para a configuração do enriquecimento sem causa por intervenção, não se faz imprescindível a existência de deslocamento patrimonial, com o empobrecimento do titular do direito violado, bastando a demonstração de que houve enriquecimento do interventor. 8. Necessidade, na hipótese, de remessa do feito à fase de liquidação de sentença para fins de quantificação do lucro da intervenção, observados os seguintes critérios: a) apuração do *quantum debeat* com base no denominado lucro patrimonial; b) delimitação do cálculo ao período no qual se verificou a indevida intervenção no direito de imagem da autora; c) aferição do grau de contribuição de cada uma das partes e d) distribuição do lucro obtido com a intervenção proporcionalmente à contribuição de cada partícipe da relação jurídica”.

¹⁸ Sérgio SAVI, *Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa*, 7. Segundo o autor, quando o ofensor intervém na esfera jurídica alheia, normalmente usando, consumindo ou dispondo de bens ou direitos de outrem, as regras tradicionais da

Anotese-se que a referida decisão igualmente se apoiou em argumentos de direito comparado¹⁹ e no recente Enunciado 620 da VIII Jornada de Direito Civil (abril de 2018), que interpretou o artigo 884.º do Código Civil, “a obrigação de restituir o lucro da intervenção, entendido como a vantagem patrimonial auferida a partir da exploração não autorizada de bem ou direito alheio, fundamenta-se na vedação do enriquecimento sem causa”.

A decisão em questão levanta uma série de desafios. O primeiro deles consiste em compreender por qual razão se fez apelo ao enriquecimento sem causa quando todas as peculiaridades do caso indicavam por uma perfeita oportunidade de aplicação do remédio da remoção dos ganhos indevidos no interno da responsabilidade civil.

No entender do relator, a inclusão do lucro da intervenção na indenização devida àquele que tem o seu direito violado aparenta conflitar com o princípio da reparação integral e com o disposto no artigo 944.º do Código Civil — “segundo o qual a indenização se mede pela extensão do dano”, não se mostrando a responsabilidade civil o insti-

responsabilidade civil podem não ser suficientes enquanto sanção pela violação de um interesse merecedor de tutela. O ato do interventor pode não causar danos ao titular dos bens ou direitos. Quando causar danos, os lucros obtidos pelo interventor podem ser superiores aos danos causados à vítima. Na primeira hipótese, não há que se falar em responsabilidade civil, pois para que se conceda a indenização é indispensável que a vítima tenha efetivamente experimentado um prejuízo. Na célebre frase de Henri Lalou: ‘Pas de prejudice, pas de responsabilité civile’. Já quando os lucros obtidos forem superiores aos danos causados, mesmo após indenizar a vítima, o ofensor estará em uma situação melhor do que estava antes da prática do ato não tutelado pelo ordenamento jurídico. Afinal, como a indenização é medida pela extensão do dano (cc, artigo 944.º), nas hipóteses de lucros superiores aos danos causados, o saldo positivo entre lucros obtidos e prejuízo indenizado permanecerá em definitivo no patrimônio do interventor. Tal situação poderia servir de estímulo para a violação a institutos fundamentais para a vida em sociedade, como a propriedade, o contrato e os direitos da personalidade. Diante da ineficácia das tradicionais regras da responsabilidade civil para lidar com o problema do lucro da intervenção, buscou-se no ordenamento jurídico brasileiro uma solução alternativa. Em razão de suas características e funções, concluiu-se que o lucro da intervenção deve ser dogmaticamente enquadrado no enriquecimento sem causa”.

¹⁹ Diogo Leite de Campos: “Através do mecanismo da responsabilidade civil, a lei não pretende atribuir outros efeitos ao enriquecimento, no sentido do artigo 474.º, pois ela não pensou nele, mas tão só em reparar um dano. Nestes termos, a referência ao dano não impedirá a restituição do enriquecimento, se este lhe for superior. Trata-se de uma verdadeira lacuna a preencher pelo enriquecimento sem causa. E isso porque, como visto, ao contrário da responsabilidade civil, o enriquecimento sem causa tem por função específica remover o enriquecimento. A reação do ordenamento jurídico é contra o aumento injustificado do patrimônio do enriquecido e não contra os possíveis prejuízos sofridos pelo titular do direito (o ‘empobrecido’)”. In *A Subsidiariedade da obrigação de restituir o enriquecimento*, 92-95)

tuto mais apropriado para lhe dar guarida. Isso porque, em determinadas hipóteses, a vantagem patrimonial obtida por meio da indevida intervenção em direitos ou bens jurídicos alheios, objeto do pedido de restituição, superará o próprio prejuízo sofrido pelo titular do direito.²⁰

Contudo, um segundo desafio para o acesso ao modelo do enriquecimento sem causa consistia em justificar como a atriz poderia obter a restituição de ganhos, tendo em vista que o artigo 884 do Código civil dispõe que “Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários”. A expressão “enriquecer à custa de outrem”, a princípio pressupõe uma transferência de patrimônio do empobrecido para o enriquecido, umnexo causal entre o agravamento de uma posição jurídica e o conseqüente acréscimo econômico daquele que se beneficia. No caso referido, a atriz evidentemente não “empobreceu” ou deslocou um ativo para a farmácia de manipulação que fez uso inconstentido de sua imagem.

Nada obstante, segundo o relator, “para a configuração do enriquecimento sem causa por intervenção, não se faz imprescindível a existência de deslocamento patrimonial, com o empobrecimento do titular do direito violado, bastando a demonstração de que houve enriquecimento do interventor”.²¹ Nesse particular, a decisão fez alusão ao Enunciado n. 35 do Conselho de Justiça Federal, com o seguinte texto: “A expressão ‘se enriquecer à custa de outrem’ do artigo 886.º do novo Código Civil não significa, necessariamente, que deverá haver empobrecimento” (grifou-se). Para a configuração do enriqueci-

²⁰ A esse respeito, observa Maria Cândida do Amaral Kroetz: “(...) A questão que se coloca neste momento é a de se saber qual instituto jurídico seria suficiente para dar fundamento à pretensão do titular do bem de exigir o lucro da intervenção. Ocorre que a responsabilidade civil, entendida como geradora da obrigação de reparar um dano, nem sempre se revela suficiente para justificar a restituição de um lucro, ainda que ilicitamente obtido, quando este é superior ao dano provocado.” (*Enriquecimento sem causa no direito civil brasileiro contemporâneo e recomposição patrimonial*, Universidade Federal do Estado do Paraná / Faculdade de Direito, 2005, Tese de Doutorado sob a orientação do Professor Luiz Edson Fachin, 160).

²¹ Essa, a propósito, é a opinião de Giovanni Ettore Nanni: “Não se exige o empobrecimento como requisito indispensável para a caracterização do enriquecimento sem causa e, conseqüentemente, para o exercício da ação de enriquecimento. Em variadas vicissitudes, inclusive de vantagem obtida não patrimonial, o empobrecimento pode não ser configurado de forma concreta no patrimônio do empobrecido, mas, de qualquer forma, fica tipificado o enriquecimento sem causa. Nessas circunstâncias, negar a utilização da ação de enriquecimento pela ausência do requisito do empobrecimento significaria obnubilar a segurança jurídica que representa o acolhimento do enriquecimento sem causa na nova ordem civil.” (*Enriquecimento sem causa*, 276).

mento sem causa por intervenção, portanto, não se faz imprescindível a existência de deslocamento patrimonial, com o empobrecimento do titular do direito violado, bastando a demonstração de que houve enriquecimento do interventor.

Em adendo, conforme se extrai do acordão, a cláusula geral da proibição do enriquecimento sem causa também contempla a situação de alguém obter um enriquecimento por uma ingerência não-autorizada no patrimônio alheio, como sucederá nos casos de uso, consumo, fruição ou disposição de bens alheios. A doutrina alemã há muito tem qualificado o caso como enriquecimento por intervenção (*Eingriffskondiktion*).²² Assim, com base na cláusula geral do artigo 884.º, deve ser atribuída, nessas hipóteses, ao titular uma pretensão à restituição do enriquecimento sem causa, sempre que essa pretensão não seja excluída pela aplicação de outro regime jurídico. O fim da pretensão será a recuperação da vantagem patrimonial obtida pelo interventor, o que ocorrerá sempre que, de acordo com a repartição dos bens efetuada pela ordem jurídica, essa vantagem se considere como pertencente ao titular do direito. Acresça-se que, ainda segundo o Ministro relator, “tal solução pode ser confirmada pelo fato de o artigo 12.º do Código Civil brasileiro admitir que a violação dos direitos de personalidade não apenas desencadeie perdas e danos, mas também outras sanções legais, entre as quais naturalmente se incluirá a restituição por enriquecimento sem causa.”

Um terceiro desafio para erigir o enriquecimento sem causa como equivalente funcional da restituição por lucros ilícitos consiste em superar a natureza subsidiária da pretensão de enriquecimento

²² “As hipóteses mais comuns de enriquecimento por intervenção reconduzem-se às intervenções em direitos absolutos, como os direitos reais, os direitos autorais e da propriedade industrial, e os direitos de personalidade. No caso dos direitos reais, o *uti, frui, abuti* sobre a coisa cabe exclusivamente ao proprietário (artigo 1.228.º), pelo que o gozo ou disposição por outrem não-autorizados legitimam sempre o titular a exigir a restituição por enriquecimento, embora não tenha sofrido qualquer prejuízo efetivo. No caso dos direitos autorais e da propriedade industrial, há igualmente uma atribuição exclusiva de um bem imaterial ao titular do direito correspondente, pelo que a ingerência não-autorizada pelo titular (publicação de uma obra alheia; utilização de patentes, modelos de utilidade ou marcas alheias) deverá permitir-lhe o recurso à ação de enriquecimento. Finalmente, quanto aos direitos de personalidade, o fato de, na atual sociedade econômica, ter-se vindo a verificar cada vez mais um aproveitamento comercial dos bens de personalidade implica o reconhecimento ao seu titular de um direito à restituição do enriquecimento obtido pela ingerência nesses bens sem autorização do respectivo titular (utilização do nome, imagem, ou divulgação de fatos relativos à vida privada doutrem com intuítos comerciais)”.

sem causa. Com efeito, de acordo com o artigo 886.º, do Código Civil, “Não caberá a restituição por enriquecimento, se a lei conferir ao lesado outros meios para se ressarcir do prejuízo sofrido”. Entretanto, para o relator - novamente amparado no direito comparado -²³ a subsidiariedade da ação de enriquecimento sem causa não impede que se promova a cumulação de ações, cada qual disciplinada por um instituto específico do Direito Civil, sendo perfeitamente plausível a formulação de pedido de reparação dos danos mediante a aplicação das regras próprias da responsabilidade civil, limitado ao efetivo prejuízo suportado pela vítima, cumulado com o pleito de restituição do indevidamente auferido, sem justa causa, às custas do demandante.

Por fim, o relator lembrou que muito mais complexo do que reconhecer o dever de restituição dos lucros auferidos por meio da indevida utilização da imagem da atriz é a quantificação desse valor. Haveriam dois caminhos, buscar o lucro real, ou objetivo, e lucro patrimonial, ou subjetivo: O chamado lucro real equivaleria ao valor normalmente cobrado pela autora para autorizar, por meio de um contrato regularmente celebrado, a utilização de sua imagem em uma campanha

²³ Luís Manuel Teles de Menezes Leitão: “A referida norma pretende estabelecer que a ação de enriquecimento seja o último recurso a utilizar pelo empobrecido. Estar-lhe-á, por isso, vedada a sua utilização no caso de possuir outro fundamento para uma ação de restituição (como em caso de anulação do contrato por erro ou dolo — artigos 138.º e ss.), no caso de a lei pretender que a aquisição à custa de outrem seja definitiva (como nas hipóteses de usucapião — artigos 1.238.º e s. — e prescrição — artigos 189.º e s.) ou quando a lei atribui outros efeitos ao enriquecimento sem causa (como na modificação do contrato, em caso de lesão — artigos 157.º e s. ou por onerosidade excessiva — artigos 478.º e s.). Essa exclusão ocorrerá mesmo que a ação concorrente não possa já ser exercida por ter decorrido o prazo respectivo, sob pena de perder sentido o estabelecimento desse prazo. Uma análise mais cuidada do regime do enriquecimento sem causa permite, porém, concluir que a denominada ‘regra da subsidiariedade’ não tem um alcance absoluto. A ação de enriquecimento não parece pressupor que o empobrecido tenha perdido a propriedade sobre as coisas obtidas pelo enriquecido, pelo que ela pode concorrer com a reivindicação. Também é manifesto que a ação de enriquecimento poderá concorrer com a responsabilidade civil, sempre que esta não atribua uma proteção idêntica à da ação de enriquecimento. Não parece assim que a regra do art. 886 consagre uma subsidiariedade geral da ação de enriquecimento, mas antes uma incompatibilidade de pressupostos entre as situações referidas e essa ação. Efetivamente, se a lei determina a subsistência do enriquecimento é porque lhe reconhece justa causa e, se atribui algum direito ao empobrecido em consequência da situação ocorrida, fica excluída a obtenção de enriquecimento à custa de outrem. Não parece existir, por isso, uma verdadeira subsidiariedade do enriquecimento sem causa, funcionando muitas vezes a invocação de tal regra como um ‘cripto argumento’, destinado a evitar uma utilização desproporcionada da cláusula geral do art. 884.” (In “O enriquecimento sem causa no novo código civil brasileiro”, *Revista CEJ* 8/25 [abr./jun. 2004] 24-33).

publicitária de iguais proporções — valor de mercado da exploração comercial da imagem. Como parâmetro de quantificação não foi esse o lucro adotado, tendo-se entendido que, da reparação desse específico prejuízo já se encarrega o instituto da responsabilidade civil, limitando-se aos danos efetivamente sofridos. Portanto, considerou-se que o “preço razoável de uso” não é um *gain-based damages*, porém, apenas um método alternativo de compensação de danos.²⁴ Para o relator, incidem as regras do enriquecimento sem causa com vistas à restituição do lucro patrimonial ao seu verdadeiro titular, pois o artigo 884.º do Código Civil é categórico ao determinar a restituição do que for indevidamente auferido, a revelar a intenção do legislador de que seja, então, devolvido o que aqui se denominou “lucro patrimonial”.

Assim, considerou o relator que seria mais sensato o perito analisar o incremento de vendas do produto e, com base nessa informação, aferir em que medida a exploração desautorizada da imagem da autora influenciou no lucro obtido pelo interventor. No voto acompanhado pela unanimidade do colegiado, o ministro estabeleceu alguns parâmetros a serem utilizados pelo perito judicial para chegar ao montante a ser restituído: a) apuração do *quantum debeat* com base no denominado lucro patrimonial; b) delimitação do cálculo ao período no qual se verificou a indevida intervenção no direito de imagem da autora; c) aferição do grau de contribuição de cada uma das partes mediante abatimento dos valores correspondentes a outros fatores que contribuíram para a obtenção do lucro, tais como a experiência do interventor, suas qualidades pessoais e as despesas realizadas; e d) distribuição do lucro obtido com a intervenção proporcionalmente à contribuição de cada partícipe da relação jurídica.

4. A insuficiência do enriquecimento sem causa como alternativa à restituição por lucros ilícitos

4.1 Enriquecimento sem causa como fonte obrigacional residual

“O enriquecimento sem causa precisa de pelo menos alguns livros em que seja tratado isoladamente, o que é a prova de sua independência. Porém, nada há de errado com livros sobre o direito restitutivo como

²⁴ “De fato, não se pode limitar a pretensão daquele que teve o seu direito de imagem violado ao valor que a ele seria devido em uma regular contratação. Na feliz expressão utilizada pelo Ministro Vitor Nunes Leal em precedente da Corte Suprema, ‘a consequência do ato vedado não pode ser a mesma do ato permitido (RE nº 56.904/SP, DJ 5/10/1966)’.”

um todo, desde que sejam internamente compartimentados, de forma a distinguir entre diferentes fatos jurídicos que dão origem ao direito de restituição, como uma condenação baseada em ganhos, de natureza multicausal. Via de consequência, um livro sobre a restituição de ganhos é muito diferente de um livro sobre o enriquecimento sem causa propriamente dito, porque o enriquecimento sem causa é apenas um dos seus eventos causadores, embora o mais importante. (Peter Birks²⁵)

Para fins de restituição por lucros ilícitos, o enriquecimento injustificado — mesmo na refinada tipologia do enriquecimento por intervenção — é um equivalente funcional indesejável por três razões: *a*) a restituição por lucros ilícitos não pertence ao terreno do enriquecimento injustificado; *b*) Na restituição por lucros ilícitos não há enriquecimento na acepção da expressão “à custa de outrem” do artigo 884 do CC; *c*) o enriquecimento injustificado é espécie de enriquecimento independente da existência de um ato ilícito.

É comum lermos que enquanto o enriquecimento sem causa lida com os ganhos do demandado, a responsabilidade civil enfrenta os danos do demandante. Essa abordagem unilateral é evidentemente equivocada, pois resume os limites entre duas fontes obrigacionais em uma perspectiva puramente remedial. Ou seja, a pretensão de compensação de danos em oposição a de restituição de benefícios econômicos.²⁶ O fato é que devemos redefinir as fronteiras entre responsabilidade civil e enriquecimento sem causa.

A distinção entre os fatos jurídicos que constituem uma relação obrigacional e os remédios que o sistema jurídico apresenta para sancionar um comportamento indevido é a chave para a compreensão da relação entre o evento do enriquecimento injustificado e o remédio restitutivo. A lei do enriquecimento injustificado descreve os eventos que dão origem a uma pretensão de restituição. Trata-se da única resposta possível a um enriquecimento injustificado. Todavia, tam-

²⁵ Peter BIRKS, “Prefácio”, in *Unjust enrichment*, 2.^a ed., 2004. “Apenas um livro separado sobre enriquecimento sem causa pode demonstrar a independência do evento tipificado pelo pagamento indevido de uma dívida inexistente ou fatos a ele análogos. Somente dentro desse livro será visto claramente que fatos singelos, não equivalentes a um ilícito ou contrato, gerarão o direito à restituição. A restituição baseada em ganhos por ilícitos é uma ‘companheira de cama’ incompatível, pois, analiticamente, um enriquecimento sem causa nunca será um ilícito”.

²⁶ Fato claramente perceptível em extrato do voto do Relator, Ministro Villas Boas Cuêva no referido julgado N. 1.698.701/RJ: “Isso porque a responsabilidade civil não tutela nada além dos prejuízos efetivamente sofridos pela vítima do evento danoso, enquanto que o enriquecimento ilícito se encarrega apenas de devolver o lucro obtido em decorrência da indevida intervenção no direito de imagem de outrem ao seu verdadeiro titular”.

bém pode se utilizar o remédio restitutivo fora do enriquecimento sem causa, alcançando os setores obrigacionais da responsabilidade civil e dos contratos. Remédios são os meios pelos quais direitos são efetivados. Conceito que se identifica com a nossa pretensão. O que se desencadeia por um fato de um enriquecimento injustificado, da quebra de um contrato ou de um ilícito extracontratual é o remédio restitutivo, meio pelo qual o titular do direito realiza o seu direito ao resgate de benefícios indevidos.

Para superar a abordagem tradicional do direito inglês pela qual restituição e enriquecimento injusto se equivalem — tal como dois lados de um mesmo quadrado - Peter Birks parte de uma correta taxonomia que vale não apenas para a *common law*, como também para as jurisdições da *civil law*. Assim como um labrador é um cachorro, o recebimento de um pagamento indevido é um enriquecimento injusto às expensas de outrem. Os elementos de generalização são os seguintes: o recebimento de um pagamento supõe o recebimento de dinheiro e este generaliza para o enriquecimento. Em resumo, o enriquecimento injusto não é nada mais do que um nome genérico concedido a um pagamento indevido. Tal como o pagamento o enriquecimento é um fato jurídico. Algo que acontece no mundo.²⁷ O pagamento também supõe que o enriquecimento acontece pela transferência por outrem. Conseqüentemente, o enriquecimento por transferência alheia se generaliza pelo enriquecimento às expensas de outrem. O erro reflete a existência de uma razão — que não um contrato ou ilícito extracontratual — pela qual o pagamento deve ser restituído. A razão genérica pela qual um enriquecimento às expensas de outrem deve ser restituído, é o fato de ter sido “injusto”. A utilidade dessa formulação genérica é a de permitir o reconhecimento de outros exemplos que são materialmente idênticos ao caso principal.²⁸

²⁷ Peter BIRKS, *Unjust enrichment*, 9-12. Da mesma forma, “cachorro” reúne ao Labrador todos os *Rottweilers*, *Spaniels*, *Terriers*, e por aí vai. Em um certo ponto, inevitavelmente alcançamos uma fronteira. “cachorro” não é usado para raposas e lobos. Dingos levantam dificuldades, pois são usualmente referidos como cães selvagens, daí a selvageria não pode ser a chave. Quando vemos outros exemplos de enriquecimento injusto o propósito é encontrar todos os fatos jurídicos que geram o direito à restituição pela mesma lógica que o explica o caso principal. Ou seja, ao generalizarmos do pagamento indevido para o enriquecimento injusto, temos que indagar se existem outras razões para um fato não contratual ou não ilícito demandar que a pessoa enriquecida tenha que abrir mão do que obteve às expensas do autor da demanda. Finalmente, pela generalização da transferência “pelo” demandante para “às expensas” do demandante, podemos perguntar que outras conexões são suficientes para relacionar um pretense autor à uma demanda em que pede ao réu que abandone os seus ganhos.

²⁸ A clássica ilustração inglesa do pagamento indevido por um débito inexis-

A violação de contratos e a prática de ilícitos extracontratuais são caminhos bem trilhados na doutrina da *civil law* e *common law*, enquanto o território dos pagamentos indevidos e seus congêneres foi sempre mal mapeado. Porém, precisamente pelo fato de a restituição ser uma resposta multicausal, observamos que os mapas obrigacionais falharam ao isolar o enriquecimento injusto, pois ainda está aberto o desafio de conhecer quais são as razões - sejam elas poucas ou variadas — que não sejam contratos ou ilícitos, mas que todavia propiciem direito à restituição pelo enriquecimento obtido às expensas do demandante.

Para encontrar o espaço apropriado ao enriquecimento injustificado nas jurisdições da *civil law* é imprescindível se valer da tipologia desenvolvida pelo direito alemão contemporâneo, verificando se cada uma das construções realmente aporta requisitos próprios e responde a situações não disciplinadas em outros setores do direito privado. Para aquilo que nos interessa, apenas tomaremos por empréstimo o enriquecimento por intromissão (*Eingriffskondiktion*) como uma categoria diversa a figura básica do enriquecimento por prestação (*Leistungskondiktion*), na qual o remédio restitutivo surge no bojo de relações obrigacionais que erroneamente se assumem que existam (caso do pagamento indevido ou de prestações que tenham perdido a sua justificativa em razão de nulidade, resolução ou resilição contra-

tente é o caso *Kelly v Solari* (1841). O sr. Solari morreu, tendo a cautela de fazer um seguro para a esposa. A sua viúva foi regamente paga. Contudo, mais tarde a seguradora descobriu que o seguro havia caducado antes da morte do Sr. Solari, eis que ele havia se omitido de pagar um prêmio, sem que esse fato houvesse sido checado pela empresa. O tribunal sustentou que a viúva deveria restituir o valor indevidamente recebido, a menos que, em um novo julgamento, o júri descobrisse que a seguradora não estava enganada ao proceder ao pagamento. Primeiramente, o caso mostra que o direito à restituição de um pagamento indevido não se refere a qualquer manifestação de consentimento por parte do beneficiário. Não depende da promessa do destinatário ou, de qualquer forma de anuência em desistir do enriquecimento. O direito de restituição daquele que pagou enganado, não se baseia em contrato. Ademais, não existe ilícito. Direitos frequentemente nascem independentemente do consentimento, oportunidade em que na maior parte surgirão de ilícitos. Porém, no pagamento indevido não há um comportamento antijurídico. Se pensarmos que aquele que recebeu uma quantia indevida pratica um ilícito por reter o dinheiro que deveria ter devolvido, estaremos induzindo uma responsabilidade por “consciência pesada”. Ou seja, evitaríamos a pergunta: por que, sem ilícito ou contrato, aquele que enriqueceu é obrigado a restituir? Ao receber um pagamento, o destinatário não descumpriu qualquer dever. Trata-se, portanto, uma responsabilidade objetiva, que surge de fatos por vezes triviais, que não resultam nem em contrato nem em ilícito. A responsabilidade objetiva resulta simplesmente do recebimento de um pagamento equívocado. Além de contratos e ilícitos, há claramente um *tertius quid*, cujo fato causativo é o enriquecimento sem causa.

tual). Em sentido diverso, no enriquecimento por intromissão surgirá a restituição de benefícios que seguem a injustificada intromissão em direitos alheios, em princípio garantidos a um titular com exclusividade. A obrigação de restituir benefícios se associa a violação de direitos de propriedade, mesmo que não tenha ocorrido dano ao titular.²⁹

Ou seja, urge abdicar da herança francesa do enriquecimento sem causa, que até hoje se encontra presa em um círculo vicioso, oscilando por um lado, entre a extrema generalidade do princípio geral — forjado em extrema abstração de enunciados e critérios — que veda o enriquecimento (modelo unitário) e, por outro lado, pelo casuísmo equitativo das sentenças, quando o ideal seria a adoção de vias intermediárias que estruturassem internamente e conferissem consistência ao princípio, sem que o atomizassem, tornando esse modelo jurídico mais operativo e adequado às necessidades da prática. Por conseguinte, é de bom alvitre que abandonemos a tendência a polarizar o tratamento do enriquecimento sem causa em torno dos dois aludidos extremos, há muito sondados por *Ripert e Teisseire*:³⁰ pelo amor a uma sistematização sem defeitos, criam-se enunciados ou proposições de caráter genérico sobre o pensamento jurídico teórico. Porém, a inescapável casuística proporciona um conteúdo material disforme e desconexo àqueles. O anseio por uma extrema singeleza e unidade destoa da irremediável aceitação de uma realidade indômita e dificilmente compreensível a partir daquela.

O reconhecimento do enriquecimento por intromissão como pretensão de enriquecimento injustificado derivado do desfrute, usurpação, consumo ou disposição de um direito ou coisa alheia, com substantividade jurídica própria e diferenciada da reparação de danos, constitui a prova mais evidente da assunção de um esquema tipológico ou diferenciador que busca a setorialização dos problemas derivados do enriquecimento sem causa. O fundamento da demanda do credor não se alicerça no argumento de que a propriedade que lhe pertencia foi transferida ao demandado (tal como pretendia a construção de *Savigny*), porém o fato de que o benefício por ele obtido era atribuído por lei ao demandante. Uma classificação fundada no conteúdo da atribuição do direito violado (*Zuweisungsgehalt*), tal como realizada por *Wilburg y von Caemmerer*, é extremamente positiva para delimitar o âmbito objetivo de aplicação do modelo do enriquecimento injustificado. A questão sobre quais posições jurídicas contam

²⁹ Enrique BARROS BOURIE, *Derecho de daños*, 24.

³⁰ RIPERT / TEISSEIRE, *Essai d'une théorie de l'enrichissement sans cause en droit civil français*, 752.

com a proteção do Direito de Enriquecimento se faz depender desse dado objetivo: que faculdades exclusivas atribui o direito usurpado ao seu titular, sem se indagar sobre a conduta do intromissor ou a reprovação que mereça em termos de dissuasão.³¹

Em um giro para a *common law*, em sua classificação baseada em fatos jurídicos - “event-based classification” — Peter Birks³² ressalta que restituição por enriquecimento injusto e restituição por ilícitos deitam raízes em diferentes setores do direito de obrigações e, consequentemente demandam pressupostos distintos por parte do ordenamento. Em comum a ambas as situações, há o fato do enriquecimento. Todavia, enquanto a restituição por ilícitos é um remédio próprio a um comportamento objetivamente antijurídico por parte daquele que obteve um benefício (mesmo que não subjetivamente culposos),³³ a restituição por enriquecimento injusto é uma pretensão que se relaciona a todas as situações geradoras de enriquecimento, porém alheias à violação de um pacto ou a um ilícito. O requisito da ilicitude é estranho ao remédio restitutivo no setor do enriquecimento sem causa, consistindo o benefício injustificado em fato objetivo que não pressupõe um juízo de antijuridicidade. Mesmo que o receptor do ganho tenha atuado licitamente e demonstrado um comportamento irretocável terá que restituir no *unjust enrichment*.

Isto significa que o enriquecimento sem causa é uma *ultima ratio*, servindo como elemento residual no direito das obrigações para o conjunto de atribuições patrimoniais que não tenham como causa um ato consensual ou um comportamento antijurídico. O termo “injusti-

³¹ Xavier BASOZABAL ARRUE, *Enriquecimiento injusto comparado: una aproximación al Derecho inglés de Restituciones*, 43. “¿de qué se trata, de reintegrar un derecho o posición jurídica con aquello que el ordenamiento jurídico atribuye a su titular, o de reaccionar frente a determinadas conductas para evitarlas? La cuestión ha sido muy estudiada en el contexto de la *Eingriffskondition* alemana (doctrina del contenido de atribución frente a teoría de la antijuridicidad)”.

³² Peter BIRKS, *Unjust enrichment*, 307/8. O autor enfatiza que, à luz da tripartição do direito romano nas categorias do *contract*, *tort/delict* e *unjust/unjustified enrichment*, em todos os sistemas civis modernos, a lei do enriquecimento sem causa ganha autonomia, emancipada de sua dependência do contrato ou de qualquer outra categoria. Além disso, uma vez confrontados com alguns exemplos simples, como o pagamento indevido do troco por parte da loja, quase todo mundo vê que o ganho existente à custa de outro gera facilmente uma responsabilidade objetiva e que essa responsabilidade surge independentemente de qualquer contrato ou ilícito.

³³ O enriquecimento por intromissão ocorre independentemente das razões pelas quais essa intromissão se levou a cabo. Com efeito, a propriedade outorga o direito de excluir terceiros de seu gozo, de modo que o simples fato da intromissão é pressuposto fático suficiente para a obrigação de restituir os benefícios consequentes.

ficado” deve ser compreendido pela qualificação do fenômeno do enriquecimento como uma figura de fechamento e coerência do direito das obrigações. Daí que o enriquecimento é justificado não apenas quando o demandado possa reter o enriquecimento que dele se reclame, mas também, naqueles casos em que tenha que restituir, contudo a pretensão restitutória não será “justificada” no setor do enriquecimento sem causa, mas em outro fato jurídico atributivo de obrigações.

Quando a vítima de um ilícito extracontratual poderá se valer da restituição dos benefícios obtidos pelo infrator ao invés da usual resposta da compensação de danos? É requisito para a restituição do ilícito que o comportamento antijurídico tenha sido a causa necessária para a obtenção da vantagem indevida. Se o demandado pudesse obter o ganho independentemente do ilícito, não haveria justificação para a aplicação do remédio restitutivo no interno da responsabilidade civil. No plano da causalidade, se o ilícito não é causa do benefício, não há espaço para a responsabilidade extracontratual. Por conseguinte, se A paga a B por duas vezes o mesmo débito, não será possível reaver o segundo pagamento por meio da restituição do ilícito, pois o beneficiado não praticou um comportamento desviante ao direito. A restituição pelo enriquecimento injusto será a via adequada para a recomposição da desvantagem econômica.³⁴

Destarte, quando cogitamos do enriquecimento sem causa como modelo obrigacional residual não estamos em nenhum momento fazendo apelo ao requisito da “subsidiariedade” do enriquecimento injustificado. Quando o artigo 886.º do Código Civil adverte que “Não caberá a restituição por enriquecimento, se a lei conferir ao lesado outros meios para se ressarcir do prejuízo sofrido”, traz uma regra de subsidiariedade que deriva do próprio caráter residual do enriquecimento injustificado no cotejo com ganhos ilícitos que resultem de um contrato ou de lucros ilícitos extracontratuais.

Ou seja, a hermenêutica deferida à ideia de “subsidiariedade” deve se dar em dois níveis: primeiro, conforme o entendimento tradicional, afastando a *actio in rem verso* nos casos em que o legislador

³⁴ Francesco GIGLIO, *The foundations of restitution for Wrongs*, 15. Pontua o autor que o caminho na *civil law* que está em linha com a estrutura do direito inglês é o “multicausalismo”, mantendo a restituição como resposta que não se adapta apenas ao enriquecimento injusto, mas que pode ser utilizada em um numero distinto de eventos, seja pela prática de um ilícito ou por uma aquisição originária que deixa o antigo proprietário de mãos vazias. Ao ratificar o ponto de vista de Birks, de uma taxonomia legal baseada em eventos, aduz que “If a natural scientist asserts that, say, horses belong to the same genus ‘fish’ as trout, that scientist will not be able to understand horses, trout and fishes”, *ibid.*, 18.

oferece outras ações ao demandante, em variados setores do direito civil.³⁵ Paradoxalmente, essa clássica subsidiariedade do enriquecimento sem causa tende a ser relativizada: não mais uma opção reservada exclusivamente aos casos “sem saída”, mas também quando houver impossibilidade de utilizar uma ação especificamente destinada a corrigir o desequilíbrio patrimonial e que persiga o mesmo resultado naquela situação. Assim, é adequado se referir a subsidiariedade quando a ação preferencial para o caso concreto não possa ser utilizada naquelas circunstâncias, tornando a *actio in rem verso* uma saída mais palatável (v.g. prescrição em prazo maior). Ocorre que, uma interpretação da noção de subsidiariedade restrita ao primeiro nível, gera uma equivocada conclusão de que nos casos em que o demandante busque a reintegração de ganhos obtidos mediante a intromissão em direito, deverá obter a restituição pela via do enriquecimento injustificado, pois a responsabilidade civil decorrente de um ilícito somente oferece como resposta a indenização compensatória de danos.

Contudo, não estamos diante de uma subsidiariedade, mas de uma complementariedade em certos casos e, em outros, de uma concorrência de pretensões na qual ambos os remédios serão abertos ao reclamante, sendo ele livre para eleger a via mais adequada. Isso é o que *Birks*³⁶ chamou de “análise alternativa”, embora seja mais adequado caminhar para a expressão “concorrência de responsabilidades”. Ilustrativamente, o demandado induziu o demandante a pagar-lhe 1000 por uma declaração fraudulenta. O reclamante pode buscar a restituição do ilícito com base no argumento de que o réu cometeu o delito de fraude. Alternativamente, havendo dúvidas por parte da vítima de fraude se o ato ilícito propiciará a resposta da restituição, poderá ignorar a ilicitude como causa e reivindicar a restituição de 1000 pela via do enriquecimento sem causa, alegando que o valor foi pago por erro. Esta análise somente se viabiliza na taxonomia *Birksiana*, que autonomiza o enriquecimento injusto dos contratos e da responsabilidade civil.

³⁵ Luís Manuel Teles de Menezes Leitão: “A referida norma pretende estabelecer que a ação de enriquecimento seja o último recurso a utilizar pelo empobrecido. Estar-lhe-á, por isso, vedada a sua utilização no caso de possuir outro fundamento para uma ação de restituição (como em caso de anulação do contrato por erro ou dolo — artigos 138.º e s.), no caso de a lei pretender que a aquisição à custa de outrem seja definitiva (como nas hipóteses de usucapião — artigos 1.238.º e s. — e prescrição — artigos 189.º e s.) ou quando a lei atribui outros efeitos ao enriquecimento sem causa (como na modificação do contrato, em caso de lesão — artigos 157.º e s. ou por onerosidade excessiva — artigos 478.º e s.”. In “O enriquecimento sem causa no novo código civil brasileiro”, 24-33.

³⁶ Peter BIRKS, *Unjust enrichment*, 52.

Verticalizando a temática, a subsidiariedade merece compreensão mais elaborada, em um segundo nível, traduzindo a referida noção do modelo residual do enriquecimento. É consequência natural da posição periférica do enriquecimento sem causa, ser apenas aplicável quando o benefício injustificado não tenha decorrido de um ato ilícito ou de uma violação contratual. Ilustrativamente, se um enriquecimento decorre do cumprimento de um contrato válido, ele não pode ser considerado “sem causa” e sequer se pode colocar em questão o requisito da subsidiariedade no primeiro nível. Em realidade, o que ocorre é que o enriquecimento da outra parte é “causado” por um contrato e não há um conflito entre *a actio in rem verso* e outra ação. Assim, se me apropriar de algo que pertença a outrem e obtenho lucros com a exploração desse bem, o enriquecimento é justificado por um ato ilícito, sendo a restituição dos benefícios ilícitos um mecanismo idôneo como alternativa à indenização por danos. Por mais que aparentemente represente um contrassenso uma sentença que exprima como “justificado” um enriquecimento proveniente de um ilícito, deve-se compreender-se o vocábulo “justificado” na acepção de um ganho cuja restituição é “fundamentada” em outro setor do direito obrigacional, dispensando a aplicação residual do enriquecimento sem causa.

Ao contrário do enriquecimento injustificado, o elemento comum dos ilícitos é que eles representam a violação de um dever. Quando a restituição é o remédio aplicado na responsabilidade civil, a pretensão é fundada no ilícito e não no enriquecimento injustificado do demandado. Um exemplo recorrente no direito inglês é o caso *Yakamia Dairy Pty Ltd. v Wood*, um inequívoco caso de restituição por ilícito. Os réus invadiram o terreno vizinho, ilicitamente colocando o seu gado para pastar nas terras do demandante. Apesar da Suprema corte australiana ter entendido que o proprietário não sofreu qualquer prejuízo, teria ele direito a uma remuneração razoável — *reasonable fee* — que representa o valor de uso da terra ilicitamente obtida pelo demandado a partir do patrimônio do demandante.³⁷

Valendo-se ainda do exemplo do parágrafo antecedente, caso se entenda mantida a fictícia dicotomia pela qual a responsabilidade civil concerne aos danos injustos enquanto o enriquecimento injustificado diz respeito aos ganhos ilícitos, teríamos que concluir que se o demandante pudesse concretamente demonstrar um prejuízo (v.g. perdeu parte de sua safra), as portas da indenização compensatória estariam abertas, porém, na impossibilidade de demonstrá-los deverá migrar para o enriquecimento sem causa. Então indaga-se, o ilícito de

³⁷ James EDELMAN / Elise BANT, *Unjust Enrichment*, 50.

fruição inconsentida de um bem alheio deixou de existir pelo fato de que em dado contexto os danos não se produziram (v.g. o terreno estava ocioso) porém o autor do ilícito obteve um benefício econômico, mesmo que esse consista simplesmente em uma economia de despesas (por não ter pago o valor de mercado pelo aluguel do pasto)?

O direito do enriquecimento injustificado não pode contradizer a eficácia de outras instituições, devendo a elas ceder passo, mesmo em suas implicações negativas. Em sentido comparativo, ninguém pode demandar por responsabilidade extracontratual quando por culpa de outra parte se materializou um risco que havia sido excluído por meio de uma cláusula contratual válida. Não é porque a responsabilidade extracontratual seja subsidiária ao contrato, porém para evitar a subversão de uma norma jurídica vigente e diretamente aplicável ao caso em questão.³⁸

Três grandes vantagens decorrem do reconhecimento da independência do modelo jurídico do enriquecimento sem causa perante o remédio restitutivo e a conseqüente multicausalidade: primeiro, um grande corpo de casos torna-se inteligível porque, ao invés do recurso às ficções, adquirem a sua própria explicação coerente. Em segundo lugar, surge um quadro mais claro da lei como um todo, porque se torna possível ver a série completa de eventos dos quais surgem o direito à restituição - consentimento, ilícito extracontratual ou enriquecimento injusto. Em suma, um sistema com uma normativa autônoma do enriquecimento sem causa incrementa a sua racionalidade em geral, porque adquire uma melhor compreensão do mapa do direito; em terceiro lugar, a racionalidade interna das categorias baseadas no consentimento é aperfeiçoada pela remoção de matéria não consensual para a lei do enriquecimento sem causa. Contratos imaginários têm sido uma ameaça. Ilícitos imaginários não são menos perturbadores.³⁹

³⁸ Eric DESCHEEMAER, *El nuevo derecho francés del enriquecimiento injustificado*, 149.

³⁹ Todavia, aqueles autores que no direito inglês recusam a abordagem baseada no direito romano insistem em dizer que o direito restitutivo e a lei do enriquecimento injustificado são expressões intercambiáveis, possuindo o mesmo significado, sendo “dois lados do mesmo quadrado”. Dessa frase, se extrai a razão pela qual, em oposição aos multicausalistas, os acadêmicos que apoiam esse viés são tidos como “quadracionists”. O professor Andrew Burrows — *The law of restitution*, 45/8, sintetiza essa visão tradicionalista em três pontos: a primeira é que a restituição por ilícitos ainda não é bem compreendida. Em segundo lugar, há questões comuns que surgem nas duas áreas. Destas, a mais importante é se alguém deve conceder restituição com base em uma situação proprietária, ao invés de meramente pessoal; em terceiro lugar, ambos os institutos correspondem ao princípio subjacente de reverter o enriquecimento sem causa.

Argumenta Charlie Webb⁴⁰ que, para a unidade do direito restitutivo como um corpo legislativo voltado à recuperação de ganhos, não é necessário que corresponda a qualquer unidade na razão pela qual os tribunais tenham de prover a sua recuperação. Destarte, o movimento inicial de excluir a restituição de ilícitos da categoria de enriquecimento sem causa foi apresentado como necessário para evitar a sobreposição entre as categorias do ilícito e do enriquecimento sem causa. Assim, foi positiva a decisão de separar a restituição de ilícitos das pretensões à restituição que surgem independentemente de um ilícito. Mas isso não foi por causa de suas diferenças estruturais por si só, mas principalmente pelas diferentes razões que existem para se pleitear restituição em cada caso. Exigir que os autores de atos antijurídicos renunciem aos seus ganhos ilícitos é frequentemente explicado com base no fato de que isso lhes suprime um incentivo para cometer condutas contrárias ao ordenamento. Se potenciais transgressores souberem que há uma boa chance de que seus ilícitos não se pagarão, terão muito menos probabilidade de cometê-los. No campo funcional, isso não se aplica, por exemplo, ao pagamento indevido, em que a responsabilidade deve, em vez disso, repousar em outros fundamentos, expressando algum outro princípio de justiça.

Há de se inserir a restituição como uma resposta à eventos que transcendam o horizonte do enriquecimento injustificado. O direito restitutivo baseado no *princípio da reversão* do enriquecimento injustificado inclui a restituição por ilícitos. Em contrapartida, a restituição tendo como *causa* o enriquecimento injustificado exclui a restituição por ilícitos. A diferença evidente seria que aquele depende da prática de um ilícito pelo demandado contra o requerente (seja esse ilícito contratual ou extracontratual). O enriquecimento se deu “às expensas” do demandante, no sentido de que os ganhos obtidos decorreram da violação de um dever legal em face do autor da demanda. Em contrapartida, na restituição de um enriquecimento sem causa, o enriquecimento é “às expensas” do réu no sentido mais óbvio de que o ganho para ele representa uma perda ou subtração da riqueza do de-

⁴⁰ Charlie Webb enfatiza que a expressão “enriquecimento injusto” é mal equipada para capturar o que é característico ou distintivo dessa forma de enriquecimento: um conjunto de demandas semelhantes que encontra no pagamento indevido a sua figura paradigmática, no que é verdadeiramente distintivo destas pretensões. De fato, o termo “enriquecimento injusto” tem um alcance natural definido pelos significados cotidianos dessas palavras. Este alcance sem dúvida se estende confortavelmente a ganhos ilícitos; de fato, se nos atermos unicamente a linguagem comum, esses ganhos ilícitos indevidamente entrariam no centro do enriquecimento sem causa. In *Reason and restitution*, 53.

mandante. Os motivos para a restituição no enriquecimento sem causa tendem a incluir fatores que viciaram o verdadeiro consentimento do autor para a transferência de sua riqueza para o réu: por exemplo, erro, coação e influência indevida. A expressão “Unjust enrichment” denota uma razão para a restituição, que não seria a manifestação de um consentimento e nem um ilícito. Porém, não se pode negar que há uma causa injusta.

Para além dos argumentos já explicitados — posição residual do enriquecimento e a sua desvinculação de um ilícito antecedente — podemos lembrar uma regra de longa data aplicável ao enriquecimento injustificado: Em sua origem no *Digesto*, passando pela construção de Savigny⁴¹ e ainda em algumas legislações,⁴² como na recente *ordonnance* 2016-131 em França,⁴³ um dos mais básicos princípios da matéria é o de que a ação de enriquecimento sem causa não pode exceder o enriquecimento do réu nem tampouco o empobrecimento do autor. É a regra conhecida como “double-cap” ou “double-ceiling rule”.⁴⁴ Aplica-se ao enriquecimento sem causa um raciocínio compensatório, no qual se estabelece um nexo de causalidade entre os ganhos do demandado e as perdas do demandante, ao contrário da restituição por ilícitos, na qual o benefício do ofensor está exclusivamente relacionado ao comportamento antijurídico, independentemente de qualquer perda do ofendido. O argumento que se usa no direito francês é o de que se o demandante recebe mais do que o seu empobrecimento, será ele que se verá injustamente enriquecido as custas do demandado, limitando-se o que se deve restaurar ao valor transferido

⁴¹ *Digesto*.12.6.14 — Nam hoc naturae aequum est, neminem cum alterius detrimento fieri locupletionem (é justo por natureza que ninguém se enriqueça à custa de outrem) *Digesto*.50.17.206 Iure naturae aequum est neminem cum alterii detrimento et iniura fieri locupletionem (é justo, por direito natural, que ninguém se enriqueça pelo seu ilícito e à custa de outrem). Savigny — “Enriquecimento de um patrimônio pela diminuição de outro patrimônio” (Erweiterung eines Vermögens durch Verminderung eines andern Vermögens).

⁴² CC de Portugal, artigo 479.º: “1. A obrigação de restituir fundada no enriquecimento sem causa compreende tudo quanto se tenha obtido à custa do empobrecido ou, se a restituição em espécie não for possível, o valor correspondente”.

⁴³ Artigo 1303.º, *code* : « En dehors des cas de gestion d'affaires et de paiement de l'indu, celui qui bénéficie d'un enrichissement injustifié au détriment d'autrui doit, à celui qui s'en trouve appauvri, une indemnité égale à la moindre des deux valeurs de l'enrichissement et de l'appauvrissement ».

⁴⁴ Jacques du PLESSIS / Daniel VISSER, *Disgorgement of profits in South African law*, 348: “There has been nothing in this country as vigorous as the English-law debate which has resulted in the now dominant view that draws a firm distinction between restitution of an unjust enrichment and restitution of a wrong”.

pelo demandante ao demandado mesmo que não corresponda ao enriquecimento propriamente dito. No direito italiano, comentando o artigo 2041.º do Código Civil⁴⁵ Pietro Sirena sinaliza que o lucro líquido do enriquecido não será o objeto da ação de enriquecimento sem causa, a não ser que no limite da correlativa diminuição patrimonial. O exercício de tal remédio, portanto, deixa o eventual *plus-valore* no patrimônio do demandado.⁴⁶

É verdade que no sistema alemão foi eliminado o requisito do dano ou do empobrecimento como exigência autônoma da pretensão, porém, mesmo nos dias atuais não apenas França e Itália, mas os sistemas legais romanísticos (como Espanha e Holanda) limitam a expropriação de lucros às perdas do demandante, tornando o enriquecimento sem causa uma via secundária frente demandas contratuais ou por ilícitos. Por isso, em uma perspectiva comparatista, Tobias Helms, considera surpreendente que o tema do *disgorgement* ainda seja objeto de escassas discussões nesses países.⁴⁷

Mesmo nos códigos civis em que não há menção ao objetivo empobrecimento do demandante — tal e qual o CC Brasileiro —, fala-se em “se enriquecer à custa de outrem” (artigo 884.º), o que pressupõe um claro nexos causal entre o benefício do demandado e uma transferência de riquezas pelo demandante. Diversamente, na restituição de lucros antijurídicos avulta o enriquecimento “à custa do ilícito”, independentemente da prova de uma correlação dos ganhos obtidos pelo réu com valores que o autor da demanda perdeu ou da privação de um interesse legítimo.⁴⁸

Todavia, em várias jurisdições, em reação ao requisito legal que exige a demonstração de uma correlação entre uma perda do demandante e o ganho do demandado, a doutrina moderna se esforça para relaxar a regra do “double ceiling” dispensando a prova do “empobrecimento” do autor da demanda, contentando-se apenas com as vantagens econômicas do enriquecido,⁴⁹ ampliando os domínios do modelo jurídico do enriquecimento sem causa. Ocorre que, sendo o

⁴⁵ Artigo 2041.º cc Itália: “Chi, senza una giusta causa, si è arricchito (1) a danno di un'altra persona (2) è tenuto, nei limiti dell'arricchimento (3), a indennizzare quest'ultima della correlativa diminuzione patrimoniale (4)”

⁴⁶ Pietro SIRENA, *Dalle pene private ai rimedi ultracompensativi*, 836.

⁴⁷ Tobias HELMS, *The Max Planck Encyclopedia*, vol. 1, 486.

⁴⁸ Ana Keglević aduz que o “Disgorgement of profits is based on the idea of restitution (like unjust enrichment) but does not require corresponding deprivation to the claimant's wealth. No causal link is required”. In *Disgorgement of profits in Croatian law*, 377.

⁴⁹ Nesse sentido, Rodrigo Momberg descreve o avanço de tais teorias no direito chileno. *Disgorgement of profits in Chilean private law*, 462.

enriquecimento “injustificado” ou “sem causa”, justamente uma *extrema ratio* do direito das obrigações que alberga situações em que a “injustiça” do ganho financeiro não se relacione a uma violação contratual ou a um ilícito extracontratual⁵⁰, por mais que se ampliem os domínios das heterogêneas figuras que residam no guarda-chuvas do enriquecimento, qualquer demanda que se baseie nesse modelo obrigacional terá que se restringir a remover ganhos que sejam injustos, mas que não resultem de relações contratuais ou ilícitos extracontratuais. Tratam-se de pretensões com funções, fundamentos, pressupostos e prazos distintos.

Em estreita correlação com esse ponto, quase sempre não será possível remover todos os lucros ilícitos do beneficiário com base no enriquecimento sem causa. De acordo com a posição prevalente, o demandado deverá reter parte dos lucros que adquiriu com base em seus próprios esforços e capacidades (v.g. utilizando o seu *know-how e networking*).⁵¹ Portanto, poderá ainda abater da condenação outros valores (v.g. despesas com publicidade e funcionários especializados para comercializar a marca violada), tornando decepcionante o resultado da demanda e especialmente atrativa a possibilidade de usurpação da propriedade alheia. Isto se explica pelo fato de que uma ação de enriquecimento sem causa dispensa o requisito do ilícito culposo, permitindo que o infrator possa reter consigo os lucros obtidos pelos seus próprios esforços. A doutrina e jurisprudência alemãs prefeririam abandonar a exigência da antijuridicidade para o enriquecimento por intromissão tornando suficiente a perturbação patrimonial dos interesses do credor, de modo que a ação se determina pelo resultado lucrativo e não passa pela qualificação da conduta. A distinção entre os lucros que devem ser restituídos e aqueles que o beneficiário tem direito a manter consigo é particularmente árdua.

Isto não ocorre quando a causa da demanda não é a restituição por enriquecimento, mas a restituição pelo ilícito, na qual será suficiente que o transgressor tenha sido objetivamente beneficiado.⁵² Ao cometer o ilícito, o demandado se priva da possibilidade de argumen-

⁵⁰ No Brasil, há o Enunciado nº 35 com o seguinte texto: “A expressão ‘se enriquecer à custa de outrem’ do art. 886 do novo Código Civil não significa, necessariamente, que deverá haver empobrecimento”.

⁵¹ Eleni ZERVOGIANNI, *Disgorgement of profits in Greece*, 242.

⁵² Andrew Burrows enfatiza: “change of position is inextricably bound up with the cause of action of unjust enrichment alone, that requires a reversal of a transfer of value for reasons that do not relate to ‘remedy’ a wrong so that, while change of position operates to counter the non-wrongful transfer of value, it cannot ever outweigh the policies justifying restitution for a wrong”. *The law of restitution*, 362.

tar que o ganho objetivamente recebido não lhe trazia nenhum benefício pessoal, ou que valeria menos para ele do que o valor objetivo de mercado. Em quase todos os casos, o réu terá sido indiscutivelmente beneficiado, seja porque o lucro decorre do ilícito ou porque a partir dele economizou despesas necessárias. Diferentemente, em relação à restituição de um enriquecimento sem causa, é insuficiente que o réu tenha sido beneficiado objetivamente pois poderá subjetivamente desvalorizar o benefício objetivo.⁵³

Enfim, é extremamente benéfico o aporte das teorias diferenciadoras, concretizando tipologias que em muito contribuem para as atuais e futuras legislações sobre o enriquecimento injustificado, permitindo a inserção dessa disciplina em sua posição residual de forma metodologicamente adequada e reduzindo as suas fricções com outros setores obrigacionais. Contudo, permito-me citar *Zimmerman*, ao destacar o risco de sobre-regulação do enriquecimento injustificado, pois as normas dessa matéria somente poderão florescer se houver uma aliança harmoniosa entre a legislação, doutrina e jurisprudência.⁵⁴ No cotejo entre a pretensão de restituição por lucros ilícitos no interno da responsabilidade extracontratual e a restituição decorrente enriquecimento por intromissão, tenho a primeira como uma proposta superior em termos de coerência e unidade do direito obrigacional.

Nesta senda, acentua Nils Jansen que os civilistas começaram a perceber que as diferentes classificações que se desenvolveram sob a égide do enriquecimento sem causa pertencem a contextos diferentes, e que a necessidade de ordenação das codificações não é razão suficiente para integrar em uma instituição unificada pretensões de natureza legal fundamentalmente divergente. Por outro lado, as pretensões baseadas em uma violação do direito de propriedade alheio (enriquecimento por intromissão) se tornaram, juntamente com a responsabilidade civil, um grupo de obrigações genuinamente extracontratuais. Essas ações se baseiam na violação do direito legalmente atribuído a outra pessoa. Aqui nos confrontamos com remédios independentes na seara da justiça corretiva, que conferem expressão a direitos e interesses básicos dos cidadãos. Claramente, nem sempre é óbvio se o interesse violado merece a proteção legal como um direito e, se o benefício adquirido pelo devedor realmente pertence ao credor. O conceito de *Zuweisungsgehalt* (conteúdo da atribuição) estrutura o necessário argumento, mas por si só não fornece a resposta. No entan-

⁵³ Peter BIRKS, *Unjust enrichment*, 66.

⁵⁴ Reinhard ZIMMERMANN, *Enriquecimiento sin causa. La moderna orientación de los ordenamientos jurídicos continentales*, 265.

to, parece claro que essas questões devem igualmente ser respondidas por uma indenização por um ganho ilícito.⁵⁵

Não é que alemães e ingleses tenham dado respostas diferentes a mesma questão. O que ocorre é que eles fizeram perguntas diferentes e obtiveram respostas igualmente distintas. No modelo da *common law* as hipóteses de intromissão se tratam como casos de “restitution for wrongs”, que permanecem na responsabilidade civil como ilícitos típicos. No enriquecimento por intromissão, de cariz alemão, as coisas ocorrem de uma maneira distinta do que no contexto de um ilícito lucrativo anglo-saxão. No enriquecimento por intromissão não se questiona se a norma de cuidado violada perseguia a proteção de evitar um ganho ou se a conduta do ofensor foi especialmente reprovável, senão se o direito usurpado atribui exclusivamente ao seu titular os proveitos que se obtêm a partir daquele, de uma certa forma, aproximando-se da orientação de *Jackman* sobre a dimensão institucional dos direitos reais e posições fiduciárias e contratuais. O ilícito se serve da restituição como uma possível resposta própria pelo viés da responsabilidade civil; enquanto isto o enriquecimento por intromissão persegue a restituição do valor correspondente ao direito usurpado, como um conteúdo de atribuição de caráter monopolístico do demandante.⁵⁶

Porém, parece-me que se todos fazem perguntas e todos obtêm respostas, algumas respostas são melhores fundamentadas. Quando se opta pela via germânica do enriquecimento injustificado com fundamentação na intromissão em direitos alheios — e, portanto, fora da responsabilidade civil — não há uma ideia clara (ao menos expressa) sobre qual é a função que deveria desempenhar essa ação na proteção dos direitos, ou mesmo quais seriam os direitos que deveriam receber essa proteção e quais são as ferramentas técnicas para facilitar soluções de reequilíbrio patrimonial adequadas à proteção dos direitos violados.

Aquilo que *Peter Birks* nomeia como “enriquecimentos não participativos”⁵⁷ — pois não procedem de uma iniciativa do demandante

⁵⁵ Nils JANSEN, *Farewell to unjustified enrichment?*, 27 : “Unifying concepts are helpful where things belong together, and, more importantly, a concept as broad and abstract as “unjustified enrichment” may become helpful in shedding new light on old and well-established claims and thus initiate legal progress. This is so because such a highly abstract concept must be kept responsive to the different functions which the different claims collected under this umbrella are expected to serve in those many contexts of the law where the abstract concept applies”.

⁵⁶ Xavier BASOZABAL ARRUE, *Enriquecimiento injusto comparado: una aproximación al Derecho inglés de Restituciones*, 43.

⁵⁷ Peter BIRKS, *Unjust enrichment*, 130. O Enriquecimento participativo envolve aqueles que casos em que houve facilitação pelo demandante (benefícios, paga-

— recebem um tratamento pouco definido em seu similar da Europa continental, o enriquecimento por intromissão. A doutrina alemã proclamou a independência dessa modalidade de enriquecimento perante a responsabilidade civil sem, contudo, efetuar uma reflexão mais detida sobre o que se deve restituir e qual a função que o direito deve perseguir ao deferir o remédio. Enquanto isto, no modelo da *restitution for wrongs*, James Edelman desenvolveu uma dicotomia para os *gain-based damages* envolvendo *disgorgement damages* e *restitutionary damages* (ou *reasonable fee*), cada qual perseguindo funções bem delineadas (restituição em um caso e dissuasão em outro). Todavia, como ilustra Xavier Basozabal Arrue, se uma melodia estrangeira é utilizada sem o consentimento do titular e uma canção cativante é comercializada com base nela, cuja exploração produz lucros importantes, a questão é saber se a ação de enriquecimento deve restaurar o valor de uso da melodia (o que teria sido pago para obter uma licença de exploração) ou o lucro líquido obtido pelo infrator. Porém, o Direito de enriquecimento não reflete sobre quando aplicar uma ou outra resposta.⁵⁸

Apesar da sofisticação do embate, mesmo que tribunais e doutrina alcancem um consenso sobre os requisitos específicos do enriquecimento por intromissão e considerem que ao julgador bastará apenas determinar em concreto se a vantagem patrimonial obtida pelo demandado deveria ser atribuída ao demandante - tornando irrelevante elucidar se houve ou não um correlato empobrecimento do demandante ou uma relação causal entre o empobrecimento e o enriquecimento — continuaremos prestando adesão ao entendimento de remeter essas controvérsias para o campo da responsabilidade extracontratual. No final das contas, as três fundamentais objeções aqui colocadas continuam de pé.

Não por outra razão, na Diretiva EU 2004/48,⁵⁹ concernente aos

mentos, melhorias ...). A hipótese de enriquecimento não participativo corresponde com as de “enriquecimento obtido pelo demandado por ilícito”, e de enriquecimento participativo com as de enriquecimento proporcionado pelo demandante

⁵⁸ Xavier BASOZABAL ARRUE, *Enriquecimiento injusto comparado: una aproximación al Derecho inglés de Restituciones*, 65.

⁵⁹ Article 13 Damages “1. Member states shall ensure that the competent judicial authorities, on application of the injured party, order the infringer who knowingly, or with reasonable grounds to know, engaged in an infringing activity, to pay the right holder damages appropriate to the actual prejudice suffered by him/her as a result of the infringement. When the judicial authorities set the damages: (a) they shall take into account all appropriate aspects, such as the negative economic consequences, including lost profits, which the injured party has suffered, any unfair profits made by the infringer and, in appropriate cases, elements other than economic factors, such as the moral prejudice caused to the rightholder by the

direitos de propriedade intelectual, a obtenção de benefícios ilícitos decorrentes da interferência na propriedade imaterial alheia estão *ex lege* configurados como pretensões restitutórias incorporadas na responsabilidade extracontratual e não no enriquecimento injustificado. O montante indenizatório pode tomar três formas distintas: inicialmente, a avaliação poderá se ater às perdas patrimoniais sofridas pelo titular dos direitos (lucros cessantes); alternativamente, poderá traduzir a renúncia pelo ofensor dos lucros ilícitos obtidos com a violação (*disgorgement*), independentemente de qualquer indagação sobre as perdas do demandante; há ainda a terceira opção: quando árdua a investigação sobre os danos, a condenação poderá ter em conta os *royalties* que seriam pagos ao titular do direito caso o infrator houvesse solicitado a licença para o uso da propriedade intelectual (*reasonable fee*).⁶⁰

Por fim, há ainda um derradeiro argumento em torno da insuficiência do enriquecimento sem causa como equivalente funcional à restituição por lucros ilícitos, porém este é reservado ao campo da obtenção de benefícios indevidos por intromissão em direitos da personalidade.

4.2 Enriquecimento sem causa e violação de situações existenciais

*No man should be allowed to sell
another man's reputation for profit*

Lord Devlin

Em adendo ao fato de que a restituição por ilícitos se situa na esfera da responsabilidade civil e demanda um comportamento antijurídico do demandado, enquanto a restituição no enriquecimento sem causa surge em hipóteses residuais e independentemente da (in) censurabilidade do comportamento daquele que enriqueceu, há de se

infringement; or (b) as an alternative to (a), they may, in appropriate cases, set the damages as a lump sum on the basis of elements such as at least the amount of royalties or fees which would have been due if the infringer had requested authorization to use the intellectual property right in question”.

⁶⁰ Comentado decisões da Suprema Corte Espanhola que aceitaram a tese do enriquecimento por intromissão para explicar o critério do preço da licença hipotética como expediente para valorar o dano derivado de lesão a direito de propriedade intelectual, comenta-se na doutrina que são julgados desnecessários e carentes de consequências práticas concretas, pois é muito mais simples e coerente inserir o tema na responsabilidade extracontratual. In J. MASSAGUER, “La acción de danos en materia de propiedad industrial”, 744.

acrescer outro importante aspecto, qual seja, a restrição da obrigação de restituição do bem ilegitimamente apropriado pelo seu valor de mercado. Diante dessa asserção, indaga-se: como situar as hipóteses de enriquecimento sem causa por violação a interesses extrapatrimoniais do demandante?

Um veículo de imprensa divulga matéria ofensiva à honra ou a intimidade de uma celebridade, gerando lucros superiores a quaisquer danos contabilizados. Qual é o valor de mercado da reputação ou esfera de privacidade para que possamos identificar o enriquecimento?

De fato, há um empecilho em se aplicar a fonte do enriquecimento sem causa em situações nas quais a vítima não poderia previamente precificar mediante consentimento a intervenção sobre a sua esfera. Aduz Fernando Pantaleón que não é possível sustentar que o difamado tenha direito a uma parte do benefício obtido pelo titular do meio de comunicação que ofendeu a sua honra.⁶¹ De fato não se está perante situações de aproveitamento de “utilidades” de um direito reservado ao titular e que estas tenham sido desviadas pelo infrator. O enriquecimento por “intromissão” se refere a bens materiais ou imateriais sobre os quais temos direitos e, excepcionalmente a serviços que prestamos a terceiros. A propriedade se tem sobre coisas que estão fora de nós e que nos podem ser tomadas e restituídas.⁶²

O conteúdo de um direito de propriedade deve ser capaz de ser adquirido e vendido. Por exemplo, a integridade corporal de uma pessoa não se insere na esfera da propriedade. O corpo de alguém não é a sua propriedade, mas o que ela é; é o organismo o através do qual humanos autoconscientes se expressam. O direito ao corpo é tão intimamente ligado à pessoa, que não há possibilidade moral de ser externalizado e passar para a posse de outrem. Considerações similares se aplicam a outros aspectos da dignidade — que Hegel denominou “aqueles bens ou características substantivas que constituem minha personalidade privada e a essência universal de minha autoconsciência”.⁶³

A atribuição de um direito, explica Díez-Picazo, tem como finalidade garantir o aproveitamento de lucros por existir algum tipo de mercado, como ocorre, por exemplo, com a imagem. Porém, quando tais direitos não puderem ser objeto de comércio lícito, como a honra e o bom nome, a intromissão apenas gerará direito à indenização por

⁶¹ Fernando PRIETO PANTALEÓN, *Derecho de daños*, 54.

⁶² Enrique BARROS BOURIE, *Derecho de daños*, 29.

⁶³ Ernest WEINRIB, *Corrective justice*, 142.

danos.⁶⁴ Concordamos com o diagnóstico e apenas discordamos da parte final: a nosso visto, a solução será sim a imposição de uma indenização no interno da responsabilidade civil, mas não por compensação de danos e sim para a restituição de ganhos ilícitos.

Compulsando o artigo 884 do Código Civil testemunhamos a dificuldade se transpor a obtenção de ganhos derivados à ofensa de bens intransmissíveis no conceito de “enriquecer à custa de outrem”. Melhor será direcionarmos as energias para o *disgorgement*, que parte da singela noção do “tort must not pay”.

Assim acontece, por exemplo, na hipótese de um desastre ambiental que, motivado por uma imponderada decisão empresarial de redução de custos causa graves lesões físicas aos membros de uma dada coletividade. A decisão de restituição, total ou parcial do proveito do fato ilícito, pondera Henrique Sousa Antunes, “pode conceber-se como um efeito natural da responsabilidade civil”.⁶⁵

Em casos de violações a situações existenciais com obtenção de ganhos indevidos podemos ingressar na responsabilidade civil por duas vias, dependendo da função a que se queira atribuir à indenização. Tratando-se de uma necessidade de reprovação de comportamentos lucrativos inaceitáveis — ilustrativamente a prática de um estelionato com a finalidade de obtenção de ganhos — será possível cogitarmos de uma indenização punitiva que se coloque lateralmente e cumulativamente ao montante de reparação de danos. Nada obstante, se a finalidade for a de remoção dos ganhos indevidos — independentemente dos eventuais danos extrapatrimoniais -, fundamental será a afirmação da relação de causalidade entre o ato ilícito e os ganhos indevidos.

É auto evidente que a ofensa aos atributos emanados do princípio da dignidade da pessoa humana não se afina à lógica do equivalente econômico, sendo extremamente razoável, tal como Carneiro da Frada, crer que em tais casos a restituição do lucro ilícito se baseará na ideia simples e persuasiva — embora de difícil enquadramento na dogmática do enriquecimento sem causa — de que a ninguém deve se permitir guardar para si o proveito de um fato ilícito que tenha praticado.⁶⁶ Ora, a noção do *tu quoque*, implica em dizer que, quem viola determinada norma jurídica não poderá exercer a situação jurídica

⁶⁴ Luis Díez-PICAZO, *Commodum ex negotiatione*, 1610.

⁶⁵ Henrique Sousa ANTUNES, *Disgorgement of profits in Portugal*, 183. Acrescenta o autor “This is a scenario different from unjust enrichment. We may also consider the trafficking of human beings for prostitution, adoption or other illegal activities, or the removal of organs without the consent of the offended person, or a murderer’s publication for sale of the details of the crime”.

⁶⁶ Carneiro da FRADA, *Direito civil — responsabilidade civil. O método do caso*, 67.

que essa mesma norma lhe atribui. Com efeito, fere as sensibilidades ética e jurídica que alguém despreste um comando legal e posteriormente venha de forma abusiva exigir a outrem o seu acatamento.⁶⁷ A exceção de aquisição de direitos de má-fé tem o seu fundamento na conhecida regra de ouro da tradição ética: “Não faça aos outros aquilo que não quer que lhe façam”; ou, então, baseia-se no brocardo inglês “equity must come in clean hands”.

Há uma clara injustiça da valoração que o indivíduo confere ao seu ato e, posteriormente, ao ato alheio quando inicialmente viola a órbita existencial de outrem e depois queira manter consigo todos os lucros decorrentes do ato ilícito. Essa contradição aflora quando o ordenamento jurídico aceite que um preço razoável de mercado (*reasonable fee*) seja a resposta capaz de neutralizar os ganhos ilícitos decorrentes de uma intrusão sobre aquilo que não pode jamais servir aos fins alheios.

O fato é que apenas no interior da responsabilidade civil encontraremos um remédio adequado a tais intromissões antijurídicas, cada vez mais banalizadas com os avanços tecnológicos. Porém não recorreremos à satisfação de danos extrapatrimoniais, como normalmente se procede, e sim a pretensão de restituição dos lucros ilícitos consequentes à ofensa a bens da personalidade. Eventualmente, a indenização por lucros será acrescida da reparação por danos morais, mas esta só se afirmará quando ficar provado que pelas circunstâncias do caso houve a concreta lesão a interesse existenciais merecedores de tutela, mirando-se exclusivamente as circunstâncias pessoais do ofendido, sem qualquer relação com a obtenção de ganhos pelo ofensor.

5. A reformulação do conceito de restituição integral

Muitos poderiam pensar que a responsabilidade civil não é o *locus* adequado para recepcionar a restituição por ilícitos, partindo da premissa de que não teria condições de assumir a função de remover ganhos impróprios sob pena de abandonar um de seus mais básicos princípios, nomeadamente que se destina a desfazer os danos sofridos pelo demandante.

Essa é conhecida como uma característica “restaurativa” remedial, fundada na ideia de que o demandante tem o direito de ser reconduzido a posição anterior ao ilícito. A imagem refletida é a de que a outra parte não precisa restaurar nada mais do que aquilo que se

⁶⁷ António Manuel da Rocha Menezes CORDEIRO, *Da boa-fé no direito civil*, 837.

perdeu. Tal traço restaurativo não autoriza um remédio de restituição de lucros provenientes do ato ilícito.

Ocorre que a compensação de danos não é a *ratio* da responsabilidade civil, não obstante consista em seu mais importante remédio e função. O fato é que não é possível desfazer danos, mas somente transferir o custo do ilícito do ofendido para o ofensor. Em verdade, o centro da responsabilidade extracontratual é a regra da *restitutio in integro* entendida como a recomposição do equilíbrio entre as partes, especialmente vinculadas por uma obrigação de indenizar.

Em um contexto restrito, no qual a *restitutio in integro* é viabilizada pela compensação de danos, a restituição integral é aferida em dois tempos: primeiramente, avalia-se se é possível transferir os danos do ofensor ao ofendido, ou seja, se o dano é injusto ou injustificado. Nessa primeira barreira, a maior parte dos danos é contida — *let the loss lies where it falls* — tendo as vítimas que suportar os próprios infortúnios. Parte-se da premissa de que o ordenamento jurídico apenas trasladará danos do demandado ao demandante se houver um nexo de imputação capaz de atribuir o comportamento ao causador do dano, seja ele um ilícito, um dever de custódia ou o risco de uma atividade. Portanto, justificado o comportamento lesivo, surge o segundo momento: aquele em que será aferida a extensão do dano, oportunidade em que a indenização promoverá, na medida do possível, a restituição da vítima ao estado mais próximo ao que se encontrava no momento imediatamente anterior ao dano. Por conseguinte, a vítima é o foco tradicional de uma sentença condenatória pecuniária, mediante a compensação de prejuízos (*loss-based recovery*).⁶⁸

Ocorre que a compensação de danos — sejam eles patrimoniais ou extrapatrimoniais — não é a única via de promoção da *restitutio in integro*. A vertente instrumentalista da responsabilidade civil se enriquece se virarmos o foco do dano para o ilícito e o associarmos aos remédios. A indenização pretende justamente fazer com que o ilícito jamais houvesse ocorrido. Assim, ainda no plano remedial, o direito à restituição gera uma pretensão baseada nos ganhos ilícitos obtidos

⁶⁸ Em âmbito doutrinário brasileiro, Paulo de Tarso Sanseverino manifestou o mesmo entendimento sobre a matéria: "(...)A plena reparação do dano deve corresponder à totalidade dos prejuízos efetivamente sofridos pela vítima do evento danoso (função compensatória), não podendo, entretanto, ultrapassá-los para evitar que a responsabilidade civil seja causa para o enriquecimento injustificado do prejudicado (função indenitória), devendo-se estabelecer uma relação de efetiva equivalência entre a indenização e os prejuízos efetivos derivados danos com avaliação em concreto pelo juiz (função concretizadora do prejuízo)". In *Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil*, 58.

pelo demandado. O termo “restituição” não é aqui empregado como sinônimo de “restitutio in integro”, porém como uma resposta oriunda de um ilícito, pela qual, ao invés do foco nas perdas da vítima, redireciona-se o reequilíbrio das partes para a remoção dos benefícios indevidamente obtidos pelo demandado (*gain-based recovery*).

Se desejamos que a característica restaurativa dos remédios tenha uma eficácia preventiva mais ampla sobre os ilícitos, então devemos considerar o uso mais corriqueiro de *disgorgement of profits*, em substituição à abordagem clássica da restauração como “nada mais e nada menos do que as perdas do demandante”. O cumprimento das normas (*enforcement*) demanda uma alteração no foco preventivo da responsabilidade civil: de seu caráter meramente residual na indenização compensatória para uma eficácia mais enérgica no remédio de restituição de ganhos ilícitos.

Compreendendo-se a obtenção de vantagens econômicas como uma das possíveis consequências de um ilícito, não apenas eliminamos a falsa percepção que o dano é o único efeito possível do ilícito, como se viabiliza o questionamento acerca da compensação como única pretensão resultante da responsabilidade civil. E, para o que nos interessa, atualizamos o conceito da *restitutio in integro*, a fim de que se entenda que a reconstituição do equilíbrio patrimonial violado pelo ilícito, seja efetuado tanto pelo tradicional remédio compensatório (restaurando-se o ofendido a situação anterior ao dano), mas também pela restituição dos ganhos (restaurando-se o ofensor à situação anterior ao ilícito). Ambas as vertentes se alinham à justiça corretiva, pois seja o foco nas perdas como nos lucros, a restauração da situação existente encontra acolhimento na dimensão relacional da obrigação de indenizar, restrita à bilateralidade das razões correlatas às partes. Tal como enfatiza Jules Coleman, a justiça corretiva concerne a categoria de ganhos e perdas ilícitos. A correção é uma questão de justiça quando seja necessário proteger a distribuição de titularidades de quaisquer distorções, “the principle of corrective justice requires the annulment of both wrongful gains and losses”.⁶⁹

A essência da filosofia Aristotélica se traduz na necessidade de restauração do equilíbrio em uma relação comprometida uma ação injusta. As duas partes, em suas perdas e ganhos são conectadas pelo conceito de *synallagma*, e ofensor e ofendido formam uma relação jurídica decorrente do ilícito, da qual todos os demais membros da sociedade estão excluídos, pois em razão de uma injustiça, apenas o ofendido tem um vínculo com os lucros do infrator. Todavia, até os

⁶⁹ Jules COLEMAN, *Markets, morals and the law*, 185.

tempos atuais mantemos uma perspectiva unilateral do problema, pois a justiça corretiva foi examinada por uma perspectiva Tomística, centrada na neutralização de perdas em detrimento da abordagem Aristotélica.⁷⁰

Na pretensão restitutória, a lei impõe ao lesante o dever de recriar a situação hipotética que a sua intervenção impossibilitou. Essa realidade alternativa tem, necessariamente, de compreender a posição do agente. Se o lesante obteve um benefício patrimonial com o seu comportamento, é uma ficção dizer-se que a restituição escapa à reconstrução desejada. É verdade que o artigo 944.º do Código Civil pontua que “A indenização mede-se pela extensão do dano”. A interpretação literal do dispositivo delimita a sanção do devedor à obrigação de reparação de um dano, o que, em última instância, privaria de fundamento a interpretação que, em razão da perspectiva relacional da obrigação de indenizar, nesta pretendesse incluir o resgate do lucro, se o lesado não sofreu nenhum prejuízo. Sucede, porém, que esse entendimento restringe a condenação indenizatória a apenas uma das pretensões emanadas do fato ilícito (compensação de danos), olvidando-se da pretensão restitutória por ganhos decorrentes do comportamento antijurídico.

Em outros termos, o resgate das vantagens econômicas obtidas pelo lesante é trazido para a responsabilidade civil porque é ainda de indenização que se trata. Na restituição dos benefícios obtidos com a prática do fato antijurídico, descobre-se uma dimensão inelutável da indenização: a reposição do equilíbrio entre as partes, permitindo a reconstrução da situação hipotética.⁷¹ Para um sistema de direito privado contribuir da melhor forma para o preenchimento da justiça corretiva, cabe complementar a resposta da compensação de danos com um conjunto apropriado de remédios capazes de reverter lucros derivados de invasão de direitos

Consequentemente, podemos ampliar o conceito de *restitutio in integro* como desiderato de ações indenizatórias, como condenações pecuniárias a obrigações extracontratuais que perfaçam a finalidade de recomposição do sinalagma entre demandante e demandado por três vias: a) restituição do demandante a situação anterior ao dano injusto pelo remédio compensatório; b) restituição de ambas as partes à situação anterior ao ganho ilícito ou economia de despesas pelo remédio da fixação de um preço razoável pela intervenção inconstentida no bem do demandante; c) restituição do demandado à situação anterior

⁷⁰ Francesco GIGLIO, *The foundations of restitution for Wrongs*, 193.

⁷¹ Henrique Sousa ANTUNES, *Da Inclusão do Lucro Ilícito e de Efeitos Punitivos entre as Consequências da Responsabilidade Civil Extracontratual*, 42.

ao ganho ilícito através da remoção total ou parcial dos lucros decorrentes da violação de interesses protegidos do demandante.

No mais, cabe salientar que o mero fato de um certo ordenamento contar com um remédio capaz de desnudar lucros ilícitos não significa que adentrou no campo da punição privada. Pelo contrário, não será possível se cogitar de aplicação da regra da *restitutio in integrum* quando uma sentença defina uma indenização punitiva, circunstância em que o demandando será remetido a uma situação econômica pior àquela do momento do dano, considerando-se que sanções punitivas extracontratuais não guardam proporcionalidade com as perdas econômicas do demandante e superam o valor de eventuais ganhos ilícitos auferidos pelo demandado, pois a função desestímulo a comportamentos ultrajantes apela para a justiça distributiva, transcendendo a bilateralidade das razões correlativas das partes, pela necessidade de uma prevenção geral como um alerta à sociedade ao desencorajamento à reincidência.

6. Conclusão

A responsabilidade civil pode ser descrita como uma das mais dinâmicas partes do direito brasileiro, em toda a sua transversalidade. Ela sempre se adapta as circunstâncias de seu tempo. Ao longo do tempo, várias jurisdições da *civil law e common law* moldaram o direito romano-germânico, modernizando-o e flexibilizando-o progressivamente. É certo que em cada País os modelos jurídicos clássicos receberam distintas valorações, conforme as suas contingências políticas e socioeconômicas.

Não seria diferente com o instituto da restituição por lucros ilícitos. Temos a clara noção de sua importância e extenso raio de aplicação. É possível aplicar a remoção ou a devolução de ganhos indevidos no campo da violação a direitos de propriedade (tangível e intangível), contratos, relações de confiança, direito da concorrência, mercado de capitais e direitos da personalidade.

Contudo, em cada sistema jurídico a matéria recebeu diferente normatividade. Nas jurisdições da *civil law*, inexistem regras gerais na responsabilidade civil que abriguem remédios focados nos ganhos como alternativa às clássicas pretensões reparatórias de danos. Ao contrário do que vemos nos Estados Unidos, Inglaterra, Austrália e outras nações filiadas a *common law*, *Disgorgement e reasonable fee* são realidades ainda distantes em países que reverenciam a responsabilidade civil como uma engrenagem exclusivamente ativada pelo fato

jurídico do dano injusto e que, frequentemente, chegam ao ponto de eleger a expressão “direito de danos” como nomenclatura contemporânea desse setor do direito obrigacional.

Consequentemente, os sistemas jurídicos da Europa continental e América latina lidam de outras maneiras com o fenômeno da ilicitude dos ganhos, seja pela via de normas tópicas que abordam os problemas de forma fragmentária e assistemática, como também pela utilização de equivalentes funcionais, que procuram alcançar resultados semelhantes à restituição de ganhos indevidos, aproveitando-se de modelos jurídicos consolidados em cada ordenamento.

Conforme o dito popular, “Todos os caminhos levam à Roma”. Será que existem rotas alternativas que permitam expropriar benefícios econômicos resultantes de violações à interesses jurídicos alheios? E se existirem, são esses caminhos sustentáveis ou na verdade não passam de estradas vicinais que apenas remetem à periferia, mas não ao destino almejado?

Por tudo que aqui foi sugerido, sustentamos que o enriquecimento sem causa não pode servir como adequado equivalente funcional aos “gain-based damages”, consistindo em via imprópria à restituição de ganhos indevidos, colocando em risco a própria coerência de cada um dos referidos institutos jurídicos.

DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL E A POSSIBILIDADE DE REPARAÇÃO PELO INTERESSE POSITIVO NO DIREITO PRIVADO BRASILEIRO

PABLO MALHEIROS DA CUNHA FROTA

1. Introdução

Este é o primeiro artigo de nossa autoria sobre o tema da recepção do interesse positivo e do interesse negativo no Direito Privado brasileiro, em decorrência do honroso convite feito pela Professora Doutora Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda Barbosa para uma comunicação nas II Jornadas Luso-Brasileiras de Responsabilidade Civil ocorrida na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra entre os dias 8 e 9 de novembro de 2018.

Registro que, no qualificadíssimo evento, tive a honra de ter como Presidente de Mesa o Professor Doutor Paulo Mota Pinto, que escreveu o principal livro sobre o tema que tenho conhecimento no Direito Privado Ocidental¹ e comigo dialogou sobre as reflexões que explicitarei na minha fala, agora transcritas, revisadas e aumentadas neste texto.

Desse modo, vários outros aspectos do tema serão explorados em textos vindouros. Por isso, objetiva-se, com o presente texto, apresentar o contexto jurídico que pode autorizar que os interesses positivos e negativos sejam aceitos na privatística brasileira.

¹ Paulo Mota PINTO, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, Coimbra: Coimbra, 2008, vol. 1 e 2; IDEM, “Indemnização e resolução do contrato por não cumprimento”, in IDEM, *Direito Civil: estudos*, Coimbra: Gestlegal, 2018, 553-621.

A rigor, o tema dos interesses positivos e negativos envolvem a figura jurídica do contrato, não obstante possam aparecer em outros negócios jurídicos, seja pela sua não formação, seja pela sua formação ou pelo contrato apresentar alguma hipótese de inexistência, invalidade ou de ineficácia, o que enseja trazer breves palavras sobre tal instituto jurídico.

Um contrato é um fato jurídico (fato da vida apreendido e importante pelo e para o Direito) gerador de efeitos jurídicos (relações jurídicas obrigacionais e (ou) reais), sendo, em regra, entendido como um negócio jurídico² bilateral ou plurilateral para “a constituição, a modificação ou a extinção de relação jurídicas patrimoniais”³.

Dessa maneira, na relação jurídica contratual “duas ou mais partes encontram-se vinculadas, reciprocamente, em posições ativas — esquematicamente identificadas pelos direitos, pretensões, ações e exceções —, e/ou passivas, pelos correspectivos deveres, obrigações, situações de acionado e de excetuado”⁴.

Não se pode, contudo, circunscrever a relação contratual a uma relação de crédito e de débito, tendo em vista a perspectiva de Karl Larenz⁵ da *obrigação como processo*, acolhida no Brasil por Clóvis do Couto e Silva, cujo sentido é:

conjunto de atividades necessárias à satisfação do interesse do credor sendo precisamente a unidade teleológica de adimplemento que determina a obrigação como processo.⁶

² Pode-se entender negócio jurídico como fato jurídico tendo por núcleo a vontade negocial exteriorizada nos limites da liberdade acerca do conteúdo (liberdade negocial) e com que se negocia (liberdade de negociar) ou a conduta humana participante de tráfico jurídico, a que o Direito confere existência, validade e eficácia negociais. Essa ideia de negócio jurídico, em sua segunda parte, inclui as condutas ou comportamentos avolitivos e contra volitivos presente em negócios jurídicos de adesão às condições gerais negociais, como nos casos de contratos de consumo, bastando sua inserção no tráfico jurídico. Sobre o tema veja: Paulo LÔBO, *Direito civil. Parte Geral*, 7.^a ed., São Paulo: Saraiva, 2018; e IDEM, *Direito civil. Contratos*, 4.^a ed., São Paulo: Saraiva, 2018.

³ Rodrigo Xavier LEONARDO, “Extinção, distrato, resolução, resilição e rescisão: um estudo de teoria geral dos contratos a partir da representação comercial”, in *Arte Jurídica (Universidade de Londrina)*, vol. 3, 2006, 157-179, p. 159.

⁴ Rodrigo Xavier LEONARDO, “Extinção, distrato, resolução, resilição e rescisão”, 159.

⁵ Karl LARENZ, *Derecho de obligaciones*, t. I, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958, 37.

⁶ Clóvis V. Couto e SILVA, *A obrigação como processo*, São Paulo: Bushatsky, 1976, 10. Rodrigo Xavier Leonardo aduz: “o caráter dinâmico das relações jurídicas obrigacionais processualiza a conduta das partes vinculadas em relação para um fim,

Dentro desta ordem de cooperação, credor e devedor não ocupam mais posições antagônicas, dialéticas e polêmicas. Transformando o *status* em que se encontravam, tradicionalmente, devedor e credor, abriu-se espaço ao tratamento da relação obrigacional como um todo. (...) Com a expressão ‘obrigação como processo’, tenciona-se sublinhar o ser dinâmico da obrigação, as várias fases que surgem no desenvolvimento da relação obrigacional e que entre si se ligam com interdependência.⁷

A relação obrigacional se apresenta, então, nesse novo cenário, como uma série concatenada de comportamentos direcionados ao fim naturalmente esperado — o adimplemento — e exige recíproca cooperação dos parceiros negociais durante cada uma de suas fases⁸ um novo modelo de compreensão do direito obrigacional, facilitando a compreensão de toda complexidade inerente a cada um dos fatos da vida e, viabilizando, por consequência, soluções pautadas na justiça obrigacional.⁹

Nesse viés, a relação contratual, do final da década de 1960 do século XX até os dias atuais está voltada para uma ideia de adimplemento que congregue as situações jurídicas¹⁰⁻¹¹.

para uma diretriz unitária, que é o adimplemento. Ao contrário de outras, as relações jurídico obrigacionais tendem (são, verdadeiramente, tensionadas) para o adimplemento mediante a satisfação do credor (sem prejuízo de outros deveres laterais que permaneçam para além da relação)”. Rodrigo Xavier LEONARDO, “Extinção, distraito, resolução, resilição e rescisão”, 160.

⁷ Clóvis V. Couto e SILVA, *A obrigação como processo*, 19-20.

⁸ Marcos Jorge CATALAN, *A morte da culpa na responsabilidade contratual*, São Paulo: RT, 2013, 166.

⁹ Paulo NALIN / Luciana Pedrosa XAVIER / Marília Pedrosa XAVIER, “A obrigação como processo: breve releitura trinta anos após”, in Gustavo TEPEDINO / Luiz Edson FACHIN, *Diálogos sobre direito civil*, vol. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, 322.

¹⁰ Marcos Bernardes de Mello aduz: “Em nosso entendimento, situação jurídica é expressão que tem duas acepções, a saber: (a) em sentido lato, designa toda e qualquer consequência que se produz no mundo jurídico em decorrência de fato jurídico, englobando todas as categorias eficaciais, desde os mínimos efeitos à mais complexa das relações jurídicas; define, portanto, qualquer posição em que um sujeito de direito se encontre no mundo jurídico; (b) em sentido estrito, nomeia, exclusivamente, os casos de eficácia jurídica em que não se concretiza ainda uma relação jurídica, e os eventuais direitos subjetivos que dela emanam não implicam ônus e sujeição na posição passiva, porque seus efeitos se limitam a uma só esfera jurídica (casos de situações jurídicas unissubjetivas – vide, adiante). (a’) Lato sensu, portanto, relação jurídica constitui espécie, a mais importante, do gênero situação jurídica; (b’) stricto sensu, situação jurídica e relação jurídica são espécies diferentes de eficácia jurídica. Nesta obra a expressão será empregada, de ordinário, no sentido estrito, de modo

que sempre quando necessário for usá-la em sentido lato se fará a qualificação. (...) a situação jurídica se caracteriza pela qualidade (ser pessoa, ser sujeito de direito, ser capaz, e. g.), não pelo direito subjetivo que a assegura. (...) A locução situação jurídica parece ter sido empregada inicialmente por Duguit (*Traité de droit constitutionnel*, v. I, § 1) como substitutiva da noção de direito subjetivo. Criticando esse conceito (direito subjetivo), Duguit propôs substituí-lo pelo de situação jurídica, que se diria: (a) objetiva (também denominada poder objetivo ou situação legal), quando designasse “o poder que cabe a todo indivíduo de agir livremente nos limites do direito objetivo, de querer um efeito jurídico quando sua declaração de vontade tem um objeto ou um fim conforme ao direito objetivo”, e (b) subjetiva, quando definisse “o poder atribuído a uma pessoa determinada de exigir de uma outra o adimplemento de uma prestação concreta, sob uma sanção social que, nos países organizados politicamente, a mais frequente é a ação na justiça”. Roubier (*Droits subjectifs e situations juridiques*, p. 60 et passim) refere-se a situações jurídicas subjetivas, que corresponderiam ao direito subjetivo ou, melhor dizendo, que teriam por finalidade produzir direitos que superariam os deveres (*idem*, p. 67), e a situações jurídicas objetivas, cuja finalidade seria criar deveres. Aquelas resultariam de atos de vontade e, mesmo quando decorrentes da lei, não eliminariam a vontade quanto a ter o direito (*idem*, p. 66), enquanto estas nasceriam de disposição legal, portanto, sem interferência da vontade. Betti (*Teoria generale del negozio giuridico*, p. 11 e s.) emprega a expressão em sentidos semelhantes aos que adotamos, concluindo que “entre situação e relação jurídica a diferença que há é, pois, apenas uma questão de especificação e de aspecto” (*idem*, p. 12), usando-o para definir situações em que há pendência eficaz (= negócios jurídicos sob condição suspensiva, e. g.). Köhler empregou-a para referir-se a uma relação do sujeito do direito acerca dos bens da vida em geral ou em particular, que pode ter importância para o nascimento ou para o desenvolvimento de direitos subjetivos, nela incluindo a capacidade de agir e a legitimação para dispor, por exemplo (cf. Enneccerus, Kipp e Wolff, *Tratado de derecho civil*, v. I, t. 1º, § 75, nota 3). Domenico Rubino (*La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, p. 14) a definiu, em sentido técnico, como “a relação de um sujeito com uma fattispecie concreta, da qual derivam atualmente, ou podem derivar sucessivamente, relações jurídicas singulares” e, em sentido geral, “os efeitos jurídicos singulares (quando existem efeitos jurídicos que não se enquadram no esquema da relação jurídica)”. Para Guido Alpa e Mario Bessone (*Elementi di diritto civile*, p. 23 e 30), a expressão situação jurídica tem sentido de posição do sujeito em uma relação jurídica. José de Oliveira Ascensão (*Teoria geral do direito civil*, passim) a usa para definir todas as situações eficazes que ocorrem no mundo jurídico, não empregando a expressão relação jurídica. Ao menos curiosa é a concepção esposada por Carlos Alberto Bittar (*Teoria geral do direito civil*, p. 86) segundo a qual “situação jurídica é a posição da pessoa, em uma relação jurídica, que vem ocupar a esfera de outrem”, citando como exemplos a “assistência, em que o tutor, ou o curador, ocupa o lugar do pai; o administrador é chamado a suprir a ausência da pessoa, e assim por diante”. Orlando Gomes (*Introdução ao direito civil*, p. 106) adota concepção semelhante à nossa quanto ao sentido lato da expressão, com a diferença de referir-se a direito subjetivo, a direito potestativo e a expectativa de direito como espécies de situações jurídicas, com o que não concordamos, uma vez que entendemos não se poder tratá-los como categorias autônomas, pois constituem conteúdo de relações jurídicas. Miguel Reale (*Lições preliminares de direito*, p. 256 e s.) fala em situação jurídica subjetiva, e tem como incluídos no âmbito de seu conceito o direito subjetivo, o interesse legítimo e o

credor, do devedor e, muitas vezes, de partes não formalmente obrigadas,¹¹ com cada relação projetando efeitos para além das partes, de forma previamente pactuada (ou não).

Isso porque as alterações ocorridas no mencionado período histórico atingiram os contratos, em seu texto e contexto, com “um repensar do próprio conteúdo da liberdade¹² nos contratos, além do

poder, portanto, posições ativas na relação jurídica. Vale ressaltar o estudo de Jose Castán Tobeñas, *Situaciones jurídicas subjetivas*, e a excelente obra de Torquato Castro, *Teoria da situação jurídica em direito privado nacional*. Pontes de MIRANDA, esporadicamente, refere-se a situações jurídicas, como no *Tratado de direito privado*, t. III, § 274, t. V, § 560, 2, e t. XI, § 1.158, 1, et passim, e nos Comentários ao CPC, t. I, p. XIX, por exemplo. LEGAZ Y LACAMBRA, *Filosofía del derecho*, 749, emprega a expressão situação jurídica em sentido semelhante ao que adotamos. Não fazemos distinção entre situação jurídica objetiva e subjetiva, como sugerida por Duguit, pois a consideramos impertinente e sem valor científico. A nosso ver, as *situaciones jurídicas são, unicamente, subjetivas, pois dizem respeito à posição do sujeito de direito no mundo jurídico*. (...) a situação jurídica se caracteriza pela qualidade (ser pessoa, ser sujeito de direito, ser capaz, e. g.), não pelo direito subjetivo que a assegura.” Marcos Bernardes de MELLO, *Teoria do fato jurídico – plano de eficácia — 1.ª parte*, 10.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2015, ed. do Kindle, (Locais do Kindle 1524-1535; 1580-1581 e 5642-5686).

Sobre pontos controversos sobre o tema veja: Eduardo Nunes de SOUZA, “Situações jurídicas subjetivas: aspectos controversos”, *Civilistica.com* 4/1 (2015), disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/08/Souza-civilistica.com-a.4.n.1.2015.pdf>>, acesso em 2 de julho de 2018.

Nas conhecidas estipulação em favor de terceiro (Código Civil (cc), artigos 436.º-438.º), promessa de fato de terceiro (cc, artigos 439-440), contrato com pessoa a declarar (cc, artigos 467.º-471.º) e na tutela externa do crédito (cc, artigo 608.º). Sobre esta última veja: Carlos Eduardo Pianovski RUZYK / Marcelo L. F. de Macedo BÜRGER, *A tutela externa da obrigação e sua (des)vinculação à função social do contrato*. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 6, n. 2, 2017. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2017/12/Ruzyk-e-B%C3%BCrger-civilistica.com-a.6.n.2.2017.pdf>. Acesso em 7 de novembro de 2018.

¹¹ Nas conhecidas estipulação em favor de terceiro (Código Civil (cc), artigos 436.º-438.º), promessa de fato de terceiro (cc, artigos 439-440), contrato com pessoa a declarar (cc, artigos 467.º-471.º) e na tutela externa do crédito (cc, artigo 608.º). Sobre esta última veja: Carlos Eduardo Pianovski RUZYK / Marcelo L. F. de Macedo BÜRGER, “A tutela externa da obrigação e sua (des)vinculação à função social do contrato”, *Civilistica.com* 6/2 (2017), disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2017/12/Ruzyk-e-B%C3%BCrger-civilistica.com-a.6.n.2.2017.pdf>>, acesso em 7 de novembro de 2018.

¹² Liberdade visualizadas em uma perspectiva funcional (função como contributo a alguém) que viabiliza o exercício, o incremento e a proteção coexistencial e plural das esferas jurídicas patrimoniais e existenciais de cada um ou de cada uma, que intersubjetivamente interagem com o meio e com terceiros, que podem sofrer consequências desse exercício da liberdade O conteúdo dessas liberdades se divide em: (a) *formal*, aquela liberdade abstrata assegurada pelo ordenamento jurídico; (b) *negativa*, não coerção do Estado, do particular e da comunidade no exercício

conceito de autonomia privada”.¹³⁻¹⁴

O esgotamento da ideia oitocentista de contrato — negócio jurídico bilateral ou plurilateral para tutelar relações jurídicas de ordem patrimonial — fez com que se possa alterar o sentido¹⁵ de contrato, agora entendido como atividade — conjunto de atos interdependentes praticados para atingir um objetivo — unilateral, bilateral ou plurilateral visando o adimplemento e que pode conjugar concretamente situações jurídicas existenciais e patrimoniais.¹⁶ Essa ideia de contrato é modulada por princípios¹⁷ e por regras constitucionais e infraconsti-

de liberdade de cada pessoa humana; (c) *positiva*, “liberdade de autoconstituição como definição dos rumos da própria vida” ou liberdade vivida; (d) *substancial*, “possibilidade efetiva de realizar essa autoconstituição”. A coexistencialidade das liberdades de uma pessoa humana na vida em relação “não é mera justaposição de espaços reciprocamente delimitados externamente: ela implica interseção de vidas livres, o que importa a responsabilidade intersubjetiva recíproca pelas liberdades dos indivíduos em relação. Não se é livre sozinho: a liberdade é sempre coexistencial. É aí que a liberdade se encontra com a solidariedade”. Carlos Eduardo Pianovski RUZYK, *Institutos Fundamentais do Direito Civil e Liberdade(s)*. Rio de Janeiro: GZ, 2011, 374-375. Sobre liberdade veja também: Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda BARBOSA, “Projeções do personalismo ético § 1. Projeção 1: a autonomia ético-axiologicamente conformada”, in IDEM, *Estudos de teoria geral do direito civil*, Cascais: Principia, 2017, 17-36.

¹³ O conteúdo conferido à liberdade é mais amplo do que o sentido de autonomia privada, que se restringe ao aspecto patrimonial das liberdades. Carlos Eduardo Pianovski RUZYK, *Institutos Fundamentais do Direito Civil e Liberdade(s)*, 121-140.

¹⁴ Carlos Eduardo Pianovski RUZYK / Marcelo L. F. de Macedo BÜRGER, “A tutela externa da obrigação e sua (des)vinculação à função social do contrato”.

¹⁵ Significado indica “as potenciais compreensões que se pode obter quando uma palavra é considerada abstratamente, ou o conjunto de sentidos plausíveis de uma palavra; já “sentido” é o uso concreto de um significado. Ou seja, entende-se por “sentido” o significado adicionado do contexto do uso da palavra”. Adrian SGARBI, *Introdução à teoria do direito*, São Paulo: Marcial Pons, 2013, 31.

¹⁶ Paulo NALIN, *Do contrato — Conceito Pós-Moderno: em busca da sua formulação na perspectiva civil-constitucional*, 2.^a ed., Curitiba: Juruá, 2006; Pablo Malheiros da Cunha FROTA, *Os deveres contratuais nas relações civis e de consumo*, Curitiba: Juruá, 2011; e existir sem negócio jurídico (Juliana Pedreira da SILVA, *Contratos sem negócio jurídico*, São Paulo: Atlas, 2011), todavia esses assuntos extrapolam o presente texto.

¹⁷ Princípios tidos como padrões deontológicos morais públicos de uma comunidade (alteridade) em um determinado contexto histórico social, que respeita e problematiza a tradição institucional daquela comunidade de forma íntegra e coerente, não se tornando os princípios cláusulas abertas ou de fechamento de lacuna do sistema, mas sim um prático “fechamento hermenêutico, isto é, não vinculam nem autorizam o intérprete desde fora, mas justificam a decisão no interior da prática interpretativa que define e constitui o direito”. Em toda regra, contém um prin-

tucionais que são explicitados nos deveres contratuais gerais.¹⁸

A aludida alteração de sentido se explicita, em, ao menos dois fenômenos, afirma Fachin: “de um lado, a transsubjetivação (quem contrata não mais contrata somente com quem contrata), e de outro a transobjetivação (quem contrata não mais contrata apenas o que contrata)”¹⁹.

Feita essa sintética alusão ao contexto no qual o contrato se insere, introdução, interessa ao presente artigo os casos de descumprimento contratual ensejador de duas hipóteses trazidas pelo artigo 475.º do CC: “A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos”.

Diante disso, configura-se a responsabilidade contratual de quem o descumpriu diante da “desconformidade entre a conduta adotada e aquela que deveria ter sido observada no programa obrigacional concretamente estabelecido”²⁰-²¹.

A advir a seguinte questão: no Direito Civil brasileiro pode-se

cípio, muitas vezes o da igualdade. A aplicação de um princípio jurídico “deve vir acompanhada de uma detalhada justificação, *ligando-se a uma cadeia significativa*, de onde se possa retirar a generalização principiológica minimamente necessária para a continuidade decisória, sob pena de cair em decisionismo, em que cada juiz tem o seu próprio conceito (...) a aplicação do princípio para justificar determinada exceção não quer dizer que, em uma próxima aplicação, somente se poderá fazê-lo a partir de uma absoluta similitude fática. Isso seria congelar as aplicações. O que é importante em uma aplicação desse quilate é *exatamente o princípio que dele se extrai*, porque é por ele que se estenderá/generalizará a possibilidade para outros casos, em que as circunstâncias fáticas demonstrem a necessidade da aplicação do princípio para justificar uma nova exceção. Tudo isso formará uma cadeia significativa, forjando uma tradição, de onde se extrai a integridade e a coerência do sistema jurídico. Esse talvez seja o segredo da aplicação principiológica.” A distinção regra e princípio não pode ser estrutural, como faz Alexy — regra como mandado de definição e princípio como mandado de otimização — pois, no viés hermenêutico, a distinção estrutural não resolve o problema da concretização, porque os princípios somente se apresentam se a subsunção das regras ao caso não resolverem a questão. “Para que um princípio tenha obrigatoriedade, ele não pode se desvencilhar da democracia, que se dá por enunciados jurídicos concebidos como regras”. Lênio Luiz STRECK, *Verdade e Consenso*, 6.ª ed., São Paulo: Saraiva, 2017, 549, 556-557, 565-566. Veja também sobre o assunto, as páginas 567-574.

¹⁸ Pablo Malheiros da Cunha FROTA, *Os deveres contratuais nas relações civis e de consumo*.

¹⁹ Luiz Edson FACHIN, *Direito civil: sentidos, transformações e fim*, Rio de Janeiro: Renovar, 2015, 30.

²⁰ Jorge Joaquín LLAMBIAS, *Estudio sobre la mora en las obligaciones*, Buenos Aires: Perrot, 1965. 7.

²¹ Marcos Jorge CATALAN, *A morte da culpa na responsabilidade contratual*, 102.

cumular com a resolução da relação contratual ou com o cumprimento específico da prestação a reparação correspondente à situação que a parte contratante estaria caso o contrato fosse cumprido (*interesse no cumprimento — interesse positivo*) ou tal reparação deve corresponder à situação que a parte estaria se o contrato não tivesse sido celebrado (*interesse negativo*)? O presente texto se circunscreverá ao interesse positivo.

Daí emerge o problema²²: o Direito Civil brasileiro admite a reparação pelo interesse positivo? Extrai-se desse problema as seguintes hipóteses: (i) não é admissível a reparação pelo interesse positivo; (ii) é admitida a hipótese de reparação pelo interesse positivo em cada caso concreto, de acordo com critérios que devem ser explicitados.

Objetiva-se, com isso, traçar fundamentos atinentes aos interesses positivos, tendo por objetivos específicos dialogar, mormente, com o Direito Civil português, muito desenvolvido com o tema para responder ao problema posto.

Nessa senda, a presente investigação utilizará o método fenomenológico-hermenêutico, que serve para realizar esse revolvimento de sentido da ideia de interesse positivo:

o método fenomenológico, pelo qual se reconstrói o problema jurídico a partir de sua história institucional, para, ao final, permitir que ele apareça na sua verdadeira face. O Direito é um fenômeno que se mostra na sua concretude, mas sua compreensão somente se dá linguisticamente. Por isso, compreender o fenômeno jurídico significa compreendê-lo a partir de sua reconstrução. Não existem várias realidades; o que existe são diferentes visões sobre a realidade. Isto quer dizer que não existem apenas relatos ou narrativas sobre o Direito. Existem, sim, amplas possibilidades de dizê-lo de forma coerente e consistente.

Assim, cada caso jurídico concreto pode ter diferentes interpretações. Mas isso não quer dizer que dele e sobre ele se possam fazer quaisquer interpretações. Fosse isso verdadeiro poder-se-ia dizer que Nietzsche tinha razão quando afirmou que “fatos não existem; o que existe são apenas interpretações”. Contrariamente a isso, pode-se contrapor que, na verdade, somente porque há fatos é que

²² O conhecimento é produzido a partir da solução de problemas, ideia central para a Filosofia. O termo problema é “de origem grega (*πρόβλημα*) e seu significado original é relativo a algo que é projetado a frente ou algo que se apresenta como obstáculo”. UNIVERSIDADE CATÓLICA DE BRASÍLIA / UNIVERSIDADE CATÓLICA DE BRASÍLIA VIRTUAL — UCB VIRTUAL. *Curso de graduação, Bacharelado e Licenciatura em Filosofia: Problemas Filosóficos*, disponível em <<http://www.catholicavirtual.br>>. Acesso ao conteúdo com login e senha.

existem interpretações. E estes fatos que compõem a concretude do caso podem — e devem — ser devidamente definidos e explicitados.²³

Como diz Streck, *a escolha pela fenomenologia representa a superação da metafísica no campo do Direito*, de tal modo que uma abordagem hermenêutica — e, portanto, crítica — do Direito jamais pretenderá ter a última palavra. E isso já é uma grande vantagem, sobretudo no paradigma da intersubjetividade.^{24_25}

A partir do método fenomenológico-hermenêutico pode-se afirmar que todo texto jurídico, como os institutos jurídicos que nele estão contidos explicitamente e implicitamente necessitam de interpretação, independentemente da “densidade de seus conteúdos semânticos”.²⁶

²³ Lênio Luiz STRECK, *Parecer*, disponível em <<https://www.conjur.com.br/dl/manifestacao-politica-juizes-nao-punida.pdf>>, acesso em 02.11.2017.

²⁴ André Karam TRINDADE / Rafael Tomaz de OLIVEIRA, “Crítica Hermenêutica do Direito: do quadro referencial teórico à articulação de uma posição filosófica sobre o Direito”, *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)* 3/9 setembro-dezembro 2017) 311-326, p. 325.

²⁵ Aduz Clarissa Tassinari: “Neste sentido, a utilização do método hermenêutico-fenomenológico, de matriz heideggeriana, possibilitou um novo modo de compreender o fenômeno jurídico, denunciado a dimensão interpretativa do Direito, seja através da desmistificação dos conceitos jurídicos como enunciados com os conteúdos determinados *a priori*, seja a partir da diferença entre texto e norma (que, segundo Streck, é ontológica). A ideia de método é compreendida à distinção da noção de certeza e segurança, própria do pensamento moderno. O método hermenêutico-fenomenológico apresenta-se como uma “ferramenta,” precária e provisória, da qual não se consegue ter total apreensão e domínio, estando voltado ao constante questionamento e, por isto, constituindo um modo de filosofar. O método proposto por Heidegger procura superar o velamento da questão do ser (que a metafísica, através de sua filosofia da subjetividade causou), sendo fundado num modelo binário de velamento e desvelamento. A isto são agregados os aportes da hermenêutica filosófica gadameriana, no interior da qual o momento de interpretação de um texto deixa de ser percebido de modo separado da sua aplicação, mas como acontecimento unitário, denominado pelo filósofo alemão de *applicatio*. O ato aplicativo do Direito deixa de ser um procedimento de extração (reprodução) do sentido do texto (*Auslegung*) e passa ser concebido como atribuição de sentido (Sinngabung), que ocorre através de um contexto de intersubjetividade, transformação através da qual Streck faz a primeira ruptura hermenêutica com a tradição: o afastamento de posturas objetivistas (vontade da lei/vontade do legislador)”. Clarissa TASSINARI, “Ensaio sobre as relações entre a Filosofia, teoria do direito e a atuação do judiciário”, in Lênio Luiz STRECK, *A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos*, Salvador: Juspodivm, 2017, 139-159, p. 147-148.

²⁶ Destaca-se que o trecho citado foi extraído de um texto de Paulo Lobo que defende que toda norma jurídica deve ser interpretada, pouco importando a “densidade de seus conteúdos semânticos”. Paulo LÔBO, “Novas razões para a força normativa dos princípios nas relações privadas”, *Revista Fórum de Direito Civil* —

O aludido método fenomenológico-hermenêutico será aliado a uma metodologia (caminho para um objetivo) será bipartida em procedimento e abordagem. A primeira tem por base o procedimento monográfico, com a análise das obras acima referidas. A segunda se ampara em uma linha crítico-metodológica, lastreada em uma teoria crítica da realidade que compreende o Direito como problema e como uma “rede complexa de linguagens e de significados”²⁷.

Destaca-se que os marcos teóricos desta reflexão são as ideias sobre o tema, no Brasil, de Renata Steiner²⁸ e, em Portugal, de Paulo Mota Pinto,²⁹ pois são os que mais e melhor escreveram sobre o tema.

Para se atingir os desideratos desta pesquisa, divide-se o texto, além da introdução, da conclusão e das referências, em três tópicos relacionados: (i) à ressignificação do crédito e dos deveres contratuais; (ii) à atribuição de sentido ao termo interesse, com a divisão das características do interesse positivo e negativo³⁰; (iii) à possibilidade (ou não) de o interesse positivo ser utilizado no Direito Privado brasileiro, objeto de análise deste texto, cuja reflexão se inicia nos tópicos seguintes.

2. Dinamização do crédito a partir dos deveres contratuais gerais

A análise de qualquer categoria jurídica, como alude Ana Clara da Rosa Alves passa por quatro dimensões “altura, largura, profundidade e tempo”,³¹ a tornar necessária breves reflexões sobre a dinamização do crédito a partir do vigente cariz dos deveres contratuais gerais, o que possibilitará preencher as quatro dimensões para a verificação

RFDC 7/19 (set./dez. 2018) 271-282, p. 276.

²⁷ Miracy Barbosa de Sousa GUSTIN / Maria Tereza DIAS, *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*, 4.^a ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2013, 21.

²⁸ Renata STEINER, *Reparação de Danos. Interesse Positivo e Interesse Negativo*, São Paulo: Quartier Latin, 2018. Registre-se a obra de Fábio Queiroz PEREIRA, *O ressarcimento do dano pré-contratual: interesse negativo e interesse positivo*, São Paulo: Almedina, 2017, todavia como ela foca no interesse negativo, não foi objeto de devida reflexão para o presente texto, embora ela seja citada ao longo deste artigo.

²⁹ Paulo Mota PINTO, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, vol. 1 e 2; IDEM, “Indemnização e resolução do contrato por não cumprimento”, in IDEM, *Direito Civil: estudos*. Coimbra: GestLegal, 2018, 53-621.

³⁰ Fábio Queiroz PEREIRA, *O ressarcimento do dano pré-contratual*.

³¹ Ana Clara da Rosa ALVES, *Direitos fundamentais e sistemas caóticos no direito público e direito privado*, Dissertação de Mestrado defendida em 2013 no Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 16.

da possibilidade de o Direito Civil brasileiro poder admitir a reparação conjuminada pela verificação dos interesses positivos da parte que não descumpriu o contrato.

Com isso, a compreensão das consequências do inadimplemento imputável a uma das partes contratantes se vinculará as referidas modificações que atingiram o contrato, como posto na introdução.

Quem pede a resolução da relação da relação contratual e cumula com pedido reparatório de danos o faz por ter em sua esfera jurídica um crédito. Este é categorizado juridicamente como um objeto de direito (direito pessoal economicamente mensurável) que compõe o patrimônio ativo (direitos com conteúdo econômico) de quem é seu titular e, por consequência, da esfera jurídica deste titular.³²

O(a) titular deste crédito, dentro do prazo temporal de exigência em cada situação jurídica geradora do mencionado, adquire a pretensão³³ de exigi-lo de quem for responsável (por ter uma dívida) em adimpli-lo, haja vista que a relação contratual, em regra, pressupõe direitos (crédito) e deveres (dívida) correlatos entre as partes.³⁴ Noutros termos, o crédito

compõe o direito subjetivo do credor. Esse direito subjetivo é composto por quatro elementos: os sujeitos (credor e devedor), o objeto (prestação), a relação jurídica que os enlaça, e a proteção. “Os três primeiros são intrínsecos, porque integram a estrutura interna do direito. A proteção é um elemento extrínseco, que vem garantir o exercício do direito e punir sua violação”. Tanto é a prestação (crédito) objeto de direito que, além de compor o

³² Marcos Bernardes de MELLO, *Teoria do fato jurídico — plano de eficácia — 1.ª parte*.

³³ Marcos Bernardes de Mello aponta: “(...) obrigação, em sentido lato, não é mais do que uma das categorias de eficácia jurídica, aquela em que se transmuda o dever, quando se torna exigível pelo titular da pretensão (esta que corresponde, por sua vez, ao direito em sua fase de exigibilidade). Obrigação é posição de sujeito passivo (comumente denominado devedor) diante do titular da pretensão (sujeito ativo, em geral denominado credor) em relação jurídica de qualquer natureza. Onde houver alguém com poder jurídico de exigir de outrem uma ação ou omissão, haverá a corresponsividade entre pretensão → <— obrigação. Não constitui, portanto, conceito restrito ao direito das obrigações, como pode parecer e em regra é tratado, uma vez que ocorre, praticamente, em todos os ramos do direito: no direito de família, no direito das sucessões, no direito das coisas, no direito constitucional, no direito processual, no direito administrativo, no direito do trabalho e assim por diante”. Marcos Bernardes de MELLO, *Teoria do fato jurídico — plano de eficácia — 1.ª parte*.

³⁴ Marcos Bernardes de MELLO, *Teoria do fato jurídico — plano de eficácia — 1.ª parte*.

patrimônio do credor, pode ser objeto de relação jurídica, como o é no contrato que a faz nascer, como também pode ser cedida (art. 286, CC) ou mesmo assumida por terceiros (art. 299, CC).³⁵

Esses quatro elementos do direito subjetivo, na atual quadra, necessitam de acolhimento em cada caso concreto, para que as perspectivas abstratas e ficcionais soerguidas pelo racionalismo iluminista, objeto de ampla crítica, sejam substituídas por um direito subjetivo que referencie a pessoa em um ambiente no qual a “intervenção do direito, a alteridade e a intersubjetividade são os traços dominantes”.³⁶ Noutros termos, “alteridade ínsita aos processos obrigacionais, timbrados pela *colaboração intersubjetiva* (inclusive aos deflagrados pelo

³⁵ Carlos Eduardo Pianovski RUZYK / Marcelo L. F. de Macedo BÜRGER, “A tutela externa da obrigação e sua (des)vinculação à função social do contrato”.

³⁶ Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda BARBOSA, “Projeções do personalismo ético”, 95. A autora, às páginas 96-98 do mesmo texto, destaca, com razão: “Ao ser em si alia-se o ser com o outro, que se reconhece no semelhante, tributário da mesma dignidade, com quem estabelece uma ponte comunicante. O sentido da comunhão que assim se postula deve, porém, ser esclarecido. (...) O homem é incapaz de se realizar plenamente no isolamento. Necessita do outro, da abertura dialogante. Esse imperativo está, porém, distante de uma visão utilitarista, em que o outro é tido como um meio de satisfação de necessidades ou um instrumento colaborante na prossecução do bem comum. Não se ignora que muitas vezes é esse o papel da interseção subjetiva. Mas, jamais a aproximação ao tu poderá implicar a sua objetivação. Desde logo porque a imperiosa urgência da presença do outro na vida de cada um resulta anterior à experiência primeira de auto percepção do eu. Dito de outro modo, só olhando para o nosso semelhante somos capazes de nos reconhecer e, por isso, o olhar derramado sobre ele deverá estar maculado pela ideia da sua ineliminável dignidade ética. Com que a nós mesmos, e dialeticamente, passamos a conceber. Desta relação ética fundamental decorrem corolários importantíssimos. O outro nunca pode ser um meio, mas sempre um fim, merecedor de respeito, o mesmo respeito que exigimos em relação a nós. E essa exigência de sentido é não só dirigida ao outro como a nós mesmos, sob pena de deturpamos o referencial de sentido com base no qual entreteçemos as nossas relações. Por outro lado, vemos no outro um ser único, irrepitível, portador da sua individualidade. O que significa que a teia ética assim conformada não nos pode obnubilar o sentido da reserva pessoal que a cada um cabe. A pessoalidade que se convoca, não encerrando o homem sobre si mesmo, abre-o ao outro pelo estabelecimento de pontes de solidariedade. Mas essa solidariedade não é gregária, pelo que não condena o homem, livro do individualismo, à totalização societária. O referente de sentido a partir do qual se erige o direito subjetivo já não é o indivíduo, mas a pessoa, com tudo o que este simples enunciado linguístico encerra”. Este texto de Mafalda Castanheira Neves traz um robusto histórico da construção dos direitos subjetivos, com uma certa crítica à construção racionalista iluminista, bem como uma possibilidade de manutenção do instituto nos dias atuais.

infligir de dano reparável)".³⁷

Nesse contexto, o crédito, como qualquer direito subjetivo, se ampara na eticidade da pessoa humana, deixando de ser um direito vazio que somente aponta para o(a) seu(ua) titular, para, mantendo-se como afirmação da autonomia pessoal que não pode ser exercida de forma ilegítima³⁸ (CC, artigo 187.º e Código Civil português, artigo 334.º). Em outras palavras, "o conteúdo do direito seja igualmente preenchido por deveres e que seu exercício seja indissociável de uma nota de responsabilidade".³⁹

Uma das consequências deste resignificar do direito subjetivo de crédito é perceber a possibilidade de adequação das prestações para se evitar que sejam descumpridas ou cumpridas com imperfeição, em homenagem aos princípios da pontualidade⁴⁰ ou da correspondência e o da equivalência material (CC, artigos 423. e 424.º; Constituição Federal de 1988 (CR/88), artigos 3.º, I, e 170)⁴¹.

Essa adequação independe de o evento advir de comportamento

³⁷ A. L. Arnt RAMOS / J. P. K. F. NATIVIDADE, "A Mitigação de Prejuízos no Direito Brasileiro: Quid est et quod vadat?", *Civilistica.com - Revista Eletrônica de Direito Civil* 13 (2017) 1-20, 5.

³⁸ Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda BARBOSA, "Projeções do personalismo ético", 99-101.

³⁹ Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda BARBOSA, "Projeções do personalismo ético", 101. Conclui a autora à p. 114 do mesmo artigo: "Pese embora o direito subjetivo continue a poder ser entendido na ótica do poder, ele deixa de poder ser compreendido como um poder arbitrário e ilimitado, assente numa estrutura meramente formal. O direito subjetivo, consubstanciando um poder, só pode ser captado à luz de uma materialidade que lhe subjaz, o que implica que ele só seja percecionado em paralelo com o dever — já não apenas o dever que onera o titular passivo da relação jurídica, mas o dever que entretece o seu próprio conteúdo".

⁴⁰ Fernando Augusto Cunha de Sá, *Direito ao cumprimento e direito a cumprir*. Coimbra: Almedina, 1997, 8. A pontualidade implica que somente haverá adimplemento se a prestação for efetuada "ponto por ponto" considerando-se todas as condições que permeiam a relação obrigacional.

⁴¹ Paulo Lobo afirma: "O princípio da equivalência material busca realizar e preservar o equilíbrio real de direitos e deveres no contrato, antes, durante e após sua execução, para re-harmonização dos interesses. Esse princípio preserva a equação e o justo equilíbrio contratual, seja para manter a proporcionalidade inicial dos direitos e obrigações, seja para corrigir os desequilíbrios supervenientes, pouco importando que as mudanças de circunstâncias possam ser previsíveis. O que interessa não é a exigência cega de cumprimento do contrato, em sua literalidade, mas se sua execução não acarreta vantagem excessiva para uma das partes e desvantagem excessiva para outra, aferível objetivamente, segundo as regras da experiência ordinária e da razoabilidade. Parafraseando Pietro Barcellona, a equivalência material se apresenta como "o direito desigual da racionalidade material" (1998, p. 190)". Paulo LÓBO, *Contratos*, 3.ª ed., São Paulo: Saraiva, 2017, item 3.6 — edição eletrônica.

de uma das partes contratantes, pois o intuito é evitar a frustração da *confiança* (criação legítima de expectativas em outrem⁴²), das partes quanto ao adimplemento.⁴³

Na contemporaneidade, como o direito de crédito é um direito subjetivo, visto no viés apostado neste texto, ele também tem em seu bojo o dever de cooperação (facilitação dos contratantes e de terceiros para o adimplemento, coibindo exercício disfuncional de posição jurídica — qualquer situação jurídica do qual seja titular algum sujeito de direito)^{44, 45} como explicam Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Júnior:

O dever de cooperação constitui conteúdo, mesmo, do direito de crédito. É dever ínsito no direito. Existe tão somente em razão da titularidade do direito pessoal de crédito. É precisamente esse dever que, quando descumprido sem razão jurídica justificante, fundamenta a *mora creditoris* e atribui ao devedor pretensão para impor ao credor o cumprimento da obrigação.⁴⁶

Como cooperar com o outro? Agindo-se com lealdade, procurando ao causar lesão ou desvantagem excessiva, respeitando as expectativas razoáveis do outro lado; em suma, sem abuso ou obstrução enxergando a relação jurídica obrigacional não dentro de uma perspectiva de conflito, mas como um espaço rico de múltiplas opções, no qual se perseguem ganhos múltiplos.⁴⁷

Avaliam-se, destarte, as expectativas geradas pelas partes para se saber se houve (ou não) cooperação,⁴⁸ haja vista que interessa a confiança despertada na outra parte para aderir às representações pretéritas, presentes ou futuras que entenda por efetivas, fiando-se que não

⁴² Cláudia Lima MARQUES, “A chamada nova crise do contrato e o modelo de direito privado brasileiro: crise de confiança ou de crescimento do contrato?”, in IDEM, coord., *A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual*, São Paulo: RT, 2007, 17-86, p. 30-33.

⁴³ Marcos Jorge CATALAN, *A morte da culpa na responsabilidade contratual*, 102.

⁴⁴ José de Oliveira ASCENSÃO, *Direito civil: teoria geral*, Coimbra: Coimbra Editora, 2002, vol. 3, 17.

⁴⁵ Pablo Malheiros da Cunha FROTA, *Os deveres contratuais nas relações civis e de consumo*, 187 e 189.

⁴⁶ Marcos Bernardes de MELLO, *Teoria do fato jurídico — plano de eficácia — 1.ª parte*.

⁴⁷ Marcos EHRHARDT JÚNIOR, *Responsabilidade civil pelo inadimplemento da boa-fé*, 2.ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2017, 180.

⁴⁸ Pablo Malheiros da Cunha FROTA, *Os deveres contratuais nas relações civis e de consumo*, 178-179.

será enganada por quem depositou a confiança.⁴⁹

Dessa maneira, a confiança, além de dever contratual geral, é um “princípio reitor do asseguramento de expectativas,” nos quais “os aspectos (a “pretensão de veracidade” decorrente das condutas comunicativas e a necessidade desse “poder confiar”) são recebidos no Direito, que os sintetiza na expressão “princípio da confiança”,⁵⁰ a gerar duas consequências:

Assim, esse princípio, ligado genericamente com a proteção das expectativas decorrentes das condutas comunicativas em geral, se especifica em dois grandes eixos de atuação: (a.1) de modo complementar à autonomia privada, como justificativa ou explicação para o efeito de vinculação dos negócios jurídicos; e, (a.2) em havendo dano resultante da frustração das expectativas legítimas, no nascimento de eficácia indenizatória.⁵¹

A vinculação contratual se perfaz pelas declarações negociais e pelos comportamentos concludentes das partes, uma vez que caracterizam “a confiança legítima, ao mesmo tempo em que o negócio jurídico se fundamenta na confiança gerada pela declaração”.⁵²

Esse contexto da obrigação como processo e da ressignificação do direito de crédito permite a construção da ideia de *deveres gerais de conduta* obrigacionais, que na relação contratual são denominados de *deveres contratuais gerais*, que independem da vontade das partes pactuá-los:⁵³

Os deveres de conduta, hauridos de equivalentes princípios normativos, não são simplesmente anexos ao dever de prestar adimplemento. A evolução do direito fê-los deveres gerais de conduta, que se impõem tanto ao devedor quanto ao credor e, em determinadas circunstâncias, a terceiros. Esses deveres não derivam da relação jurídica obrigacional, e muito menos do dever de adimplemento; estão acima de ambos, tanto como limites externos ou negativos, quanto como limites internos ou positivos. Derivam diretamente dos princípios normativos e irradiam-se sobre a relação jurídica obrigacional e seus efeitos, conformando e deter-

⁴⁹ Paulo LÔBO, *Direito civil: parte geral*, 257-260.

⁵⁰ Judith MARTINS-COSTA, *Comentários ao Novo Código Civil*, v. 5, t. 2, 2.^a ed., Rio de Janeiro: 2009, 63 e 65.

⁵¹ Judith MARTINS-COSTA, *Comentários ao Novo Código Civil*, v. 5, t. 2, 65.

⁵² Judith MARTINS-COSTA, *Comentários ao Novo Código Civil*, v. 5, t. 2, 70.

⁵³ MARCOS EHRHARDT JÚNIOR, *Responsabilidade civil pelo inadimplemento da boa-fé*, 114.

minando, de modo cogente, assim o débito como o crédito. Os deveres gerais de conduta exigem interpretação de seus efeitos e alcances diretamente conjugada aos dos princípios de onde promanam. A compreensão de uns implica a dos outros.⁵⁴

Os deveres contratuais gerais são multifacetários, existenciais, conformam a atividade contratual, são mais importantes que a obrigação principal e que o dever principal, não estão atrelados ao adimplemento, mas o vinculam, podem ser demandados autonomamente, detêm eficácia *erga omnes* e interpartes.

(...) *deveres contratuais gerais — solidariedade, cooperação, confiança, função social, função ambiental, equivalência material, boa-fé, informação e justiça — que se juntam à obrigação principal, ao dever principal, aos deveres anexos e ao dever secundário.*⁵⁵

Por isso, Marcos Ehrhardt Júnior, com razão, aponta que o adimplemento ocorre, somente, “com o cumprimento das prestações principais e acessórias e a observância dos deveres de proteção, informações e cooperação haveria adimplemento, no sentido pleno do termo. Este se orienta pelo melhor cumprimento possível”.⁵⁶

A função (contributo as partes e a quem não é parte — a que serve e a quem serve⁵⁷) dos deveres contratuais gerais nas relações contratuais é “garantir que o programa contratual se desenvolva, em cada um de seus momentos, da forma mais eficiente possível, de modo que possa culminar com a satisfação das expectativas de todos os interessados”.⁵⁸

Desse modo, a verificação do adimplemento ocorre do “confronto entre o comportamento concretamente externado e aquele que foi prometido por ocasião do ajuste negocial, ou seja, aquele que pré-estabeleceu o programa obrigacional a ser observado pelos contratantes”, como sustenta Marcos Catalan.⁵⁹ a sobrelevar o papel do intérprete no direito contratual vigente.

Os deveres contratuais gerais, portanto, se vinculam aos prin-

⁵⁴ Paulo LÔBO, *Contratos*, 3.^a ed., São Paulo: Saraiva, 2017, item 6.1 da edição eletrônica.

⁵⁵ Pablo Malheiros da Cunha FROTA, *Os deveres contratuais nas relações civis e de consumo*, 185.

⁵⁶ Marcos EHRHARDT JÚNIOR, *Responsabilidade civil pelo inadimplemento da boa-fé*, 175.

⁵⁷ Sobre a função como contributo veja Carlos Eduardo Pianovski RUZYK, *Institutos Fundamentais do Direito Civil e Liberdade(s)*.

⁵⁸ Marcos Jorge CATALAN, *A morte da culpa na responsabilidade contratual*, 145.

⁵⁹ Marcos Jorge CATALAN, *A morte da culpa na responsabilidade contratual*, 132.

cípios contratuais irradiam efeitos para além das partes contratantes “reverberando em nível contratual e paracontratual”⁶⁰ em todas fases do processo contratual, bem como balizam o exercício das posições jurídicas em jogo.

Não podem, destarte, serem tratados como deveres anexos, laterais ou qualquer nomenclatura diversa de deveres contratuais gerais ou “deveres gerais de conduta”⁶¹, expressão que representa, com maior fidelidade, a importância da figura sob análise.⁶²⁻⁶³

⁶⁰ Rodrigo Xavier LEONARDO, “A teoria das redes contratuais e a função social dos contratos: reflexões a partir de uma recente decisão do superior tribunal de justiça”, *Revista dos Tribunais* 94/832 (fev. 2005) 100-111, p. 104-105.

⁶¹ Paulo Luiz Netto LÔBO, “Deveres gerais de conduta nas obrigações civis”, in Mário Luiz DELGADO / Jones Figueirêdo ALVES, coord., *Questões controvertidas: no direito das obrigações e dos contratos*, vol. 4, São Paulo: Método, 2005, 76-78. “Os deveres gerais de conduta, ainda que incidam diretamente nas relações obrigacionais, independentemente da manifestação de vontade dos participantes, necessitam de concreção de seu conteúdo em cada relação, considerados o ambiente social e as dimensões do tempo e do espaço de sua observância ou aplicação.”

⁶² Marcos Jorge CATALAN, *A morte da culpa na responsabilidade contratual*, 151.

⁶³ Destaca-se que utilizar a nomenclatura deveres contratuais gerais ou deveres gerais de conduta e não deveres anexos ou sinônimos a isso tem um fundamento no fato de os sentidos conferidos às palavras são condições de possibilidade para o pensar: “no poder das palavras, na força das palavras, creio que fazemos coisas com as palavras e, também, que as palavras fazem coisas conosco. As palavras determinam nosso pensamento porque não pensamos com pensamentos, mas com palavras, não pensamos a partir de uma suposta genialidade ou inteligência, mas a partir de nossas palavras. E pensar não é somente “raciocinar” ou “calcular” ou “argumentar”, como nos tem sido ensinado algumas vezes, mas é sobretudo dar sentido ao que somos e ao que nos acontece. (...) Todo mundo sabe que Aristóteles definiu o homem como *zôon lógon échon*. A tradução desta expressão, porém, é muito mais “vidente dotado de palavra” do que “animal dotado de razão” ou “animal racional”. Se há uma tradução que realmente trai, no pior sentido da palavra, é justamente essa de traduzir *logos* por *ratio*. E a transformação de *zôon*, vidente, em animal. O homem é um vidente com palavra. E isto não significa que o homem tenha a palavra ou a linguagem como uma coisa, ou uma faculdade, ou uma ferramenta, mas que o homem é palavra, que o homem é enquanto palavra, que todo humano tem a ver com a palavra, se dá em palavra, está tecido de palavras, que o modo de viver próprio desse vidente, que é o homem, se dá na palavra e como palavra. Por isso, atividades como considerar as palavras, criticar as palavras, eleger as palavras, cuidar das palavras, inventar palavras, jogar com as palavras, impor palavras, proibir palavras, transformar palavras etc. não são atividades ocas ou vazias, não são mero palavrório. Quando fazemos coisas com as palavras, do que se trata é de como damos sentido ao que somos e ao que nos acontece, de como correlacionamos as palavras e as coisas, de como nomeamos o que vemos ou o que sentimos e de como vemos ou sentimos o que nomeamos. Nomear o que fazemos, em educação ou em qualquer outro lugar, como técnica aplicada, como práxis reflexiva ou como experiência dotada de sentido, não é somente uma questão terminológica. As palavras com que nomeamos o que somos, o que fazemos,

Por tudo isso, “a responsabilidade contratual estará configurada quando detectada a desconformidade entre a conduta adotada e aquela que deveria ter sido observada no programa obrigacional concretamente estabelecido⁶⁴”.⁶⁵

O cenário traçado autoriza a verificação do texto contratual em seu contexto concreto, ou seja, no cotejo com os comportamentos concretos externalizados pelas partes em todas as fases da relação contratual, a permitir a compreensão e a interpretação⁶⁶.

3. Possíveis consequências advindas do descumprimento contratual

A violação de um dever contratual autoriza a responsabilidade contratual de quem violou tal dever, a ensejar, pelo menos, a “reparação integral dos prejuízos causados”,⁶⁷⁻⁶⁸ atingindo outras áreas

o que pensamos, o que percebemos ou o que sentimos são mais do que simplesmente palavras. E, por isso, as lutas pelas palavras, pelo significado e pelo controle das palavras, pela imposição de certas palavras e pelo silenciamento ou desativação de outras palavras são lutas em que se joga algo mais do que simplesmente palavras, algo mais que somente palavras”. Jorge Larrosa BONDÍA, “Notas sobre a experiência e o saber de experiência”, trad. João Wanderley Geraldi. *Revista Brasileira de Educação* 19 (Jan/Fev/Mar/Abr 2002) 20-28, p. 21.

⁶⁴ Jorge Joaquín LLAMBIAS, *Estudio sobre la mora en las obligaciones*. Buenos Aires: Perrot, 1965. 7.

⁶⁵ Marcos Jorge CATALAN, *A morte da culpa na responsabilidade contratual*, 102.

⁶⁶ Lênio Streck: “A Interpretação é a explicitação daquilo que compreendemos. E para tanto necessito explicar isso ao mundo. Se compreendo algo, tenho de comunicar isso. Sem falsear. Por isso a hermenêutica não nega a importância da argumentação. Sempre interpretamos. Sempre argumentamos. Precisamos argumentar. Entretanto é errado pensar que basta argumentar. No direito, há uma coisa antes da argumentação: a compreensão. Se compreendo mal, argumentei de forma equivocada. (...) Sempre temos uma pré-compreensão sobre o que falamos e interpretamos. Mas essa pré-compreensão não é a mesma coisa que a opinião pessoal, a ideologia ou a crença política”. Lênio Luiz STRECK, *Hermenêutica por Lenio Streck — livro-carta n.1*, São Leopoldo: Edição do Autor, 2017, 12-13.

⁶⁷ José Virgílio VITA NETO, *A atribuição da responsabilidade contratual*, São Paulo / Faculdade de Direito da USP, 2007, Tese de Doutorado, 72.

⁶⁸ Pela autonomia da responsabilidade contratual em relação à prestação descumprida: Marcos Jorge CATALAN, *A morte da culpa na responsabilidade contratual*, 104; Araken de ASSIS, *Resolução do contrato por inadimplemento*, 3.^a ed., São Paulo: RT, 1999, 132; Andrés MARIÑO LÓPEZ, *Los fundamentos de la responsabilidad contractual*, Montevideo: Carlos Alvarez, 2005, 25; Anelise BECKER, “Elementos para uma teoria unitária da responsabilidade civil”, *Revista de Direito do Consumidor* 13 (jan./mar. 1995) 42-55, p. 45. Em favor da transmutação objetiva da relação jurídica

jurídicas, como a processualística civil.⁶⁹

O descumprimento contratual por fato jurídico superveniente à conclusão do contrato, qual seja, violação dos deveres contratuais gerais, atingem⁷⁰ as prestações pactuadas, ao menos de três formas: “o inadimplemento, a mora e o cumprimento inexato, também conhecido por cumprimento imperfeito, adimplemento ruim, dentre outras expressões que o caracterizam”.⁷¹⁻⁷²

As consequências do descumprimento contratual podem ser reparatórias (indenizatórias e (ou) compensatórias) cumuladas (ou não) com outra consequência não reparatória, como se infere dos artigos 389.º, 395.º, 463.º, 465.º e 475.º do cc.

A 1.ª consequência do descumprimento contratual — Cumprimento in natura — está posta no artigo 497.º do CPC/15 admite que nas demandas de prestação de fazer e de não fazer, “se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente”. O parágrafo único do artigo 497.º do CPC/15 autoriza que “a concessão da tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, é irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo”.

Diante disso, as prestações de fazer descumpridas pelo lesante se transformaram em obrigações de fazer — praticar os atos tendentes ao cumprimento do contrato preliminar — que podem ser executadas for-

ca, com o dever primário de prestar se modifica para um dever primário de reparar: Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda BARBOSA, “Projeções do personalismo ético”, 36-44.

⁶⁹ Olímpio COSTA JUNIOR, *A relação jurídica obrigacional: situação, relação e obrigação em direito*, São Paulo: Saraiva, 1994, 7. O autor continua sua reflexão explicitando que os efeitos do inadimplemento são produzidos no âmbito do direito processual, raciocínio esse com o qual absolutamente não se concorda. Basta lembrar que o devedor, diante da impossibilidade de adimplemento a ele imputável, liberta-se do vínculo obrigacional consignando (em caso de recusa do credor em receber a prestação que lhe é devida) o valor ajustado a título de cláusula penal compensatória.

⁷⁰ Destaca-se que existem autores defendendo que o dever de prestação se cumpre ou não se cumpre, sem que se possa tratar o descumprimento como infringência da prestação. Ver Horst EHMANN / Holger SUTSCHET, “Derecho a la indemnización por daños y perjuicios”, in IDEM / IDEM, *La reforma del BGB: modernización del derecho alemán de obligaciones*. trad. Claudia López Díaz / Ute Salach de Sánchez, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006, 93-170, p. 99.

⁷¹ Marcos Jorge CATALAN, *A morte da culpa na responsabilidade contratual*, 133.

⁷² Sobre tema veja José Carlos Brandão PROENÇA, *Lições de cumprimento e não cumprimento das obrigações*, 2.ª ed., Porto: Universidade Católica Editora Porto, 2017, 279-455.

çosamente do lesante, haja vista o descumprimento contratual, sem que seja necessário se comprovar algum dano (CPC, artigo 497.º, § único).⁷³

Destarte, a execução forçada é permitida por a parte prejudicada possuir um direito subjetivo de crédito em relação ao lesante, que é uma categoria eficaz de caráter estático e despido de exigibilidade, que, com o descumprimento contratual do lesante, passou para o seu momento dinâmico que é a pretensão exigível das obrigações de fazer⁷⁴ do lesante no âmbito da relação contratual, de acordo com os artigos 497.º do CPC.⁷⁵

Por isso, a parte lesada pode e deve pedir a exigência de cumprimento específico do contrato, independentemente da ocorrência de dano⁷⁶, para “obter a prestação *tal como devida*. É o cumprimento específico e *in natura* que vem em primeiro lugar, em nítida relação de preferência em relação à tutela indenizatória”.⁷⁷

A 2.ª consequência do descumprimento contratual é a *reparação dos danos*,⁷⁸ com “o pedido de cumprimento *in natura* ou específico não se confunde com a prestação do *interesse positivo*, na medida em que não é uma demanda propriamente indenizatória e, sim, de cumprimento da prestação. É natural que ela seja cumulada com as chamadas *perdas e danos* moratórias, mas essas terão caráter nitidamente

⁷³ Roberto Paulino de ALBUQUERQUE JÚNIOR / Venceslau Tavares COSTA FILHO, “Do julgamento das ações relativas às prestações de fazer, não fazer e dar coisa”, in Lenio Luiz STRECK / Dierle NUNES / Leonardo Carneiro da CUNHA, org., *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, 701-713.

⁷⁴ Rodrigo Xavier LEONARDO, “Pretensões contratuais e prescrição”, in Venceslau Tavares COSTA FILHO / Torquato da Silva CASTRO JUNIOR, coord., *A modernização do direito civil*, vol. I, Recife: Nossa Livraria, 2011, 307.

⁷⁵ Roberto Paulino de ALBUQUERQUE JÚNIOR / Venceslau Tavares COSTA FILHO, “Do julgamento das ações”, 701-713.

⁷⁶ Antônio Pinto MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. Reimpressão da obra publicada em 1985. Coimbra: Almedina, 2003, p. 191.

⁷⁷ Renata C. STEINER, *Interesse positivo e interesse negativo: a reparação de danos no Direito Privado brasileiro*, Tese de doutorado defendida no PPGD da USP, 2016, 261.

⁷⁸ Dano pode ser entendido como uma lesão, potencial e (ou) concreta, a situações jurídicas inter-rationais de ordem existencial ou material, social, individual homogênea, coletiva e difusa. Essas situações jurídicas inter-rationais englobam direitos, interesses, poderes, deveres de ordem existencial ou material ligados por relações jurídicas. Pablo Malheiros da Cunha FROTA, “Direito do consumidor em perspectiva: da responsabilidade civil à responsabilidade por danos para uma maior e melhor tutela da vítima nas relações de consumo”, in Bruno MIRAGEM / Cláudia Lima MARQUES / Amanda Flávio de OLIVEIRA, org., *25 anos do Código de Defesa do Consumidor: trajetória e perspectivas*, São Paulo: RT, 2016, 165-189, p. 173.

acessório ao pedido de cumprimento, que é principal”.⁷⁹

Salienta-se que, em regra, “a reparação deve reconduzir o lesado à situação em que estaria sem o dano, sendo esse o mandamento da extensão da reparação de danos” (CC, artigo 944.º), mesmo que esta recondução reparatória não enseje perfeitamente a situação anterior ao dano.⁸⁰ *Não há, portanto, na responsabilidade negocial e extranegocial um dever protetivo específico, mas genérico do dever de reparar, como se infere dos artigos 389.º, 403.º, 395.º, 186.º, 187.º, 927.º.*⁸¹

A expressão perdas e danos, no Direito Brasileiro, se refere ao conteúdo do dever de reparar, por exemplo, aparecendo a expressão perdas e danos diversas vezes no Código Civil (73 — setenta e três vezes) e em outras legislações, como Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15), artigos 499.º e 809.º.⁸²

A reparação de danos pelo fato jurídico lícito é possível, com a indenização pelo interesse negativo podendo ocorrer pela hipótese de erro que anula o negócio jurídico (CC, artigos 138.º-144.º) e nos casos de atos que gerem a excludente de ilicitude, mas o dever de reparar (CC, artigo 929.º-930.º).⁸³

Outra ausência de legislação brasileira posta no Código Civil se refere à responsabilidade do lesante pela *não formação do contrato* ou *pela formação do contrato inválido*, mas ensejadores de reparação pelos enunciados normativos referentes à responsabilidade civil.⁸⁴

A expressão perdas e danos, ou outra que a equivalha, no Direito Brasileiro, abarca situações lesivas diversas no âmbito negocial e extranegocial, para que haja reparação pecuniária (ou não) da situação projetada à vítima sem a ocorrência do dano. Com isso, a reparação *in natura* ou a reparação pecuniária são possíveis para tal mister.⁸⁵

Dessa maneira, o Brasil, ao não conter uma legislação expressa para os casos de reparação pelo interesse positivo e negativo, se diferencia de países como Alemanha (BGB, §§§ 122, 179 e 284), Portugal (Código Civil, artigos 898.º, 900.º, 908.º e 910.º) e Itália (Código

⁷⁹ Renata C. STEINER, *Interesse positivo e interesse negativo*, 272.

⁸⁰ Qualquer indenização pelo equivalente prestacional pecuniário (*id quod interest*) para repor um prejuízo *in natura* é uma forma imperfeita e aproximada da reparação do dano. Nesse sentido: Renata C. STEINER, *Interesse positivo e interesse negativo*, 102-103; Francisco Cavalcanti Pontes de MIRANDA, *Tratado de direito privado*, Tomo XXII, 183, § 2.717.

⁸¹ Renata C. STEINER, *Interesse positivo e interesse negativo*, 103.

⁸² Renata C. STEINER, *Interesse positivo e interesse negativo*, 102.

⁸³ Renata C. STEINER, *Interesse positivo e interesse negativo*, 103.

⁸⁴ Renata C. STEINER, *Interesse positivo e interesse negativo*, 104.

⁸⁵ Renata C. STEINER, *Interesse positivo e interesse negativo*, 104-105.

Civil, artigo 1.338.º), embora o uso dos termos não se encontre em nenhuma legislação.⁸⁶

Nesse passo, a parte que pede a aplicação do artigo 475.º do CC o faz por estar em uma posição jurídica que lhe autorize, pois sua esfera jurídica (“conjunto das situações jurídicas (*lato sensu*) em que esteja inserido”⁸⁷) foi atingida.

Com isso, a esfera jurídica abrange a “totalidade dos direitos, pretensões, ações e exceções, bem assim os deveres e obrigações, que, especificamente, lhe dizem respeito, tenham ou não mensuração econômica, e as qualificações individuais relativas ao *status*”⁸⁸ das pessoas, inclusive certos direitos públicos que não se subjetivam”.⁸⁹

Nessa senda, a esfera jurídica tem por elementos o sujeito de direito, que não se restringe à categoria de pessoa humana ou coletiva, que são titulares de situações jurídicas e a universalidade de bens de bens da vida que pertencem ao sujeito de direito.⁹⁰

Essa universalidade contém o patrimônio, que é a soma dos direitos com conteúdo econômico relativos aos bens corpóreos e incorpóreos de titularidade do sujeito de direito,⁹¹ bem como os direitos sem conteúdo econômico que se referem a outros bens da vida, como os direitos de personalidade e as situações jurídicas simples (*status*).⁹²

⁸⁶ Paulo Mota PINTO, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, vol. 2, 863.

⁸⁷ Marcos Bernardes de MELLO, *Teoria do fato jurídico — plano de eficácia — 1.ª parte*.

⁸⁸ O sentido de *status* é este atribuído por Marcos Bernardes de Mello: “Status é vocábulo aqui empregado para designar qualidades e qualificações que dizem respeito às pessoas individualmente. Não tem, portanto, o sentido restrito, originário do direito romano, em que é empregado, tradicionalmente, na doutrina do direito civil, como o faz, por exemplo, com certa largueza Messineo (Manual de derecho civil y comercial, v. II, p. 16 et passim). A definição de qualidade como status individual é encontrável em Inocêncio Galvão TELLES, *Introdução ao estudo do direito*, v. II, 158; também BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, p. 12”. Marcos Bernardes de MELLO, *Teoria do fato jurídico — plano de eficácia — 1.ª parte*.

⁸⁹ Marcos Bernardes de MELLO, *Teoria do fato jurídico — plano de eficácia — 1.ª parte*.

⁹⁰ Marcos Bernardes de MELLO, *Teoria do fato jurídico — plano de eficácia — 1.ª parte*.

⁹¹ Código Civil argentino de 2014, artigo 18.º: “ARTÍCULO 18.- Derechos de las comunidades indígenas. Las comunidades indígenas reconocidas tienen derecho a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan y de aquellas otras aptas y suficientes para el desarrollo humano según lo establezca la ley, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 75 inciso 17 de la Constitución Nacional”.

⁹² Marcos Bernardes de MELLO, *Teoria do fato jurídico — plano de eficácia — 1.ª parte*.

As esferas jurídicas, portanto, estão protegidas pelo princípio⁹³ da incolumidade das esferas jurídicas alheiras, “segundo o qual a ninguém é dado interferir na esfera jurídica de outrem sem o seu consentimento ou autorização de lei. Essa proteção é que faz de fundamental importância para o trato do direito o conceito de esfera jurídica”.⁹⁴

Diante disso, a “violação da esfera jurídica por atos de terceiros, sejam ilícitos ou mesmo que lícitos (não contrários a direito, como os praticados em estado de necessidade), causem danos, acarreta para o seu agente responsabilidade civil⁹⁵ pelas consequências danosas que

⁹³ Entende-se que princípios não são mandados de otimização e sim um padrão de comportamento de uma determinada comunidade (alteridade) em um dado momento histórico, que respeita e problematiza a tradição institucional daquela comunidade de forma íntegra e coerente, não se tornando os princípios cláusulas abertas ou de fechamento de lacuna do sistema, mas sim um prático “fechamento hermenêutico, isto é, não vinculam nem autorizam o intérprete desde fora, mas justificam a decisão no interior da prática interpretativa que define e constitui o direito”. Em toda regra, contém um princípio, muitas vezes o da igualdade. A aplicação de um princípio jurídico “deve vir acompanhada de uma detalhada justificação, ligando-se a uma cadeia significativa, de onde se possa retirar a generalização principiológica minimamente necessária para a continuidade decisória, sob pena de cair em decisionismo, em que cada juiz tem o seu próprio conceito (...) a aplicação do princípio para justificar determinada exceção não quer dizer que, em uma próxima aplicação, somente se poderá fazê-lo a partir de uma absoluta similitude fática. Isso seria congelar as aplicações. O que é importante em uma aplicação desse quilate é exatamente o princípio que dele se extrai, porque é por ele que se estenderá/generalizará a possibilidade para outros casos, em que as circunstâncias fáticas demonstrem a necessidade da aplicação do princípio para justificar uma nova exceção. Tudo isso formará uma cadeia significativa, forjando uma tradição, de onde se extrai a integridade e a coerência do sistema jurídico. Esse talvez seja o segredo da aplicação principiológica.” A distinção regra e princípio não pode ser estrutural, como faz Alexy — regra como mandado de definição e princípio como mandado de otimização — pois, no viés hermenêutico, a distinção estrutural não resolve o problema da concretização, porque os princípios somente se apresentam se a subsunção das regras ao caso não resolverem a questão. “Para que um princípio tenha obrigatoriedade, ele não pode se desvincular da democracia, que se dá por enunciados jurídicos concebidos como regras”. Lênio Luiz STRECK, *Verdade e Consenso*, 549, 556-557, 565-566. Veja também sobre o assunto, as páginas 567-574.

⁹⁴ Marcos Bernardes de MELLO, *Teoria do fato jurídico — plano de eficácia — 1.ª parte*.

⁹⁵ Prefere-se o termo responsabilidade por danos à responsabilidade civil, por a primeira estar vinculada aos princípios da primazia da vítima, da reparação integral e da solidariedade social e a segunda, a rigor, se afastar em muitos casos desses três princípios. Sobre o tema veja: Pablo Malheiros da Cunha FROTA, “Responsabilidade por danos e a superação da ideia de responsabilidade civil: reflexões”, in Nelson ROSENVALD / Marcelo MILAGRES, org., *Responsabilidade civil: novas tendências*. 2.ª ed., Indaiatuba — SP: Foco, 2018, 225-242; Pablo Malheiros da Cunha FROTA, *Res-*

causar”.⁹⁶ A esfera jurídica violada pode gerar a reparação de danos materiais e de danos extramateriais,⁹⁷ entre outras consequência.

Tais consequências advindas do descumprimento contratual podem ter por norte as ideias de interesse positivo ou negativo, que não podem ser cumulados, pois são “instrumentos para *definição* do dano reparável,”⁹⁸ em cada caso concreto, como se verá nos dois últimos tópicos deste texto.

4. Sentido de interesse e a distinção entre interesse positivo e negativo na responsabilidade contratual

O termo interesse jurídico é uma figura afim ao direito subjetivo, sem que com ele se confunda, por ser “uma expressão designativa de uma posição favorável à satisfação de uma necessidade.”⁹⁹ Como alude Amaral o termo interesse jurídico possui outros sentidos,¹⁰⁰ devendo-se delimitar o sentido adequado ao significante para que se trate dos institutos interesse jurídico positivo e interesse jurídico negativo.¹⁰¹ Acolhe-se o sentido atribuído por Paulo Mota Pinto e compartilhado por Renata Steiner e por Fábio Queiroz, no qual o interesse é a situação jurídica que estaria a vítima caso o evento danoso não tivesse ocorrido.¹⁰²

Pietro Trimarchi delimita a tradicional distinção entre interesses positivos e negativos. Os interesses positivos são os benefícios que seriam obtidos pela vítima e os danos que seriam evitados a ela, caso o contrato fosse cumprido. Os interesses negativos são os benefícios

responsabilidade por danos imputação e nexos de causalidade, Curitiba: Juruá, 2014.

⁹⁶ Marcos Bernardes de MELLO, *Teoria do fato jurídico — plano de eficácia — 1.ª parte*.

⁹⁷ Sobre o tema veja: Pablo Malheiros da Cunha FROTA, *Danos morais e a pessoa jurídica*, São Paulo: Método, 2008.

⁹⁸ Renata C. STEINER, *Interesse positivo e interesse negativo*, 115.

⁹⁹ Sobre os sentidos de interesse jurídico: FRANCISCO AMARAL, *Direito civil. Introdução*, 9.ª ed., São Paulo: Saraiva, 2017, 307-310.

¹⁰⁰ Sobre os sentidos de interesse jurídico: FRANCISCO AMARAL, *Direito civil. Introdução*, 307-310.

¹⁰¹ Sobre a multiplicidade de significados ao significante interesse veja: Paulo Mota PINTO, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, vol. 1; Renata C. STEINER, *Interesse positivo e interesse negativo*; Fábio Queiroz PEREIRA, *O ressarcimento do dano pré-contratual*.

¹⁰² Paulo Mota PINTO, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, vol. 1, 150; Renata C. STEINER, *Interesse positivo e interesse negativo*, 25 e 32; Fábio Queiroz PEREIRA, *O ressarcimento do dano pré-contratual*, 64.

que seriam obtidos pela vítima e os danos que seriam evitados a ela, caso não houvesse o comprometimento nas tratativas negociais, como as despesas inúteis efetuadas na fase das tratativas para a conclusão e a execução do negócio jurídico, bem como o que deixou de ganhar por outras situações negligenciadas.¹⁰³

Diante disso, ao interesse se adiciona um elemento positivo, a situação jurídica que deveria ter ocorrido e não aconteceu; ou um negativo, com a retirada do evento danoso que não deveria ter ocorrido, sempre se relacionando a um negócio jurídico,¹⁰⁴ ao dano e a sua reparação, que é quantificada a partir das balizas do interesse negativo ou positivo.¹⁰⁵

Dessa forma, o interesse conecta duas realidades jurídicas em relação à vítima: (i) *real* (evento danoso ocorrido, dano a uma posição jurídica da vítima e o prejuízo, que é a consequência do dano);¹⁰⁶ e (ii) *projetada* (realidade que a vítima estaria caso o evento danoso não tivesse acontecido),¹⁰⁷ sendo necessário densificar o nexo causal entre evento danoso e o dano.

Destaca-se que a distinção entre os interesses negativos e positivos se aplica aos casos em que a reparação atinja “dever que repercute, direta ou indiretamente, no dever de prestação”, inclusive os deveres contratuais gerais,¹⁰⁸ como exemplifica Steiner:

Ora, a ruptura injustificada de negociações afeta a expectativa de conclusão do contrato da parte, àquela altura ainda não formado; a violação da boa-fé no curso do contrato também pode, preenchidos determinados pressupostos, levar à sua resolução e, com isso, atingir o dever de prestação. Em ambos os casos, viola-se um dever de boa-fé e, reflexamente, alguma expectativa (positiva ou negativa) em relação ao contrato.¹⁰⁹

Nesse passo, colocar o lesado na situação de cumprimento do negócio (interesse positivo), pode, por exemplo, estar fulcrada na tutela positiva (colocar o lesado à situação em que estaria se o fato no qual confiou efetivamente existisse) ou negativa (colocar o lesado na situação

¹⁰³ Pietro TRIMARCHI, *Instituzionididiritoprivato*. 20.^a ed., Milano: Giuffrè, 2014, 275.

¹⁰⁴ Renata C. STEINER, *Interesse positivo e interesse negativo*, 32 e 45.

¹⁰⁵ Fábio Queiroz PEREIRA, *O ressarcimento do dano pré-contratual*, 63-65.

¹⁰⁶ Fábio Queiroz PEREIRA, *O ressarcimento do dano pré-contratual*, 47.

¹⁰⁷ Renata C. STEINER, *Interesse positivo e interesse negativo*, 32.

¹⁰⁸ Renata C. STEINER, *Interesse positivo e interesse negativo*, 49.

¹⁰⁹ Renata C. STEINER, *Interesse positivo e interesse negativo*, 50.

na qual estaria se não houvesse confiado) da confiança.¹¹⁰ Steiner apõe:

Exemplo da tutela *positiva* da confiança é a tutela da aparência, pela qual se considera existente a situação na qual o lesado confiou, enquanto que a tutela *negativa* se faz bastante presente na responsabilidade por ruptura de negociações, em que se considera a situação do lesado se não houvesse confiado, e não se a confiança tivesse de fato sido correspondida.¹¹¹

Steiner alude que “o direcionamento *positivo* ou *negativo* da indenização somente é compreendido se for possível afirmar a força vinculante do negócio jurídico, especialmente do contrato”.¹¹² Os interesses positivos e negativos são instrumentos para delimitar a reparação, sendo o evento lesivo a chave de compreensão da reparação de danos a tais interesses.¹¹³

Ambos os interesses modulam a adequada quantificação da reparação de danos na relação negocial e pré-negocial, interesses que, também, auxiliarão na apreensão da hipótese lesiva.¹¹⁴ A distinção entre interesse negativo e positivo no *common law* ocorreu no descumprimento contratual (*breach of contract*) e não na responsabilidade contratual, tendo em vista a liberdade de contratar, que inclui a liberdade de não contratar¹¹⁵ naquele sistema jurídico,¹¹⁶ que não serão objetos de pormenorização neste artigo.

Noutros termos, parametrizam o alcance do *quantum reparatório* em cada caso concreto, para que se propicie “um ambiente de equilíbrio jurídico”.¹¹⁷ Destarte, *adiciona-se* a reparação algo que não ocorreu e deveria ter ocorrido ou *subtrai-se* algo que ocorreu e não deveria ter acontecido.¹¹⁸

O CC não traz a tutela do interesse positivo e negativo de forma expressa, mas Dario Moura Vicente prega que o interesse positivo se liga ao equivalente da prestação e nos casos dos artigos 182.º e 443.º do Código Civil, a expressão perdas e danos se vincula ao interesse negativo:¹¹⁹

¹¹⁰ Renata C. STEINER, *Interesse positivo e interesse negativo*, 109.

¹¹¹ Renata C. STEINER, *Interesse positivo e interesse negativo*, 109.

¹¹² Renata C. STEINER, *Interesse positivo e interesse negativo*, 99.

¹¹³ Renata C. STEINER, *Interesse positivo e interesse negativo*, 93-94.

¹¹⁴ Renata C. STEINER, *Interesse positivo e interesse negativo*, 323.

¹¹⁵ Neil ANDREWS, *Direito contratual na Inglaterra*, São Paulo: RT, 2012, 44.

¹¹⁶ Renata C. STEINER, *Interesse positivo e interesse negativo*, 85.

¹¹⁷ Fábio Queiroz PEREIRA, *O ressarcimento do dano pré-contratual*, 27 e 232.

¹¹⁸ Renata C. STEINER, *Interesse positivo e interesse negativo*, 107-108.

¹¹⁹ Dário Moura VICENTE, “A responsabilidade pré-contratual no Código

Art. 182. Anulado o negócio jurídico, restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam, e, não sendo possível restituí-las, serão indenizadas com o equivalente.

Art. 443. Se o alienante conhecia o vício ou defeito da coisa, restituirá o que recebeu com perdas e danos; se o não conhecia, tão-somente restituirá o valor recebido, mais as despesas do contrato.

A partir da distinção, dever de reparar e dever de restituir, Steiner critica o entendimento acima, uma vez que o retorno ao *status quo* seria um dever de restituição e não de reparação, no caso do artigo 443.º do CC, sendo que o artigo 182.º do CC *não traria um dever de reparar para além da restituição*.¹²⁰

Desse modo, continua Steiner, “o legislador brasileiro determinou de forma inequívoca que o lesado seja reconduzido à situação de *cumprimento* do negócio jurídico ou à situação em que estaria *se não tivesse contratado*. Tais direcionamentos são, contudo, passíveis de serem obtidos *in concreto*”.¹²¹

Steiner traz importante reflexão sobre como a literatura jurídica pátria lida com o tema:

Evidente marca dessa leitura cautelosa é a transformação — apenas em aparência sutil da exposição dos termos *interesse positivo* e *interesse negativo* por Judith Martins-Costa. Na primeira edição de seus Comentários, a jurista trabalhava o *interesse positivo* como vinculado ao descumprimento e o *interesse negativo*, à responsabilidade pré-negocial.¹²² Ainda que tais ligações sejam mantidas na segunda edição de sua obra, sublinha-se o alerta de que são apenas definições aplicáveis “*em linha de princípio*”.¹²³

A autora destaca, por exemplo, a possibilidade (excepcional) de indenização do *interesse positivo* mesmo na ausência de um contrato firmado — quando, pelas regras de causalidade, não fosse o evento lesivo o contrato teria sido firmado. E, realmente, parece ser justamente a definição do *evento lesivo* e de um contexto global da reparação de danos que permite melhor compreender

Civil brasileiro de 2002”, in *Estudos em homenagem a Ruy de Albuquerque*, vol. 1, Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006, 328.

¹²⁰ Renata C. STEINER, *Interesse positivo e interesse negativo*, 102.

¹²¹ Renata C. STEINER, *Interesse positivo e interesse negativo*, 102.

¹²² Judith MARTINS-COSTA, *Comentários ao Novo Código Civil*, v. 5, t. 2, artigos 389º-420.º, p. 329-332.

¹²³ Judith MARTINS-COSTA, *Comentários ao Novo Código Civil*, v. 5, t. 2, artigos 389º-420.º, p. 481.

a aplicação de um ou outro *interesse*.

Em suma, se os conceitos são passíveis de compreensão *universal*, a sua aplicação é intimamente relacionada às regras de responsabilidade civil, sendo vinculadas a determinado ordenamento jurídico. Este pode, como fez recentemente o legislador alemão, estabelecer o direcionamento protetivo de forma expressa ou, na sua ausência, determinar a sua obtenção pelas regras usuais de responsabilidade civil.

Em suma, a aplicação e as soluções propiciadas pelos conceitos devem ser buscadas no Direito brasileiro, tanto no sentido de se vislumbrar a existência de parâmetros indenizatórios definidos por lei como pela definição do sentido indenizatório aplicável *in concreto*.¹²⁴

Dito isso, a experiência estrangeira e brasileira visa parametrizar a diferença entre interesse negativo e positivo, para verificação do *quantum* reparatório, a partir de circunstâncias previamente dadas, com a identificação do interesse positivo ao descumprimento de contrato válido e do interesse negativo à violação da confiança pela invalidade ou pela não formação do contrato, porém, tais critérios são insuficientes, como demonstrado, para abarcar tais institutos:¹²⁵

Reportando-se a situação recorrente no Direito brasileiro, a impossibilidade de delimitação apriorística é aferível das reiterada relativizações da formulação de que “o simples descumprimento do contrato não gera dano moral”. Se há diversos *descumprimentos*, além de diversos *contratos*, não se poderia em uma fórmula mágica delimitar a relação *causa* e *efeito* que, de todo, somente é compreensível *in concreto*. O mesmo parece ser cabível quanto a definições afirmativas da ocorrência de dano moral. Em um contexto mais amplo, mesmo ordenamentos em que se encontra a tipificação de hipóteses de reparação de danos, como é ilustrativo o Direito alemão, nota-se uma tentativa constante de contorná-los, cujo melhor exemplo é a já citada *fuga para o contrato* e a construção dos deveres de proteção de cunho contratual que permitiram aos juristas alemães se desvencilhar dos limites do delito (item 3.3, Capítulo 1 e item 3.2, Capítulo 2). (...) Pretende-se demonstrar que, desde que bem depurado o sentido de sua aplicação, o *interesse positivo* e *negativo* são relevantes *instrumen-*

¹²⁴ Renata C. STEINER, *Interesse positivo e interesse negativo*, 93-95.

¹²⁵ Renata C. STEINER, *Interesse positivo e interesse negativo*, 97-98.

*tos à responsabilidade civil sem, contudo, alterar seus pressupostos basilares.*¹²⁶

Esclarece-se que não há uma vinculação obrigatória e necessária entre o descumprimento contratual com o interesse positivo, pois na fase pré-contratual o interesse positivo da vítima pode também se efetivar,^{127- 128} assim como a violação da confiança pode aparecer tanto nas hipóteses de interesse positivo como de interesse negativo.

Destaca-se que a distinção entre os interesses negativos e positivos se aplica nos casos em que a reparação atinja “dever que repercute, direta ou indiretamente, no dever de prestação”.¹²⁹

Existem deveres vinculados à prestação (deveres principais) e os deveres gerais de conduta, que no direito contratual podem ser denominados de deveres gerais contratuais, como a boa-fé e a confiança, porque independem da vontade dos contratantes em pactuá-los.

Os interesses, negativo e o positivo, podem derivar da violação dos deveres gerais de conduta ou contratuais gerais, desde que atinjam direta ou indiretamente a prestação, como exemplifica Steiner:

Ora, a ruptura injustificada de negociações afeta a expectativa de conclusão do contrato da parte, àquela altura ainda não formado; a violação da boa-fé no curso do contrato também pode, preenchidos determinados pressupostos, levar à sua resolução e, com isso, atingir o dever de prestação. Em ambos os casos, viola-se um dever de boa-fé e, reflexamente, alguma expectativa (positiva ou negativa) em relação ao contrato.¹³⁰

Steiner sustenta que é o interesse na integridade da prestação contratual que importa:

¹²⁶ Renata C. STEINER, *Interesse positivo e interesse negativo*, 98.

¹²⁷ Renata C. STEINER, *Interesse positivo e interesse negativo*, 32; Fábio Queiroz PEREIRA, *O ressarcimento do dano pré-contratual*, 65-66.

¹²⁸ Há quem defenda que é hipótese de violação do interesse positivo, emergindo danos do não cumprimento do contrato pela não observância ou desaproveitamento da função social: “o mesmo será, em juízo de proporcionalidade, diante do seu cumprimento defeituoso ou tardio. O desaproveitamento da função social configura a violação de dever jurídico específico, independentemente de afetar as respectivas prestações típicas ou principais.” Luiz Edson FACHIN, “Responsabilidade por dano de cumprimento diante do desaproveitamento da função social do contrato”, in Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade NERY / Rogério DONNINI, coord., *Responsabilidade civil: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana*, São Paulo: RT, 2009, 315-319.

¹²⁹ Renata C. STEINER, *Interesse positivo e interesse negativo*, 49.

¹³⁰ Renata C. STEINER, *Interesse positivo e interesse negativo*, 50.

Diferentemente, contudo, se passa na violação a deveres de conduta que sejam absolutamente desvinculados do conteúdo negocial. A parte que, no curso das tratativas, causa dano ao patrimônio ou à pessoa do partícipe contratual, por eles responde independente de ter violado a prestação; da mesma forma se este dano for causado no curso do cumprimento do contrato já formado, por violação positiva do contrato.

Na doutrina de Karl Larenz, essas violações são reconduzidas ao conceito de interesse na integridade, encontrando lugar nas hipóteses de violação a direito ou bem jurídico, bem como de violação a um dever de proteção contratual.¹³¹

Interesse negativo não possui um “significado específico a partir do reconhecimento da existência de uma relação obrigacional anterior à formação do contrato, preenchida pelos princípios da boa-fé e da confiança”, cuja infração dos deveres ocorreria na relação pré-negocial.¹³² “Assim como a identificação deste *interesse* à invalidade (ou não perfeição) do contrato houve de ser superada, o mesmo caminho foi percorrido no que diz respeito à tentativa de defini-lo como um *interesse na confiança*”.¹³³

A vinculação do interesse negativo com o interesse na confiança é enfraquecida, pois o sentido do termo confiança é plurívoco, por isso é “sua proteção é princípio subjacente a todo o ordenamento jurídico, tanto no âmbito público como no privado”.¹³⁴ Duas perspectivas acerca da confiança: (i) vinculação do negócio jurídico e a violação da confiança pode ocorrer em casos de descumprimento contratual; (ii) confiança pode retomar o *status quo* e o *status ad quem*; (iii) nem toda violação pré-negocial se funda na violação da confiança.¹³⁵

A confiança como crença no comportamento de outrem, torna imprecisa para explicar a diferença entre descumprimento de deveres contratuais ou pré-contratuais.¹³⁶ Existe uma linha na literatura jurídica de que “afirma na doutrina italiana Francesco Benatti, sugerindo que o descumprimento de qualquer obrigação, inclusive a contratual, seria uma ofensa à confiança. No mesmo sentido move-se a doutrina portuguesa de Manuel Carneiro da Frada, que vislumbra no contrato um *Tatbestand* da confiança, como “elemento de confiança e estabi-

¹³¹ Renata C. STEINER, *Interesse positivo e interesse negativo*, 50.

¹³² Renata C. STEINER, *Interesse positivo e interesse negativo*, 80.

¹³³ Renata C. STEINER, *Interesse positivo e interesse negativo*, 80.

¹³⁴ Renata C. STEINER, *Interesse positivo e interesse negativo*, 81.

¹³⁵ Renata C. STEINER, *Interesse positivo e interesse negativo*, 81.

¹³⁶ Renata C. STEINER, *Interesse positivo e interesse negativo*, 81.

lização de expectativas”, cujo descumprimento importaria dupla infração: tanto ao direito de crédito nele instituído, como à expectativa frustrada”.¹³⁷

Como destaca Paulo Mota Pinto, a responsabilidade pré-contratual não se restringe à confiança, como nos casos de estado de necessidade e de estado de perigo, cuja com confiança inexistente, mas o interesse negativo violado deve ser reparado, com o retorno à situação que se encontraria se o negócio jurídico não fosse invalidado.¹³⁸ Pode-se falar de interesse positivo e negativo na confiança.¹³⁹

Caso a compreensão ampliada de confiança seja acolhida atingindo o descumprimento contratual de deveres de prestação, “a contraposição entre *interesse na confiança* e *interesse no cumprimento* perderia a sua razão distintiva”.¹⁴⁰ Mesmo não sendo corrente no Brasil, a responsabilidade autônoma pela violação da confiança foi acolhida por Cláudia Lima Marques, com base na doutrina alemã, tratando a confiança como diretriz nas relações contratuais.¹⁴¹

Duas vias da responsabilidade da confiança —tutelas positiva e negativa são passíveis:

A responsabilidade pela confiança comportaria duas vias distintas. O lesado pode tantos e reconduzido à situação na qual confiou (tutela *positiva*), como àquela em que estaria se conhecesse a realidade e, com isso, não tivesse confiado (tutela *negativa*). Assim se passa, respectivamente, na tutela da aparência — em que se considera existente o fato o qual se confiou — e na tutela contra a ruptura injustificada de negociações — em que, em regra, não se recoloca o lesado na situação de formação do pacto.

É natural que, em primeira leitura, esse duplo direcionamento possa ser identificado ao *par conceitual*. A identificação, conquanto possível, não é absoluta.

Primeiramente, a chamada responsabilidade pela confiança não está limitada ao âmbito contratual ou pré-contratual, *locus* no qual a relevância da distinção entre *interesse positivo* e *interesse negativo* vem

¹³⁷ Renata C. STEINER, *Interesse positivo e interesse negativo*, 82.

¹³⁸ Paulo Mota PINTO, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, vol. 2, 882.

¹³⁹ Hans Christoph GRIGOLEIT, *Vorvertragliche Informationshaftung. Vorsatzdogma, Rechtsfolgen, Schranken*. C.H. Beck: München, 1997, 189-190.

¹⁴⁰ Renata C. STEINER, *Interesse positivo e interesse negativo*, 82.

¹⁴¹ Cláudia Lima MARQUES, *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor (um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico)*. São Paulo: RT, 2004, 32.

à tona. A ampla proteção à confiança também na responsabilidade extraobrigacional “pura”, admitida com evidência no Direito brasileiro, coloca em dúvida a possibilidade de identificação à distinção aqui trabalhada.¹⁴²

Pode-se afirmar que “a responsabilidade pela confiança não se esgota na demanda de reparação de danos (ou no *id quod interest*), podendo se dar por diferentes formas. (...) A proteção à fé registral ou a não oponibilidade de certos vícios do negócio jurídico a terceiros¹⁴³ representam formas de tutela positiva da confiança, pois mantêm o lesado na situação de realização das suas expectativas. Não se trata, contudo, de reparação de danos, e sim de manutenção *fática* da situação na qual se confiou. Não se fala em reparação do *interesse* nestes casos, que se passam fora da responsabilidade civil”.¹⁴⁴

Em síntese, os interesses positivos e negativos têm por função colocar a vítima em uma situação “de *cumprimento* do negócio jurídico ou à situação em que estaria *se não tivesse contratado*”, a sintetizar “o conteúdo das *perdas e danos* devidas nas variadas hipóteses lesivas”.¹⁴⁵ Noutros termos, a reparação concreta da vítima, pela falta de cumprimento contratual ou pela inexistência ou invalidade do contrato, a partir das ideias de interesse positivo e negativo, se descomplexifica. Isso porque “o *interesse positivo* e o *interesse negativo* oferecem um adequado instrumento para compor a relação jurídica de reparação, facilitam a sua compreensão e permitem bem definir o alcance do dano indenizável”.¹⁴⁶

Nesse passo, os interesses, positivo e negativo, reconduzem o lesado a uma situação que deveria existir ou existirá, mas não existe na realidade por conta do evento lesivo, não se confundindo com situação irreal ou imaginária. Destarte, *adiciona-se* a reparação de algo que não ocorreu e deveria ter ocorrido ou *subtrai-se* algo que ocorreu e não deveria ter acontecido.¹⁴⁷

Como apontado no item anterior, tais interesses não podem ser cumulados, embora Haical afirma ser possível tal cumulação entre interesse positivo e interesse negativo¹⁴⁸, tratando, como Pontes de Miranda, salvo melhor juízo, o interesse negativo como lucro cessan-

¹⁴² Renata C. STEINER, *Interesse positivo e interesse negativo*, 82.

¹⁴³ Código Civil, artigo 167.º, § 2.º, nos casos de negócio jurídico simulado.

¹⁴⁴ Renata C. STEINER, *Interesse positivo e interesse negativo*, 83.

¹⁴⁵ Renata C. STEINER, *Interesse positivo e interesse negativo*, 102 e 107.

¹⁴⁶ Renata C. STEINER, *Interesse positivo e interesse negativo*, 102 e 107.

¹⁴⁷ Renata C. STEINER, *Interesse positivo e interesse negativo*, 107-108.

¹⁴⁸ Gustavo HAICAL, *Cessão de crédito. Existência, validade e eficácia*, São Paulo: Saraiva, 2013, 64 e 69.

te, o que permitiria a cumulação com os danos emergentes derivados do interesse positivo pelo descumprimento do contrato. Parece não ser correta tal cumulação, visto que o lesado estaria em uma situação *positiva ou negativa* no que se refere ao contrato, podendo, em alguns casos, alternativamente o lesado escolher a reparação por um dos interesses.¹⁴⁹ Essa escolha deve ser a menos onerosa ao devedor (CPC/15, artigo 805.º) e respeitar a reparação integral do dano (CC, artigo 944.º *caput*). Steiner exemplifica a referida impossibilidade, a partir da obra de Thomas Ackerman:

Exemplo ilustrativo (ainda que abstrato) dessa afirmação é extraído da obra de Thomas Ackermann: alguém é convidado para um jantar e, chegando na data e hora combinados à casa do anfitrião, encontra as portas fechadas. Ao convidado seriam abertas — em um exercício puramente hipotético —, duas possibilidades.

Poderia, de um lado, demandar o ressarcimento das despesas com aluguel de trajes e deslocamento, que se tornaram inúteis (*interesse negativo*) ou o ressarcimento dos custos que teve para jantar em um restaurante naquela noite (*interesse positivo*) — este tido como verdadeiro equivalente da “prestação” que se deixou de obter — sem, contudo, ser ressarcido do aluguel do traje e das despesas com o deslocamento.

Não poderia, contudo, pretender se ver ressarcido dos custos de aluguel do traje e das despesas de deslocamento e também dos custos de pagamento do jantar substitutivo, pois essa situação não teria, em nenhuma hipótese, possível paralelo na realidade. Com efeito, ou o lesado não *confiou* no convite e não teve os gastos, ou sua expectativa se confirmou e os gastos estariam vinculados ao recebimento da prestação (*in casu*, o jantar).¹⁵⁰

Os interesses negativo e positivo *não fundam o dever de reparar, pois este depende da concretização dos pressupostos da responsabilidade civil por danos (fato jurídico danoso + nexos casual + dano reparável + nexos de imputação), mas como consequências reparatórias derivadas da responsabilização do lesante, sempre respeitando a extensão do dano em cada fato jurídico danoso concreto. Por isso, não pode haver uma conexão obrigatória entre interesse positivo ou de cumprimento e interesse negativo ou de dano à confiança na fase pré-negocial, não obstante essa*

¹⁴⁹ Renata C. STEINER, *Interesse positivo e interesse negativo*, 107-108.

¹⁵⁰ Renata C. STEINER, *Interesse positivo e interesse negativo*, 108.

vinculação possa ocorrer em diversos casos.¹⁵¹

Os interesses positivo e negativo é um instrumento que se insere de forma coordenada para se atingir a reparação integral do dano, princípio posto no *caput* do artigo 944.º do CC.¹⁵² O artigo 944.º do CC pode, portanto, direcionar a reparação para o *status quo ante* ao dano ou para o *status ad quem* acerca do cumprimento do contrato. A reparação integral, no caso dos danos materiais, funda-se na teoria da diferença comparando a situação da vítima sem dano e pós-dano. Essa indenização abarca os danos emergentes, os lucros cessantes,¹⁵³ bem como os lucros antijurídicos advindos do evento danoso.

Steiner: “Daí porque se prefira afirmar que as noções de *interesse positivo* e de *interesse negativo* são instrumentos para *definição* do dano reparável, assim atuando porque instrumentalizam a percepção do sentido da proteção conferido pelo ordenamento jurídico diante de determinado *evento lesivo*. Não servem para *delimitá-lo* ou *limitá-lo*”.¹⁵⁴

Feitos tais esclarecimentos, passa-se, no tópico seguinte à reflexão sobre o interesse positivo e a sua aplicabilidade no Direito Privado pátrio.

5. Conclusão: interesse positivo deve ser tutelado no direito privado brasileiro

No interesse positivo se compara a situação jurídica real (evento danoso, dano e prejuízo) e aquela projetada da vítima, que engloba como ela se encontraria caso o negócio jurídico tivesse sido adequadamente cumprido, isto é, objetiva-se verificar o *status ad quem* dos efeitos negociais para a vítima.¹⁵⁵⁻¹⁵⁶

¹⁵¹ Destaca-se que eventual cláusula penal em um contrato pode delimitar a reparação pelo descumprimento contratual, mesmo que os danos sejam maiores (CC, artigo 416.º), o que deve ser repensado, visto que a reparação integral deve abarcar todos os danos sofridos pela vítima, a tornar o parágrafo único do artigo 416.º do CC (reparação suplementar ao valor da cláusula penal caso se comprovem danos superiores à cláusula penal posta no contrato).

¹⁵² Renata C. STEINER, *Interesse positivo e interesse negativo*, 113-114.

¹⁵³ Renata C. STEINER, *Interesse positivo e interesse negativo*, 113-116.

¹⁵⁴ Renata C. STEINER, *Interesse positivo e interesse negativo*, 116.

¹⁵⁵ Renata C. STEINER, *Interesse positivo e interesse negativo*, 32; Fábio Queiroz PEREIRA, *O ressarcimento do dano pré-contratual*, 65-66.

¹⁵⁶ Steiner: “Note-se, porém, que a noção de recondução a uma situação ad quem pode ser admitida mesmo fora dos limites do contrato. É o que destaca Claus Wilhelm-Canaris, ao propor o que chamou de tutela positiva da confiança,

Steiner traz exemplos de hipóteses de responsabilidade pré-contratual pelo interesse positivo:

De meramente ilustrativa, pode-se fazer menção ao tratamento do tema por Karl Larenz, o qual vislumbra hipóteses diversas de responsabilidade pré-contratual, algumas delas conduzindo à reparação do *interesse positivo* (v.g., a formação de contratos indesejados ou desvantajosos), e Volker Emmerich que, em linhas mais gerais, afirma que a *culpa in contrahendo* nem sempre conduzirá à reparação do *interesse negativo*. Tudo dependerá da aplicação das regras de responsabilidade, a formatar a construção da relação de reparação pelo § 249 BGB (item 3.1, Capítulo 1).

Pautado também nas regras de reparação de danos, António Menezes Cordeiro afirma, agora no contexto português, que as múltiplas hipóteses de responsabilidade pré-contratual nem sempre levarão à indenização do *interesse negativo*, havendo-se de aferir, *in concreto*, o interesse violado e, conseqüentemente, reparável. Exatamente por compreender que uma limitação apriorística é inadequada, posta-se contrário aos conceitos aqui expostos.

No mesmo sentido — e influenciando a exposição de Menezes Cordeiro, é a compreensão de Ruy de Albuquerque. O jurista, a partir de Fuller e Perdue, afirma com precisão que sua leitura coloca em cena uma problemática esquecida: “o da necessidade de recorrer ao interesse ofendido para determinar a indemnização. Isso explica a impossibilidade de integrar num todo harmónico os limites da indemnização, admitindo exceções que destroem o valor das regras com que pretendem delimitá-los”.

E, ainda à luz do Direito lusitano, a vasta e definitiva obra de Paulo Mota Pinto deixa bastante clara a existência de tal direcionamento “*mutável*”, tanto na responsabilidade contratual como na pré-contratual, ainda que se reconheça um sentido *tendencial* da aplicação do *interesse negativo* na responsabilidade pré e do *interesse positivo* na responsabilidade negocial por descumprimento.

O mesmo se pode afirmar na Itália onde, apesar de reconhecida a distinção e de uma *compreensão dominante* de que a violação

voltada a recolocar o lesado na situação em que estaria se a situação na qual confiou efetivamente tivesse ocorrido, e que poderia ser exemplificada nas manifestações da teoria da aparência, fora do limite do contrato”. Renata C. STEINER, *Interesse positivo e interesse negativo*, 32.

pré-contratual seria sempre reconduzida à reparação do *interesse negativo*, não se poderia defini-la como absoluta. Também de forma exemplificativa, poder-se-ia fazer menção à lição de Angelo Luminoso, para quem “(...)na responsabilidade pré-contratual não é verificável a lesão a um tipo constante de interesse”, bem como Paolo Gallo, sublinhando o que chama de heterogênea casuística, a importar um tratamento não estático do *quantum* da reparação.¹⁵⁷

Além disso, Steiner sustenta que “a tutela positiva de confiança confunde-se com o *interesse positivo*, como (em regra) na responsabilidade pelo descumprimento do contrato”,¹⁵⁸ a demonstrar que essa múltipla incidência da confiança afasta-se de uma necessária vinculação com o interesse negativo.¹⁵⁹

Tribunais brasileiros decidem de forma confusa sobre o tema:

(...) tome-se como exemplo a discussão quanto ao descumprimento de compromisso de compra e venda de imóveis. Em uma rápida análise jurisprudencial vislumbra-se a existência de julgados que circunscrevem a indenização devida ao comprador à devolução das parcelas pagas, acrescida de outros danos causados pela própria conclusão do contrato (como despesas de corretagem),¹⁶⁰ e outros que indenizam o comprador lesado pela valorização do imóvel que deixou de receber.¹⁶¹

A existência de soluções divergentes pode ser também vislumbrada em casos de responsabilidade pré-negocial bastante similares entre si. Assim, exemplificativamente, ao julgar a frustração da expectativa quanto à conclusão de contrato de trabalho, há julgados que conferem ao lesado uma situação *positiva* em relação às expectativas geradas na fase de negociações (com o pagamento dos salários que obteria),¹⁶² e outros a uma situação *negativa*(res-

¹⁵⁷ Renata C. STEINER, *Interesse positivo e interesse negativo*, 92-93.

¹⁵⁸ Renata C. STEINER, *Interesse positivo e interesse negativo*, 83.

¹⁵⁹ Renata C. STEINER, *Interesse positivo e interesse negativo*, 83-84.

¹⁶⁰ TJSP, Ap. Cív. nº 0001179-90.2010.8.26.0301. Relator(a): Rômulo Russo; Comarca: Atibaia; Órgão julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 13/03/2015; Data de registro: 13/03/2015.

¹⁶¹ REsp 403.037/SP, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 28/05/2002, DJ 05/08/2002, p. 353.

¹⁶² “Responsabilidade Civil Pré-Contratual. Autor que foiselecionado após realização de entrevista e aguardou por cinco meses a contratação definitiva frustrada ao final de tal prazo. Situação em que foram geradas falsas expectativas. Violação da boa-fé objetiva. Indenização que deve ser integral, incluindo os valores que teria recebido

sarcindo de custos tornados inúteis).¹⁶³

As decisões caminham em sentidos diametralmente opostos, ora conferindo ao lesado a indenização do *interesse positivo*, ora do *interesse negativo*, sem que se vislumbre uma distinção de *eventos lesivos* que justifique essa diversidade.¹⁶⁴

Dois são os filtros que o interesse positivo apresenta para instrumentalizar a delimitação da reparação por danos:

(i) evento danoso que direciona a causalidade para conduzir a situação projetada da vítima sem o dano, o interesse a ser protegido (positivo), objetivo da prestação reparatória;

(ii) aprofundamento do evento lesivo com a confirmação do interesse violado e a consequente reparação (prestação *no lugar* ou *ao lado* do cumprimento contratual).¹⁶⁵

Cada caso concreto no qual se pede o interesse positivo deve-se provar se o evento danoso (descumprimento contratual) tem nexos causal com os danos de ordem material e(ou) extramaterial sofridos pela(s) vítimas, cuja causalidade tem o sentido atribuído pela teoria da formação da circunstância danosa¹⁶⁶:

a imputação de responsabilidade civil ou consumerista a alguém pela coligação e/ou a correlação entre fatores naturais e/ou condutas omissas e comissivas de sujeitos de direito que contribuí-

se fosse efetivamente contratado, danos materiais decorrentes da abertura da conta corrente em seu nome apedidoda apelante, e indenização por danos morais oriunda da negativação de seu nome (...)." (TJSP, Ap. Cív. nº 9141091-18.2006.8.26.0000. Relator(a): Adilson de Andrade; Comarca: Piracicaba; Órgão: julgador: 3ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 14/06/2011; Data de registro: 14/06/2011; Outros números: 4777484200).

¹⁶³ Indenização Dano moral Responsabilidade pré-contratual Culpa in contrahendo Contratação de serviços de assessoria e intermediação para obtenção de vaga de emprego Conduta de empresa ré que despertou no autor a justa expectativa de ocupação da vaga disponível, e a adesão era apenas para intermediar e assessorar a contratação Princípio da boa-fé objetiva, geradora de deveres de conduta, de modo a não defraudar a confiança despertada na parte contrária Dever de indenizar gastos com taxas cobradas pela agência (...)." (TJSP, Ap. Cív. nº 990.10.500647-7. Relator(a): Francisco Loureiro; Comarca: São Bernardo do Campo; Órgão julgador: 4.ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 09/12/2010; Data de registro: 13/12/2010; Outros números: 990105006477).

¹⁶⁴ Renata C. STEINER, *Interesse positivo e interesse negativo*, 124.

¹⁶⁵ Renata C. STEINER, *Interesse positivo e interesse negativo*, 32; Fábio Queiroz PEREIRA, *O ressarcimento do dano pré-contratual*, 128-130.

¹⁶⁶ Pablo Malheiros da Cunha FROTA, *Responsabilidade por danos: imputação e nexos de causalidade*, 263.

ram para a ocorrência do dano. Tal coligação ou correlação de eventos danosos pode se dar em relação ao responsável pela atividade, à atividade, à vítima ou ao dano.¹⁶⁷

Diante disso, preenchidos os requisitos do evento danoso, donexo casual, do dano reparável (material e(ou) extramaterial) e verificado o nexode imputação pelo descumprimento contratual, admite-se a reparação estando *ao lado* do cumprimento específico da prestação ou do dano no *lugar da prestação*, ambas tendo a presença da ideia de interesse positivo:

As perdas e danos que reconduzem o lesado à situação de cumprimento —, e que compõem, portanto, a indenização direcionada ao interesse positivo —, tomam como parâmetro todos os danos sofridos pelo credor da indenização, os quais não se limitam e não se confundem com a falta objetiva de cumprimento da prestação. (...)

Sob a ótica da primeira expressão (danos *no lugar da prestação*), entende-se a indenização pela qual o lesado tem direito de ser indenizado pela falta de cumprimento da prestação. Fala-se em perdas e danos substitutivas ou efetivamente no lugar do cumprimento, em íntima conexão aos danos causados pela ausência da prestação.

Ao lado de tal indenização e, repita-se, ainda que mantida uma unidade exterior, indenizam-se os demais prejuízos que não se confundem com o não cumprimento definitivo da prestação em si considerada. Esses, que vêm ao lado daquele, são nitidamente complementares (também chamados de perdas e danos moratórias), tendo como função primordial apagar os efeitos do recebimento a destempo pelo credor. Esses últimos podem ser prestados tanto em conjunto com a indenização substitutiva da prestação, como também em conjunto com o cumprimento *in natura*. Somente no primeiro caso é que, de certa forma, são abarcadas pelo conjunto indenizatório — afinal, a indenização é unitária — sendo autônomos no segundo. A indenização pelo interesse positivo abrange a ambos (no lugar e ao lado), mas é tipicamente representada pelo primeiro, o qual tem referência direta a uma indenização substitutiva do cumprimento. (...)

¹⁶⁷ Pablo Malheiros da Cunha FROTA, *Responsabilidade por danos: imputação e nexode causalidade*, 263.

Essa distinção interna — e meramente didática — é relevante para sublinhar que a indenização pela falta de cumprimento não pode ser confundida com a simples prestação em pecúnia da prestação descumprida. E isso por um duplo motivo.

Em primeiro ponto, porque ao cumprimento da prestação adere-se também danos moratórios, não abrangidos pela noção de equivalente pecuniário da prestação. Em segundo ponto, e mais relevante ainda, porque o conteúdo compensatório (e indenizatório) diz respeito aos danos causados, e não apenas à falta objetiva da prestação.

Mais adequado, portanto, compreender o *interesse positivo* como a síntese da indenização que *economicamente* conduza o lesado à situação em que estaria se o contrato tivesse sido efetivamente cumprido, algo que transcende (em potencial) uma indenização que apenas *substitua* a prestação em sentido estrito.¹⁶⁸

EXEMPLO. O Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu pela cumulação do caráter compensatório da indenização com a multa moratória:

(...) 1. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, ocorrendo atraso na entrega do imóvel pela construtora, é perfeitamente possível cumular a cláusula penal decorrente da mora com indenização por lucros cessantes pela não fruição do imóvel, pois aquela tem natureza moratória, enquanto esta compensatória, razão pela qual não há que se falar em *bis in idem*.” (STJ, AgRg no REsp 1544333/DF, Rel. Ministro Marco Aurélio Belizze, Terceira Turma, julgado em 27/10/2015, DJe 13/11/2015).

Por tudo isso, vemos com tranquilidade a possibilidade de aplicação das ideias de reparação pelo interesse positivo no Brasil, com outros aspectos de tal instituto sendo estudados em artigos posteriores, como a possibilidade de reparação pelo dano extramaterial, não tratada à época na obra do Professor Paulo Mota Pinto.

¹⁶⁸ Renata C. STEINER, *Interesse positivo e interesse negativo*, 146-149.

RESPONSABILIDADE CIVIL E PRESCRIÇÃO

PEDRO PAIS DE VASCONCELOS

I. Introdução

Nos pleitos de responsabilidade civil, surge frequentemente associada, como secundária, a questão da prescrição. Quando não consegue ganho de causa em tema de responsabilidade civil propriamente dita, o responsável invoca a prescrição, sempre que entre o facto danoso e a proposição da ação, passou já o espaço de tempo que, na sua perspetiva, lhe permita invocar essa exceção. A prescrição torna-se, então, de questão secundária em principal.

A prescrição da indemnização suscita problemas interessantes.

II. Objeto da prescrição

O primeiro tema relevante em matéria de prescrição é o do seu objeto. A prescrição como efeito, o efeito jurídico de prescrever, tem um referente que se traduz na pergunta: O que é que prescreve? Sobre o que é que incide a prescrição, o que é que prescreve? O direito subjetivo ou a pretensão?

Numa leitura tradicional, a prescrição é tratada como um modo de extinção — um facto extintivo — do direito subjetivo.¹ Diversa-

¹ É assim na construção de Manuel de ANDRADE, *Teoria Geral*, II, 445; e Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.^a ed., Coimbra, 2005, 373-374. Car-

mente, há doutrina que entende que a prescrição não extingue o direito prescrito e se limita a conferir ao seu beneficiário o poder jurídico de se recusar a cumprir.² Isto torna-se muito claro perante o efeito solutório do cumprimento da obrigação prescrita, ainda que tenha sido feito na ignorância da prescrição (artigo 304.º, n.º 2 do Código Civil).

A prescrição não extingue o direito subjetivo. Se o extinguisse, o pagamento de dívidas prescritas não seria solutório e provocaria o enriquecimento injusto do credor. Não é esse, porém, o regime legal da prescrição. O n.º 2 do artigo 304.º do Código Civil é claro, sendo paga a dívida prescrita, «ainda quando feita com ignorância da prescrição», não dá lugar à repetição da prestação. Só se compreende este regime se o direito de crédito ainda existir, vigente e eficaz, mesmo após a prescrição.

Também em caso de contitularidade do direito subjetivo, por exemplo, de contitularidade solidária do crédito a inércia de um dos com-credores não pode extinguir o crédito de todos.

A prescrição não extingue o crédito. Limita-se a conferir ao devedor o poder de se recusar a cumprir.

Só há uma explicação possível para este regime: o que a prescrição extingue não é o direito subjetivo, mas antes a pretensão.³ Não é convincente a explicação avançada por alguma doutrina segundo a qual a não repetibilidade do pagamento da dívida prescrita se justifica pela sua natureza de obrigação natural. A obrigação natural não é uma não-obrigação cujo cumprimento seja irrepitível, mas antes um dever não exigível que se funda nos usos e costumes. O seu cumprimento não pode ser juridicamente exigido, mas é socialmente devido ou apenas aceitável que seja cumprido, sem que tal possa ser exigido, e cujo cumprimento é axiologicamente valorado positivamente.

valho FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, II, 4.ª ed., Universidade Católica, 2007, 687, já não admite o efeito extintivo do direito prescrito e inclina-se para a eficácia de conferir à devedora a faculdade de se opor ao exercício do direito.

² Neste sentido, Pais de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 8.ª ed., 2015, Coimbra: Almedina, 337; e Carvalho FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, II, 5.ª ed., Lisboa: UCP, 2010, 693.

³ Esta construção é a construção do direito alemão e não foi transposta para o Código português, não obstante ser referida nos trabalhos preparatórios por Vaz SERRA, “Prescrição e Caducidade”, *BMJ* 105: 189, o que desmente a ideia da matriz alemã do Código Civil de 1967. Diversamente, o Código Civil brasileiro de 2002, assenta toda disciplina da prescrição sobre o operador da pretensão, de um modo caracteristicamente alemão.

III. O início da prescrição

A determinação da data do início da prescrição é determinante da data do seu termo. É muito importante, pois, o critério de determinação do momento em que se inicia o curso do seu prazo.

A lei, no artigo 306.º do Código Civil diz que a prescrição «começa a correr quando o direito puder ser exercido». Este é o primeiro critério legal. Parece de simples determinação, mas pode não o ser e frequentemente não o é.

Não é claro, desde logo, o que seja o exercício do direito. O direito subjetivo é complexo. Envolve no seu conteúdo uma multiplicidade de posições jurídicas ativas, de poderes, e também de posições jurídicas passivas, de deveres e ónus, embora seja predominantemente de exercício ativo. Estes poderes, como é de teoria clássica, correspondem à disponibilidade de meios hábeis para a consecução ou a prossecução dos fins visados pelo direito subjetivo e a posições passivas, deveres e ónus, cujo respeito é indispensável para o alcance e a realização desses fins.⁴

Salvo em aulas práticas, nas Faculdades, só muito raramente, se é que alguma vez, um direito subjetivo é simples e comporta apenas um poder. Basta exemplificar com o direito de propriedade, o direito de crédito ou o direito de personalidade, para se tornar patente a multiplicidade de poderes que os integram e que estão listados nos artigos do Código Civil, a propósito dos respetivos tipos. Não obstante a imprescritibilidade do direito de propriedade e do direito de personalidade, eles não deixam de ser úteis para tornar clara a complexidade do direito subjetivo.

Também se discorda sobre se a prescrição extingue o direito subjetivo do credor ou apenas a sua exigibilidade. A ideia de extinção do direito é uma resultante da adjectivação da prescrição como “extintiva” em contraposição dicotómica à prescrição “constitutiva”, a usucapião, e da tradicional confusão entre o direito subjetivo e as posições ativas — poderes — que integram o seu conteúdo.

Esta questão só resiste enquanto se pensar apenas em créditos individuais. Chamados à colação os créditos plurais solidários torna-se claro que em caso de solidariedade ativa — e são tantos os seus casos — a prescrição pode operar contra um dos credores solidários sem se verificar contra os outros, caso em que só tem por eficácia o blo-

⁴ É este o nosso ensino, em *Teoria Geral do Direito Civil*, 232 e s.

queio da sua exigibilidade por aquele credor e não pelos outros, que continuam a poder exigir o pagamento da totalidade do crédito. É, pois, muito claro que a prescrição não extingue o direito de crédito, mas apenas bloqueia a pretensão do credor que deixou passar o prazo prescricional sem exigir o cumprimento.

Outro dos equívocos muito espalhados está na qualificação da dívida prescrita como obrigação natural. A posição jurídica do devedor de obrigação prescrita é semelhante à obrigação natural, mas não é igual e tem uma diferença relevante.

A obrigação natural é extra-jurídica, existe no espaço livre de direito, no âmbito das vinculações morais, sociais, familiares e até amicais. Tem de comum com a obrigação prescrita apenas o serem atos facultativos, mas não mais.

A diferença pode ser ténue quando o devedor prescrito entende por bem dever cumprir, não obstante, a prescrição e tendo conhecimento e consciência clara de poder recusar o cumprimento. Já não é assim quando o devedor prescrito cumpre inadvertidamente, sem saber da prescrição, e vem pedir a repetição. Neste caso não há nada de extra-jurídico, nem de moral, social, familiar o amical. O devedor enganou-se e cumpriu sem saber que podia recusar o pagamento e tentou reagir contra o seu próprio ato de pagamento invocando o seu engano ou o desconhecimento.

Partir duma parcela do regime jurídico para a qualificação, com desconsideração do demais, causa erros graves. Da parcela de regime do carácter facultativo e da irrepetibilidade do cumprimento não se pode concluir sem mais a qualificação como obrigação natural.⁵

IV. A importância da pretensão no tema do início da prescrição

I. A complexidade do direito subjetivo obriga a distinguir e a não confundir o que é o direito propriamente dito e o que são os poderes que o integram, para questionar o que é que constitui a inércia, fundante da prescrição, a omissão do exercício do direito ou a omissão da formulação da pretensão? O direito de crédito não deve confundir-se,

⁵ Esta questão é discutida na Doutrina e não constitui o tema deste texto. Por isso não a discutimos aqui, limitando-nos a deixar expressa a nossa posição. Para mais informação sobre o tema, por todos, Antunes VARELA, *Das Obrigações em Geral*, I, 10.^a ed., Coimbra: Almedina, 2000, 719 e s. Almeida COSTA, *Direito das Obrigações*, 8.^a ed., Coimbra: Almedina, 2000, 155 e s.; Ribeiro de FARIA, *Direito das Obrigações*, II, Coimbra: Almedina, 1990, 114 e s.; e Nuno Pinto OLIVEIRA, *Direito das Obrigações*, I, Coimbra: Almedina, 2005, 197 e s.

por exemplo, com o poder de interpelar o devedor, nem com o poder de invocar a nulidade de atos do devedor, ou de se sub-rogar ao devedor no exercício de certos dos seus direitos, ou de impugnar atos do devedor, de requerer arresto de bens do devedor, ou de imputar certo pagamento a certa dívida. Estes poderes — e mais existem — não são, cada um em si, direitos subjetivos *a se*, são antes poderes jurídicos ancilares da realização do direito subjetivo do credor — o direito de crédito — são-lhe instrumentais, são ferramentas deste direito.

O direito subjetivo é tão complexo, tão pleno de poderes cuja exercibilidade, no ato, depende das circunstâncias vigentes, que não se pode pretender que o afastamento da prescrição exija o exercício da totalidade do direito subjetivo, com todos os seus poderes, o que seria impossível de conseguir e desrazoável de exigir.

Mas a pretensão também não deve ser confundida com o poder que integra o conteúdo do direito subjetivo. O poder é estático enquanto não é perturbado, ameaçado ou contrariado. Quando assim sucede, o poder é ativado na pretensão. A pretensão é dinâmica. Diferentemente do poder que é estático. A pretensão pode se extrajudicial e traduz-se no ato de exigir o cumprimento em declaração dirigida ao devedor para que cumpra, e pode ser judicial — *actio* — quando se traduz na introdução em juízo da correspondente ação ou providência processual.

O que desencadeia o exercício do direito subjetivo é a pretensão. É útil distinguir o que existe de dinâmico e de estático no direito subjetivo. Estaticamente, o direito subjetivo é a posição jurídica da pessoa que tem o poder de exigir; dinamicamente, é a pretensão, é o ato de exigir; no fundo, a pretensão é a exigência de um comportamento ou de uma abstenção por parte de outrem. Ao exigir, o titular do direito está a exercer a pretensão; do mesmo modo, a pretensão exerce-se através da exigência, judicial ou extrajudicial, do cumprimento. A pretensão faz parte do conteúdo do direito subjetivo mas não se pode confundir com ele.

II. O direito dos seguros faculta-nos um campo fértil para problematizar a questão, no direito português e no direito brasileiro, quanto ao *dies a quo*, do curso do prazo prescricional, o tempo do sinistro ou o tempo da recusa do pagamento pelo segurador.

No direito português, o Código Civil português, no n.º 1 do artigo 298.º diz que «estão sujeitos a prescrição, pelo não exercício durante o lapso de tempo estabelecido na lei, os direitos que não sejam indisponíveis ou que a lei não declare isentos de prescrição». Esta redação parece apontar para o direito subjetivo como objeto da prescrição.

O subseqüente articulado confere, porém, maior precisão ao regime.

Do n.º 1 do artigo 304.º consta: «completada a prescrição, tem o beneficiário a faculdade de recusar o cumprimento da prestação ou de se opor, por qualquer modo, ao exercício do direito prescrito» e, do n.º 2: «não pode, contudo, ser repetida a prestação realizada espontaneamente em cumprimento de uma obrigação prescrita, ainda quando feita com ignorância da prescrição». Embora ainda aqui se encontre uma referência ao «direito prescrito», fala-se muito claramente em «recusar o cumprimento da prestação» e em oposição «ao exercício do direito prescrito», o que vai no sentido da pretensão.

Mais clareza vem a ser introduzida no sistema pelo n.º 1 do artigo 306.º onde se lê que «o prazo da prescrição começa a correr quando o direito puder ser exercido». Esta é a regra básica do regime do início do prazo da prescrição no direito português, que coincide com o da caducidade que, segundo o artigo 329.º «começa a correr no momento em que o direito puder ser legalmente exercido».

Assim, o direito português centra o objeto da prescrição no exercício do direito (pretensão) e não na sua titularidade. É da pretensão que se trata, mesmo que não expressamente nomeada.

Especificamente em tema de prescrição no seguro, e ainda no direito português, a Lei do Contrato de Seguro (Decreto-Lei n.º 72/2008, de 16 de abril), no seu artigo 121.º estatui:

(Prescrição)

O direito do segurador ao prémio prescreve no prazo de dois anos a contar da data do seu vencimento.

Os restantes direitos emergentes do contrato de seguro prescrevem no prazo de cinco anos a contar da data em que o titular teve conhecimento do direito, sem prejuízo da prescrição ordinária a contar do facto que lhe der causa».

Este preceito tem alguma ambiguidade. No que tange ao n.º 1, é a partir do vencimento que o credor-segurador tem pretensão sobre o devedor do prémio. Quanto ao n.º 2, que rege sobre a prescrição do crédito do segurado⁶ sobre o segurador, o início do prazo da prescrição é fixado na data do conhecimento do direito.⁷ Mantém, porém,

⁶ Por comodidade de expressão e *brevitatis causa*, passaremos a referir como “segurado” todo aquele que, por força do contrato de seguro, tem a receber uma quantia do segurador, seja ele o tomador, o segurado, o beneficiário ou a pessoa segura, na medida em que, para o efeito do que aqui se escreve é irrelevante a diferença das posições jurídicas de todos estes intervenientes típicos na dinâmica do contrato de seguro.

⁷ A referência à «data do conhecimento do direito» pelo seu titular contraria a construção objetiva da prescrição.

ainda uma referência ao prazo da prescrição ordinária (leia-se: geral) «a contar do facto que lhe der causa». Qual seja este «facto» pode ser controverso.

A referência constante do n.º 2 ao «conhecimento do direito» pode induzir alguma equívocidade neste regime se não for lida com atenção. O direito a que se refere o conhecimento não pode ser o direito subjetivo global e complexo do segurado emergente do contrato de seguro, com todos os poderes que tem no seu conteúdo, porque esse direito, assim entendido na sua globalidade, é conhecido do segurado desde a data da assinatura do contrato.⁸ O conhecimento refere-se ao que no n.º 2 do artigo está expresso como «os restantes direitos emergentes do contrato de seguro». Estes «restantes direitos» são os poderes que integram a estrutura⁹ do direito subjetivo do segurado. Embora terminologicamente incorreto, é de uso comum e corrente nominar como “direitos” todos e cada um dos poderes que integram o direito subjetivo.¹⁰

De entre esses poderes, interessam para a questão que nos ocupa o poder de participar o sinistro ao segurador e o poder de formular uma pretensão quando o segurador recuse total ou parcialmente a cobertura.

No primeiro caso, o prazo prescricional iniciaria o seu curso quando o segurado tomasse conhecimento do sinistro; no segundo, quando tomasse conhecimento da recusa de cobertura, isto é, da perturbação do seu direito.

Esta questão não pode ser resolvida com recurso à simples letra da lei. Torna-se necessário ponderar o sentido e a função do regime.

A função da prescrição, como ficou já explicitado, é de estabilizar o exercício jurídico, pondo termo à incerteza sobre se o titular do direito o vai exercer ou vai tolerar na sua perturbação. Nesta perspectiva, ambas as soluções parecem aceitáveis: a primeira faz cessar a incerteza sobre se o segurado que sofreu o sinistro vai ativar o seguro e exercer o direito que lhe é conferido pelo contrato que celebrou com

⁸ Com exceção apenas da “pessoa segura” ou do “lesado” quando não tenham conhecimento do seguro.

⁹ Sobre a posição dos poderes na estrutura do direito subjetivo, Pais de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 232-235.

¹⁰ Assim sucede, por exemplo, quando são referidos como «direitos» tanto o direito de crédito como o poder de o credor interpelar o devedor, que não passa de um poder integrante do direito de crédito. De um modo terminologicamente imperfeito, a Lei do Contrato de Seguro no n.º 2 do seu artigo 121.º, designa como «direitos» indistintamente os meros poderes que integram o direito subjetivo complexo do segurado.

o segurador, ou se vai sofrer o risco (*pati*); a segunda faz cessar a incerteza sobre se o segurado a quem é recusada (total ou parcialmente) a cobertura vai formular a sua pretensão (material ou processual), ou vai tolerar a perturbação do seu direito (o incumprimento pelo segurador). Em ambas as versões, a prescrição vem fazer cessar a incerteza no exercício jurídico.

Já não assim no que tange ao sentido. O sentido do regime jurídico da prescrição é o de, na estabilização das situações jurídicas e na eliminação ou redução da incerteza que lhe é instrumental, sacrificar a parte inerte, aquela que não cuidou de exercer o direito quando podia e devia fazê-lo, e que com isso criou a incerteza. Se alguém tem de ser sacrificado no altar da segurança jurídica, é justo que seja quem a criou, ou seja, o credor inerte.

No século XXI, o exercício do direito subjetivo já deixou de ser feito de um modo puramente formal como no século XIX. A função social do direito e a interpretação de acordo com a Constituição reforçam a imposição já muito antiga de que os direitos sejam exercidos de um modo socialmente justo, adequado e aceitável. O direito subjetivo envolve a afetação de um ou mais bens à realização de um ou mais fins lícitos. Estes bens são raros e não são acessíveis a todos. A sua distribuição na comunidade obedece a critérios de justiça. Não é justo que mantenha na sua titularidade a afetação de bens que são raros, quem não precisa deles e não os exerce. Por isso, a inércia do titular para além de certo tempo, sem levar à perda do direito, conduz a um seu enfraquecimento perante o devedor que passa a poder opor-se à pretensão do credor e recusar-se a cumprir.¹¹

Este sentido de desvalorização da inércia — *dormientibus non succurrit jus* — dá critério para a fixação do início da prescrição. Se a prescrição é a resposta jurídica à inércia, só pode haver prescrição quando houver inércia.

A inércia só tem início quando o titular não age, podendo fazê-lo. Mas a inércia pode ter como referente a participação ou a pretensão.

No direito português dos seguros, por exemplo, não é claro, como se disse, o momento do início, porque a Lei do Contrato de Seguros, no n.º 2 do seu artigo 121.º, fala em «cinco anos a contar da data em que o titular teve conhecimento do direito». Mas qual direito?

Já falámos na diferença entre direitos e poderes e em como o legislador português os confundiu. Mas ao falar dos «restantes direitos emergentes do contrato de seguro», a lei só pode estar a referir-se aos restantes “poderes” emergentes do contrato de seguro. Mas quais

¹¹ Pais de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 338.

poderes, pode ainda perguntar-se? O poder de participar o sinistro ao segurador ou o poder de exigir o pagamento da cobertura que o segurador se recusa a pagar?

III. No direito brasileiro, o legislador foi mais preciso e referiu especificamente a “pretensão”. O artigo 189.º do Código Civil brasileiro de 2002, no primeiro do capítulo da prescrição, define prestação dum modo muito claro:

«Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos ...»

Este preceito, diz-nos o que é a pretensão, quando surge a pretensão, quando se extingue e ainda que a prescrição só extingue a pretensão mas não o direito. A pretensão nasce da violação do direito e é o modo como o titular reage contra essa violação. Está na linha clássica de Windscheid. A pretensão nasce quando o direito é violado. Mais precisamente quando o titular toma conhecimento psicológico ou normativo de que o direito foi violado, ou ainda quando se convence subjetivamente de que o foi.

A participação do sinistro ao segurador é um ato jurídico meramente declarativo, que não é desencadeado por qualquer violação do direito do segurado pelo segurador. O próprio sinistro não é uma violação do direito do segurado pelo segurador, com fundamento no contrato de seguro. Em alguns casos, o sinistro pode ser constituído ou resultar da violação de um direito do segurado por terceiro, mas não pelo segurador. Os direitos do segurado perante o segurador têm causa no contrato de seguro, e são conformados de acordo com este contrato e com a lei que o rege.

A violação do direito do segurado pelo segurador ocorre quando o segurador, eventualmente incumprindo o contrato de seguro, recusa a cobertura do sinistro, total ou parcialmente, quando recusa o pagamento do valor que, na perspectiva do segurado (segundo o contrato de seguro), deveria pagar. É nesse momento, segundo o artigo 189.º do Código Civil brasileiro, que nasce a pretensão do segurado contra o segurador e que tem início o decurso do prazo da prescrição. Este preceito é completado e explicitado pela alínea b) do inciso II do §1.º do artigo 206.º daquele Código Civil, quando rege que o prazo conta, «quanto aos demais seguros, da ciência do facto gerador da pretensão».

Sabido já que a pretensão nasce da violação do direito contratual do segurado, o «facto gerador da pretensão» só pode ser esse mesmo facto que constitui essa mesma violação do contrato de seguro. Aquilo que prescreve é uma pretensão, do segurado, a que o segurador cumpra o contrato de seguro. O sinistro não é uma violação do contrato de seguro.

Nestes casos, importa tomar em consideração - sem confundir — que ocorrem duas agressões ao segurado em duas relações diferentes.

A primeira agressão — o sinistro — consiste num dano sofrido pelo segurado, mas fora da pura relação de contrato de seguro. Ou seja, o dano terá sido causado por um terceiro ou não, mas não foi causado pelo segurador em execução do contrato. O dano pode ser um mero facto natural, por exemplo uma seca ou um raio, e pode ser também um facto ou ato humano. É exterior ao contrato de seguro, com o qual o segurado transfere o respetivo risco para o segurador. Este dano — o sinistro - pode ocasionar uma pretensão contra um terceiro, mas pode também não a ocasionar se se tratar de um mero facto natural. Seja como for, causa dano ao segurado.

A segunda agressão consiste, muito simplesmente, na violação dum contrato. No caso, o contrato é de seguro, sendo que o dano se traduz na violação do direito do segurado a receber uma quantia. Este direito não tem como causa o sinistro mas antes o contrato de seguro e a sua violação, mais concretamente o incumprimento das cláusulas que lhe atribuem o direito a determinada quantia em dinheiro, verificadas que sejam determinadas condições. É apenas no preenchimento da condição para pagamento da quantia em direito, que o sinistro irá relevar. O segurador, apesar da terminologia própria deste mercado, não paga sinistros, nem é responsável por sinistros. Limita-se, tal como em qualquer contrato, e sem qualquer diferença, a cumprir o contrato — *pacta sunt servanda*. O sinistro é o facto condicionante da efetivação da obrigação do segurador pagar ao segurado.

Aquilo que dificulta a compreensão da questão é a terminologia usada no mercado segurador. O pagamento por parte do segurador só indiretamente se destina a sanar o dano emergente do sinistro e muitas vezes apenas parcialmente o sana; diretamente, visa o cumprimento de uma obrigação pecuniária do segurador, que por acordo das partes está sujeita a uma condição. É verdade, contudo, que no mercado segurador, é comum referir-se ao pagamento do sinistro. Mas esta expressão não traduz a verdadeira natureza jurídica deste pagamento; é apenas uma expressão tradicional.

Ao se atentar nesta dualidade de agressões, torna-se claro que o prazo de prescrição só pode iniciar o seu curso com a violação do contrato, e não com o sinistro. A pretensão do segurado não é relativa ao sinistro, mas ao pagamento da quantia acordada com o segurador. O segurador não tem de pagar necessariamente o valor do dano sofrido no sinistro, por exemplo, porque pode ter sido estipulada uma franquia ou uma cobertura apenas parcial; o que ele tem de pagar é a quantia que se obrigou a pagar, em montante e nas condições em

que se obrigou a pagar, no caso de se verificar a condição de ocorrer o sinistro.

IV. Na formulação dos *Princípios de Direito Europeu do Contrato de Seguro (PEICL)*,¹² a questão ainda é mais clara. No artigo 7:102 (1) o prazo de prescrição corre «a contar da data em que o segurador tomar, ou se considerar tomada, uma decisão final sobre a pretensão» do segurado, em relação ao valor a receber do segurador. Isto é, quanto ao resultado da regularização do sinistro.

No sistema dos *PEICL*, o segurador tem de comunicar formalmente ao segurado a sua decisão final quanto à cobertura e à liquidação do sinistro, e o prazo de prescrição começa a contar da data da receção dessa comunicação pelo segurado. O prazo de prescrição da pretensão do segurado é um prazo certo a contar duma data incerta, o que lhe atribui ainda alguma insegurança na fixação do termo final.

Esta sua característica vem suscitar uma questão. Será que o prazo não se inicia e, portanto, não termina o seu curso, se o segurado não chegar a participar o sinistro ao segurador ou se o segurador não vier a comunicar ao segurado o resultado da regularização do sinistro? E se houver longa demora do segurador, por tempo indefinido, na regularização do sinistro e na sua comunicação, o prazo de prescrição prolonga-se também indefinidamente?

Esta incerteza não deve manter-se e, para lhe pôr um termo, o artigo 7:102 (1) dos *PEICL* estabelece um limite máximo de 10 anos (ou de 30 anos no seguro de vida) a contar da data do sinistro. No mesmo tema, a lei portuguesa, no artigo 122.º, n.º 2 da Lei do Contrato de Seguro, estabelece como limite o «prazo da prescrição ordinário (que é de 20 anos) a contar do facto que lhe deu causa».

Pode acontecer que o segurador demore um tempo longo a comunicar ao segurado a sua decisão de aceitação ou recusa da cobertura. Uma vez que o prazo de prescrição se inicia com o conhecimento desta comunicação, uma demora na comunicação, implica um correspondente deslizamento do início (e do final) do prazo de prescrição.

A lei brasileira não contém um preceito expresso que fixe um limite final para o possível deslizamento no tempo causado pela demora do segurador na regularização do sinistro e na comunicação do *quantum* que aceita pagar.

¹² *Principles of European Insurance Contract Law (PEICL)*, 2nd expanded ed., Köln: Sellier European Law Publishers / Otto Schmidt, 2016. Tem versões oficiais em várias línguas, inclusive em português, embora a válida seja a versão original em inglês. A versão portuguesa está nas p. 689-716.

A data da prescrição é certa após a comunicação feita pelo segurador, mas é incerta antes dela. É incerta antes de tal comunicação ocorrer porque não se pode saber antecipadamente quando irá ocorrer, ou mesmo se virá, ou não a ocorrer. É um termo certo a contar de uma condição incerta, ou seja, a contar de uma comunicação que pode, ou não, ocorrer e que, a ocorrer, não se sabe antecipadamente em que data se verificará.

No direito comunitário europeu, a Diretiva 2005/14/CE¹³ impôs ao segurador um regime detalhado com prazos curtos para a regularização do sinistro, mas apenas no seguro obrigatório de responsabilidade civil por acidentes de viação. A relevância social deste seguro impôs um regime especial de celeridade, previsibilidade e segurança na regularização do sinistro e no pagamento da indemnização neste seguro. No direito brasileiro dos seguros, a Circular n.º 256, de 16 de junho de 2004, da SUSEP,¹⁴ no seu artigo 33.º § 1.º, estabelece um prazo básico de trinta dias para a regularização (liquidação) do sinistro.

V. Mas não sucede sempre assim na generalidade dos seguros. O tempo de demora da regularização do seguro pode ser maior ou menor e depende da complexidade do sinistro. O tempo da regularização do sinistro tem, pois, inevitavelmente alguma elasticidade. Mas esta elasticidade não pode ser ilimitada. É por isso que os PEICL estabelecem um limite máximo de 10 ou 30 anos e a lei portuguesa remete para o prazo comum de prescrição, que é de 20 anos.¹⁵ O facto de a lei brasileira não conter um preceito especial para regular este limite não significa que no direito brasileiro se possa manter a incerteza indefinidamente sem limite temporal.

Se o segurador, recebida a participação do sinistro, nada fizer, se se atardar na regularização lentamente, demorando um tempo sem fim à vista, tem o segurado de aguardar com paciência sem limite de todo o tempo? E se o segurador simplesmente se recusar expressamente a proceder à regularização do seguro? Ou se omitir essa regularização sem nada fazer ou dizer? Como pode o segurado reagir? *Quid juris?*

¹³ Disponível em <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri=CELEX:32005L0014>>, e transposta para o direito português pelo Decreto-Lei n.º 291/2007 de 21 de agosto (v. artigos 36.º a 40.º).

¹⁴ SUSEP — *Superintendência dos Seguros Privados* é uma instituição pública responsável pelo controlo e fiscalização dos mercados de seguro, previdência privada aberta, capitalização e resseguro, criada pelo Decreto-lei, n.º 73, de 21 de novembro de 1966.

¹⁵ Lei do Contrato de Seguro, artigo 121, n.º 2 *in fine* e Código Civil português, artigo 309.º.

No caso em que não haja prazo fixado na lei ou estipulado no contrato, a obrigação de regularizar o sinistro que recai sobre o segurador é uma obrigação pura sujeita a um prazo natural, i.e., a um prazo cuja duração depende da natureza e das circunstâncias da prestação, a determinar caso a caso. Neste caso, o credor-segurado tem o poder de interpelar o devedor-segurador, nos termos do § único do artigo 307.º do Código Civil brasileiro para que, em certo prazo, proceda à regularização e comunique o seu resultado. Assim, o segurado consegue sempre colocar o segurador em mora, quer dizer, em incumprimento, e será a partir desta data que terá início o curso do prazo da prescrição.

Deve, pois, concluir-se que, no direito brasileiro, não havendo preceito de lei ou estipulação no contrato que estabeleçam um prazo para a regularização do sinistro, o segurado pode interpelar o segurador para que proceda à regularização e à comunicação do seu resultado e que o faça dentro dum prazo razoável. Se o segurador não o fizer, pode o segurado considerá-lo em incumprimento (mora) e formular a sua pretensão. Quer a falta da regularização, quer a sua recusa ou o seu atraso excessivo constituem violação do contrato de seguro pelo segurador e dão origem à pretensão na esfera jurídica do segurado. Se o segurador entender que o prazo fixado é exíguo, poderá assim excepcionar na ação que for proposta pelo segurado e o tribunal decidirá. Na sua decisão, o tribunal poderá confirmar o prazo fixado pelo segurado, ou corrigi-lo. Se não houver regularização e a sua comunicação ao segurado no prazo, haverá violação do contrato pelo segurador e o segurado terá, a partir desse momento pretensão contra o segurador. A partir de tal momento terá início o curso do prazo de prescrição previsto no artigo 206.º do Código Civil brasileiro.

VI. Caso diferente é aquele em que o segurado omite a participação do sinistro ao segurador. É muito frequente, principalmente quando o dano é de pequeno valor, que o segurado prefira não participar, de modo a não sofrer agravamento no prémio ou perda ou redução do bónus. A falta de participação do sinistro implica, do ponto de vista do segurador, que este não esteja em condições para regular o sinistro. Como tal, nunca começaria a correr o prazo de prescrição o que implicaria, em última análise, que o segurado pudesse vir a formular uma pretensão sem limite de tempo.

O direito emergente do contrato de seguro para o segurado é disponível, ele não é obrigado a exercê-lo e pode não o querer fazer. Desta disponibilidade poderia resultar para o segurador uma incerteza prejudicial.

Mas não é assim.

O direito dos seguros é milenar e beneficia duma longa experiência. Dessa experiência decorreu a prática de estipular, nos contratos, prazos para a participação. Essa é a normalidade no mercado. Neste caso, as consequências da participação tardia podem estar estipuladas no contrato de seguro, sem prejuízo de a lei poder estabelecer supletivamente sobre tais consequências. O que é mais normal é limitar o mais possível o tempo para a participação. Salvo casos muito especiais, de impossibilidade ou de desconhecimento, não há razão para permitir o atraso na participação. A demora entre o sinistro e a participação vai dificultar e pode mesmo impossibilitar a regularização do sinistro.

No direito brasileiro do contrato de seguro, o segurado deve participar imediatamente o sinistro, sem demora, logo que dele tenha conhecimento «sob pena de perder o direito à indemnização» (artigo 771.º do Código Civil brasileiro). No artigo 39.º da citada Circular no 256 da *SUSEP*, consta que «é vedada a inclusão de cláusula que disponha sobre a fixação de prazo máximo para a comunicação de sinistro».

O direito português consagra uma solução semelhante, mas mais detalhada. Nos artigos 100.º e 101.º da Lei do Contrato de Seguro, admite-se que as partes estipulem, no contrato, um prazo para a participação e, na falta de tal estipulação, é fixado um prazo de oito dias, na prática equivalente à regra brasileira da comunicação imediata. Mas o regime é mais completo e detalhado e admite a redução da quantia a pagar ou mesmo o seu não pagamento.¹⁶

¹⁶ *A Lei do Contrato de Seguro portuguesa estatui nesta matéria:
Artigo 100.º Participação do sinistro*

1 - A verificação do sinistro deve ser comunicada ao segurador pelo tomador do seguro, pelo segurado ou pelo beneficiário, no prazo fixado no contrato ou, na falta deste, nos oito dias imediatos àquele em que tenha conhecimento.

2 - Na participação devem ser explicitadas as circunstâncias da verificação do sinistro, as eventuais causas da sua ocorrência e respetivas consequências.

3 - O tomador do seguro, o segurado ou o beneficiário deve igualmente prestar ao segurador todas as informações relevantes que este solicite relativas ao sinistro e às suas consequências.

Artigo 101.º Falta de participação do sinistro

1 - O contrato pode prever a redução da prestação do segurador atendendo ao dano que o incumprimento dos deveres fixados no artigo anterior lhe cause.

2 - O contrato pode igualmente prever a perda da cobertura se a falta de cumprimento ou o cumprimento incorreto dos deveres enunciados no artigo anterior for doloso e tiver determinado dano significativo para o segurador.

3 - O disposto nos números anteriores não é aplicável quando o segurador tenha tido conhecimento do sinistro por outro meio durante o prazo previsto no n.º 1 do artigo anterior, ou o obrigado prove que não poderia razoavelmente ter procedido à comunicação devida em momento anterior àquele em que o fez.

Em geral, se o contrato criar para o segurado uma verdadeira obrigação de participação e este a violar, será responsável pelos danos que assim causar ao segurador, o que poderá limitar ou mesmo bloquear uma eventual pretensão do segurado contra o segurador por abuso do direito (*venire contra factum proprium*). Pode estar estipulada a caducidade do poder de participar, de tal modo que esgotado esse prazo o segurador deixa de ter a obrigação de receber a participação, de regularizar o sinistro e de pagar. Pode, também estipular o dever de o segurado indemnizar o segurador pelo dano que a demora na participação lhe causar, a compensar com a quantia que o segurador tiver de pagar. A participação está entre a obrigação e o ónus, mas esse tema fica para depois.

VII. A comparação dos regimes do início da prescrição no direito dos seguros português, brasileiro e da *soft law* europeia (*PEICL*) revela alguma coisa e dá pistas para o problema do início da prescrição da responsabilidade civil.

Revela desde logo deficiências na redação das leis. O texto dos *PEICL* é o mais perfeito distinguindo bem os dois tempos, do sinistro e da recusa do pagamento, e fixando a duplicidade dos tempos de início do curso do prazo prescricional. A pretensão prescreve num prazo, mais curto, a contar da recusa do segurador em pagar o que lhe é pedido, prazo que todavia não pode exceder um outro prazo, mais longo, a contar do sinistro. Este não é um segundo prazo de prescrição, mas antes um prazo de limite máximo do verdadeiro prazo prescricional que tem início na data da notificação da recusa do pagamento (total ou parcial).

A redação da lei brasileira tem a qualidade de construir o regime declaradamente sobre a pretensão, mas peca por não estabelecer um limite máximo ao deslizamento possível do prazo prescricional que tem início em data incerta.

A lei portuguesa tem dois defeitos, um geral, no artigo 306.º, consistente em omitir a referência à pretensão, um operador jurídico já abundantemente conhecido e estudado no tempo da redação do Código, embora o que lá tenha ficado seja, ou possa bem ser entendido como sendo, a pretensão. A Lei do Contrato de Seguro, no artigo 121.º, n.º 2, peca por simplismo ao adotar o critério da «data em que o titular teve conhecimento do direito». Parece claro e eficiente,

4 - O disposto nos n.ºs 1 e 2 não é oponível aos lesados em caso de seguro obrigatório de responsabilidade civil, ficando o segurador com direito de regresso contra o incumpridor relativamente às prestações que efetuar, com os limites referidos naqueles números.

mas acaba por dar bem pouco critério de decisão, como se viu já. Além das deficiências já apontadas, este critério é particularmente ineficiente quando se trata do regresso do segurador no caso dos seguros de obrigatórios de responsabilidade civil. É surpreendente este critério quando são conhecidas as dificuldades e divergências na determinação do tempo do início do curso do prazo prescricional no direito dos seguros.

V. Da prescrição no seguro para a prescrição na responsabilidade civil

I. O seguro é um modo de regulação e de ressarcimento de danos que não se confunde com a responsabilidade civil e que lhe é alternativo. Nos casos de responsabilidade civil aquiliana, o lesante pratica um ato ilícito culposos, que causa dano ao lesado; nos casos de responsabilidade civil contratual (melhor se diria negocial), o lesante deixa de cumprir, perfeita, integral e tempestivamente, uma obrigação emergente de negócio jurídico e, com isso, causa dano ao credor. O lesado tem direito a ser indemnizado dos danos que sofreu por causa (nexo de causalidade) do ato ilícito e culposos do lesante.

II. Há quem dualize uma conceção objetiva e outra subjetiva. Na conceção objetiva o prazo prescricional começa o seu curso na data em que o direito pode ser exercido, independentemente do conhecimento que o seu titular tenha de tal situação. Na conceção subjetiva, o prazo não inicia o seu curso antes de o titular ter conhecimento do seu direito e de o poder exercer. A conceção objetiva tutela valores de ordem pública, de certeza e segurança no tráfico jurídico, e ainda o interesse do devedor de ficar seguro de que o direito já não poderá vir a ser exercido. A conceção subjetiva sanciona a inércia do credor mas defende o interesse naquilo em que exclui essa inércia no tempo em que o credor desconhece ainda o direito e a sua concreta exercibilidade.

Esta dualização, em nosso entender, não tem um sentido material, é um exercício qualificativo, dicotómico e formal, que não atende nem à natureza das coisas nem aos interesses subjacentes em causa.

O critério objetivo da data do conjunto factos/dano não tem suporte jurídico-axiológico, porque desconsidera o conhecimento pelo lesado do seu direito e, portanto, não afasta a inércia como fundamento da prescrição. Por isto, é injusto. Esta sua injustiça nem por isso é compensada com a certeza no exercício jurídico. Na verdade, se em muitos casos o facto ilícito e o dano consequente são simultâneos e imediatamente conhecidos, por exemplo, nos acidentes de viação,

em muitos outros assim não sucede, por exemplo, em caso de danos ambientais, informáticos, de reputação ou de saúde, que podem insinuar-se paulatinamente sem que se consiga determinar seguramente em que data aconteceram, e podem até ser de produção permanente, prolongada, com ou sem interrupções. Além de injusto o critério objetivo padece de ineficiências que podem ser graves.

Em boa razão, uma conceção objetiva conduziria a um regime de caducidade, em que o direito se extinguiria *ope legis*, em certo prazo a contar da data do evento ou da exigibilidade, protegendo assim a certeza e segurança no exercício. Os direitos de crédito (assumidos como paradigmas dos direitos prescritíveis), seriam todos temporários por lei. Poderia ser assim, se a lei o estatuisse como tal, mas não é esse o regime. O n.º 1 do artigo 498.º do Código Civil estatui *expressis verbis* que «o direito de indemnização prescreve no prazo de três anos, a contar da data em que o lesado teve conhecimento do direito que lhe compete, embora com desconhecimento da pessoa do responsável e da extensão integral dos danos, sem prejuízo da prescrição ordinária se tiver decorrido o respetivo prazo a contar do facto danoso» e também o n.º 2 do artigo 121.º da Lei do Contrato de Seguro que fixa como início do curso do prazo prescricional «a data em que o titular teve conhecimento do direito». Não pode sustentar-se, pois, uma conceção objetiva em geral.

A conceção subjetiva equaciona o interesse de um modo mais equilibrado. Combina a segurança emergente da função estabilizadora do relacionamento jurídico, própria da prescrição, com a desvalorização axiológico-jurídica da atitude inerte, desinteressada ou displicente do credor. O interesse de estabilização não tem a ver com o interesse objetivo do bem comum, a prescrição limita-se ao círculo restrito do credor e do devedor (e outros interessados diretos). Não há interesses gerais a cuidar. A *polis* não ganha nem perde, não melhora nem piora com a prescrição, a estabilidade, a certeza e a segurança decorrentes da prescrição limitam o seu âmbito à relação privada entre o credor e o devedor. Por outro lado, perante a raridade relativa dos bens, não esquecendo que todos os direitos subjetivos têm por conteúdo o aproveitamento de bens que não são de todos, a atitude displicente do credor é eticamente desvalorizada (o direito é uma disciplina da ética) permitindo-se ao devedor que se oponha, querendo, à pretensão daquele. A invocação da prescrição bloqueia a pretensão do credor.

Mas o critério subjetivo também enfrenta dificuldades de monta. Nem sempre é clara ou é óbvia a identidade do lesante. Pode ser este ou aquele, pode ser uma pluralidade de pessoas, e pode estar localiza-

do em lugar incerto ou de acesso difícil, como sucede frequentemente com multinacionais compostas por uma pluralidade de sociedades e *in-shore* e *off-shore* às quais é difícil imputar a autoria. Também pode ser de prova difícil ou mesmo impossível da data do conhecimento, subjetivo ou normativo, dos pressupostos da responsabilidade civil.

Há incerteza sobre o critério do conhecimento do direito pelo lesado credor. Qual a data do conhecimento da identidade do lesante, devedor da indemnização. Pode haver mais do que um. Pode haver seguro de responsabilidade civil, ou não. Também pode ser duvidosa a data do conhecimento do facto, do dano, do seu valor, do nexo de causalidade. Pode finalmente ser controversa a data do conhecimento da ilicitude e da responsabilidade civil propriamente dita.

VI. O *dies* do facto/dano e o *dies* da rejeição da responsabilidade

I. Um pouco à semelhança do que passa com o seguro, a responsabilidade civil também envolve o problema da pluralidade de momentos possíveis que possam ser tidos como *dies a quo* na contagem do prazo prescricional.

Como se viu atrás, o mecanismo jurídico do seguro permite dois momentos de referência em que possa ser ancorada a atuação do credor e a sua correspondente inércia: o momento do sinistro e o momento da recusa (total ou parcial) do pagamento pelo segurador. E concluímos já, então, que o tempo da pretensão é o da recusa e que, assim sendo, o prazo prescricional deve iniciar o seu curso na data em que a recusa é comunicada pelo devedor segurador ao segurado credor. O tempo do sinistro não é neutro e serve, (expressamente nos PEICL e implicitamente na Lei do Contrato de Seguro) como início do prazo máximo do prazo prescricional.

Será que esta pluralidade de tempos pode ser transportada para o regime da prescrição da obrigação de indemnizar? Vejamos.

Assim como no crédito do segurado sobre o segurador, pode ser equacionada a dualidade do tempo do sinistro e do tempo da recusa da cobertura, também assim pode suceder na prescrição da obrigação de indemnização.

Nos casos de responsabilidade civil por ato ilícito, contratual ou extra-contratual, o lesado, após ter conhecimento do dano que sofreu e da identidade do lesante, consciente do seu direito, reclama a indemnização ao lesante. Este é o modo como as coisas se passam na normalidade.

Pode suceder que o lesante aceite a responsabilidade, e assim sucede com frequência. Pode assumir diretamente a responsabilidade ou

chamar o seu segurador a assumi-la, se esse risco tiver sido segurado. Mas também pode suceder, e também sucede com frequência, que aquele que o lesado considera o lesante e a quem reclama a indenização, com ou sem razão, recuse a responsabilidade. Inicia-se então o litígio e o lesado dirige-se ao tribunal. É neste quadro que se encerra a dualidade de pretensões do lesado contra o lesante: uma pretensão extrajudicial primária seguida duma pretensão judicial secundária, no caso de rejeição da primeira.

A partir de que momento temporal se deve contar a inércia do credor, para efeito de início do curso do prazo prescricional, do primeiro momento ou do segundo?

II. A fixação do primeiro momento como *dies a quo* tem sido o critério usado, com grande incerteza e conflitualidade. O artigo 498.º, n.º 1 do Código Civil, permite que o prazo inicie o seu curso «com desconhecimento da pessoa do responsável e da extensão integral dos danos». A ignorância do valor total do dano não é grave porque a sua liquidação exata pode ser feita no processo. Mas o desconhecimento da identidade do responsável limita seriamente o direito à indemnização e pode mesmo pô-lo em causa. Na relativa simplicidade da vida dos anos sessenta do século passado não havia grandes dificuldades na identificação do responsável, mas nos dias de hoje, por exemplo, em danos causados por multinacionais, a prática defensiva do “stonewalling”¹⁷ pode atrasar durante anos a identificação da pessoa coletiva responsável, fazendo assim esgotar o prazo prescricional, principalmente quando é curto, de um, dois, três ou cinco anos. O critério principal, que está no artigo 306.º do Código Civil fixa o *dies a quo* quando o direito puder ser exercido. Ora ele não pode ser exercido contra ninguém e não é fácil exercê-lo contra desconhecidos. É necessário identificar alguém.¹⁸

¹⁷ Prática usada em grupos multinacionais com multiplicidade de sociedades *off-shore* ou outros “veículos”, que se traduz em ir criando sucessivamente outras sociedades *off-shore*, para as quais se vai transferindo a titularidade das posições jurídicas passivas de tal modo que, quando o credor consegue alcançar uma, essa já não existe, quando consegue alcançar a sucessora, também esta já não existe, e assim sucessivamente. O regime jurídico do artigo 4.º do Código das Sociedades Comerciais permite minimizar este risco, mas não consegue anulá-lo quando não existe em território nacional representação permanente nem quem quer que seja que atue em seu nome ou por sua conta. Este risco é particularmente grave em casos de difamação ou outros danos cometidos na *internet* em *sites* de redes sociais ou até na “dark net”.

¹⁸ A dificuldade é tal que Antunes VARELA, *Das Obrigações em Geral*, II, 627, acaba por ser forçado a admitir que se, ao se aproximar o fim do prazo, «ainda não for conhecida a pessoa do responsável, sem culpa do lesado nessa falta de conhecimento,

Mas também não se pode, não se deve, propor a ação de condenação no pagamento da indemnização contra quem não recusar a responsabilidade. Se, na contestação, o réu aceitar o pedido e o confessar, não tendo dado causa à ação, o autor é condenado em custas. A formulação da pretensão processual (secundária), na ação judicial, pressupõe, pois, a prévia formulação da pretensão extra-processual (primária) e a sua rejeição pela pessoa nela visada.

Com base nestas considerações, somos inclinados a pensar que só após a recusa do lesante o direito pode ser exercido, tendo só então início o curso do prazo prescricional, com o recurso a uma interpretação inteligente, designadamente com o contributo á natureza das coisas, tal como ordena o artigo 9.º do Código Civil.

Este critério permite o deslizamento do *dies ad quem* em função do deslizamento do *dies a quo*. Este deslizamento tem de ter um limite, e daí a parte final do n.º 1 do artigo 498.º que estabelece um limite máximo do deslizamento no prazo ordinário — vinte anos — a contar da data do facto.

Se o lesado não chegar a reclamar a indemnização contra o lesante (ou quem entender que o é), o prazo da prescrição acabará por poder estender-se até aos vinte anos, o que contraria a convicção comum de ser de curta duração a prescrição na responsabilidade civil aquiliana. Tal prazo só é curto a partir da rejeição da responsabilidade por parte do responsável. Após a rejeição, três anos não são tempo excessivo para que o lesado procure e mandate o seu advogado e este obtenha as informações e as provas necessárias à construção da ação judicial. O prazo de 2 anos previsto no n.º 2 do artigo 324.º do Código dos Valores Mobiliários para a responsabilidade do intermediário financeiro por negócio em que haja intervindo nessa qualidade, é manifestamente exíguo para a necessidade de obtenção de dados e de elaboração dos estudos que são normalmente necessários para a construção da ação de responsabilidade civil, com exceção apenas de casos muito limitados de grande simplicidade.

Visto tudo o que ficou escrito, é nossa convicção e parece-nos juridicamente mais adequado e justo que, tal como no seguro, haja dois momentos de referência quanto ao início do prazo prescricional na responsabilidade civil, o tempo de ocorrência do facto/dano e do seu

nada impedirá a aplicabilidade ao caso do disposto no artigo 321.º» do Código Civil, que determina a suspensão da prescrição por impedimento do exercício do direito por força maior ou dolo do obrigado. Ora este impedimento, a ocorrer, significa que, em rigor, o direito ainda não podia ser exercido o que, de acordo com as regras gerais, sempre impediria o início do curso do prazo, nos termos do artigo 306.º.

conhecimento e o tempo em que, perante a exigência formulada pelo lesado, o lesante rejeite a responsabilidade. Não é exatamente o que está na letra da lei, mas o Direito é muito mais do que a letra da lei.

Esta nossa orientação, deve, segundo cremos, ser aceite como a interpretação mais justa e adequada da lei em vigor. Para quem seja mais apegado à letra da lei do que à sua razoabilidade e justiça, deve então esta nossa opinião valer como proposta *de jure condendo*.

RESPONSABILIDADE COMERCIAL — PRIMEIRA QUESTÃO*

PEDRO LEITÃO PAIS DE VASCONCELOS

Um problema de responsabilidade comercial

I. Na responsabilidade comercial pode observar-se que tipicamente quem pratica o ato danoso não é responsável e quem é responsável não pratica o ato danoso.

Esta é uma realidade que pode causar perplexidade, mas que constitui apenas uma das várias diferenças entre a responsabilidade comercial e a responsabilidade civil, traduzindo mais uma das muitas manifestações da autonomia dogmática do Direito Comercial.¹

O Direito Comercial e o Direito Civil são ramos com diferenças de uma profundidade extrema, diferenças estas que resultam da natureza das coisas que, no caso, consiste na natureza do comércio.² A diferença entre o Direito Comercial e o Direito Civil surgiu logo no

* O presente artigo corresponde, com modificações, ao tema que apresentámos nas II Jornadas Luso-Brasileiras de Responsabilidade Civil, que tiveram lugar na Faculdade de Direito de Coimbra em 8 e 9 de novembro de 2018; o presente artigo foi publicado na Revista de Direito Comercial, em <www.revistadedireitocomercial.com>.

¹ São várias as diferenças entre estas duas responsabilidades. Contudo, no presente artigo, pretendemos dar uma pequena e muito breve visão de apenas uma das diferenças entre a responsabilidade civil e a responsabilidade comercial. O nosso fito é, pois, mais de levantar a questão do que de proceder a uma análise profunda da mesma, que deixaremos para outro momento.

² Pedro Pais de VASCONCELOS, “Direito Comercial necessidade e utilidade de uma revista”, *Revista de Direito Comercial* (2017) 1-32, acedido em <<https://www.revistadedireitocomercial.com/direito-comercial-necessidade-e-utilidade-de-uma-revista>>.

séc. II a.C., com o comércio a exigir um Direito especial.³ As especificidades da atividade comercial, da maneira de ser dos comerciantes, de todo o espírito que se vive no comércio eram incompatíveis com o Direito Civil de então. A resposta veio das mãos do Pretor, que concedeu um conjunto de ações que constituem, ainda hoje, o cerne do Direito Comercial por se dirigirem aos problemas mais fundamentais do comércio.⁴

Com o passar dos séculos, em especial, com o último século, o Direito Comercial foi sendo esquecido, ultrapassado pela imponente estrutura dogmática do Direito Civil, muito em razão do movimento pandectístico. Começou-se a olhar o Direito Civil como o motor do sistema jurídico, como o laboratório de onde resultam as inovações que fazem progredir o Direito. O Direito Privado passou a ser o Direito Civil e o Direito Comercial foi desaparecendo, sendo vítima de uma fusão por absorção, chegando-se ao ponto de integrar Códigos Comerciais dentro de Códigos Cíveis.

Esta cultura de esquecimento e apagamento do Direito Comercial foi-se impondo, de tal modo que nas Escolas se passou a ensinar uma espécie de “Direito Civil Aplicado ao Comércio”, que pouca utilidade tem para a vida em sociedade e que falsifica o Direito Comercial, apresentando-se o Direito Comercial mais como um conjunto de pequenos sub-ramos do Direito Civil, do que como um verdadeiro e autónomo ramo do Direito. A cultura do esquecimento e apagamento do Direito Comercial provoca a perda da visão de conjunto, que faz apagar o sistema, sendo que o sistema é o melhor modo de identificar problemas e desenvolver as respetivas soluções. Sem uma visão de sistema, sem uma visão de conjunto, que permita identificar a estrutura de analogias entre as qualidades dos factos comerciais e jus-comerciais, torna-se cada vez mais difícil identificar especificidades em diversas matérias.

³ Apesar de existirem sinais de a data poder ser anterior, fixamos — por enquanto — o nascimento do Direito Comercial no séc. II a.C. pouco tempo após a *Lex Aebutia de Formulis*, com a concessão da *actio exercitoria* e da *actio institoria*. Pietro CERCAMI / Aldo PETRUCCI, *Diritto commerciale romano. Profilo storico*, 3.^a ed., Torino: G. Giappichelli, 2009, 20-35, dividem o Direito Comercial em vários momentos históricos: período pré-empresarial (754 a.C a 242 a.C.), período empresarial (242 a.C. a 235 d. C.) e período pós-empresarial (235 d.C. a 565 d.C.). Tal como resulta da opinião dos Autores (págs. 38 e 39), fixamos o início do Direito Comercial, na concessão de conjunto de *actiones*, a primeira das quais terá sido a *actio exercitoria* — Pedro Leitão Pais de VASCONCELOS, *A preposição — representação comercial*, 2.^a ed., Coimbra: Almedina, 2018, 47.

⁴ Pedro Leitão Pais de VASCONCELOS, *A preposição — representação comercial*, 31-49.

Uma das manifestações desta nova cultura ocorreu na responsabilidade civil,⁵ em especial no que respeita ao obnubilar da responsabilidade comercial.

II. Em Direito Privado, a maior parte dos casos da chamada responsabilidade civil são de Direito Comercial, são de responsabilidade comercial.

Fruto da avassaladora dimensão quantitativa dos atos comerciais, torna-se inevitável que a grande maioria dos casos de responsabilidade civil ocorram no comércio, com especificidades típicas do comércio, que devem ser conhecidas e respeitadas. Assim sucede, quer porque o dano foi causado por um comerciante no exercício do seu comércio, como a um comerciante no exercício do seu comércio, como no âmbito de uma atividade objetivamente comercial, como também no âmbito de um ato objetivamente comercial. A probabilidade de um caso de responsabilidade em matéria de Direito Privado não ser comercial — fora dos campos do Direito da Família e Sucessões e dos Direitos Reais - é extremamente baixa.

Contudo, apesar do esmagador domínio dos casos de responsabilidade comercial, é o Direito Civil que tem vindo a ser aplicado a estes casos. Recorre-se ao regime da responsabilidade civil, ignorando-se a natureza comercial desta responsabilidade, tentando-se fundamentar dentro do Direito Civil os casos de responsabilidade comercial, com as naturais e inerentes dificuldades.

III. Pode afirmar-se que a responsabilidade civil, como a conhecemos hoje, nasceu no Direito Civil, em meados do séc. III. a. C. com a *Lex Aquilia*, num sistema socioeconómico de tipo agrícola-patriarcal,⁶ e foi sendo estudada no âmbito do Direito Civil. Esta precedeu em cerca de um século o nascimento do Direito Comercial em Roma, razão que porventura tem ajudado a que seja estudada e aplicada sem mais ao Direito Comercial, como se não existisse uma responsabilidade comercial. Acima de tudo, a responsabilidade civil nasceu como uma resposta a problemas relativos a danos causados à propriedade, como uma solução para um problema de direitos reais, como um mecanismo de tutela da propriedade privada.

O sistema abrangia duas hipóteses base: uma hipótese principal, de responsabilidade aquiliana, e uma variação construída sobre estes

⁵ Como se pode observar em Maria da Graça TRIGO, *Responsabilidade civil delitual por facto de terceiro*, Coimbra Editora, 2009, 63-65.

⁶ Pietro CERCAMI / Aldo PETRUCCI, *Diritto commerciale romano*, 24.

casos, de responsabilidade noxal.

A responsabilidade aquiliana — fundada na *Lex Aquilia* — preocupava-se originariamente com danos físicos (morte e ferimentos causados ilicitamente por um homem livre ao património de outro homem livre, com dolo ou negligência. A *Lex Aquilia* veio alterar e consolidar um conjunto de regras de responsabilidade civil que vinham já, pelo menos, da Lei das XII Tábuas, pelo que a origem histórica deste sistema de responsabilidade se perde no tempo. Podemos, contudo, afirmar que o sistema aquiliano constitui o mais importante núcleo de responsabilidade, tendo como principal manifestação atual o artigo 483.º do Código Civil.

Este era um sistema de responsabilidade que se baseava em relações diretas entre duas pessoas, no qual uma pessoa livre causava danos ao património de outra pessoa livre. Era essencial que os danos fossem causados pela concreta pessoa livre, caso contrário o regime a aplicar não poderia ser o aquiliano *qua tale*. A natureza da responsabilidade civil de então, como uma modalidade de pena privada, operando uma reparação do dano no âmbito de um sistema punitivo, permite compreender esta qualidade personalíssima da responsabilidade civil.⁷ Por outro lado, a então (séc. III a.C.) inexistência do instituto da representação, com uma inerente proibição de vinculação alheia,⁸ contribui ainda mais para a compreensão desta qualidade.

Se a atuação danosa fosse praticada por um servo, ou por um animal (e, nos primeiros tempos, por um filho de família), a ação era qualificada como noxal.⁹

A responsabilidade civil noxal, era o mecanismo adequado para os casos nos quais os danos eram causados por entes sujeitos a *potestas* do *pater familias* (de certo modo por elementos do seu património) e não pelo próprio, o que permitia uma modalidade de responsabilidade civil delitual por facto de terceiro (no caso dos servos e filhos família).¹⁰

⁷ Maria da Graça TRIGO, *Responsabilidade civil delitual por facto de terceiro*, 39; e Paula Meira LOURENÇO, *A função punitiva da responsabilidade civil*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, 42-57.

⁸ Pedro Leitão Pais de VASCONCELOS, *A preposição — representação comercial*, 14.

⁹ Existindo um caso especial para os animais — *actio de paupérie* — mas com a mesma natureza noxal pelo que, para o presente estudo, as unificamos na sua natureza noxal.

¹⁰ Sobre o tema da responsabilidade civil delitual por facto de terceiro, Maria da Graça TRIGO, *Responsabilidade civil delitual por facto de terceiro*. Esta era uma figura de Direito Civil e não de Direito Comercial, fundando-se exclusivamente no modo de funcionamento da família romana, e que veio a evoluir até ser recebida no

O sistema das ações noxais precedia Roma, observando-se já na Grécia antiga.¹¹ Este sistema de responsabilidade noxal, tal como a responsabilidade aquiliana, traduzia-se num caso de responsabilidade pela propriedade. Mas, acima de tudo, era um sistema de responsabilidade por ato de terceiros, mesmo que esses terceiros não fossem pessoas, ou pessoas livres.

No sistema da responsabilidade noxal, quem era responsável não praticava o ato não se podendo defender que tinha uma verdadeira culpa no que respeita ao dano, não sendo justo responsabilizá-lo ilimitadamente por atos que não praticou.

Colocava-se assim a questão de qual o nível de precaução, de cautela, que era exigível ao responsável. Como o responsável não praticava o ato danoso, a questão era de difícil solução, sendo que a resposta do sistema cedo passou pela limitação da responsabilidade.¹²

A opção de limitação de responsabilidade consistia na possibilidade de o responsável poder optar por, em lugar de proceder à reparação dos danos, através do pagamento de uma indemnização, efetuar uma dação noxal. Esta consistia na entrega do causador do dano (o servo ou animal que haviam causado o dano) como modo de extinguir a responsabilidade. Deste modo, permitia-se ao *pater familias* limitar a responsabilidade noxal ao valor do (servo ou animal) causador do dano, como se fosse um caso de limitação da responsabilidade a parte do património do *pater familias*.¹³

A responsabilidade noxal veio a dar lugar ao artigo 500.º do nosso Código Civil,¹⁴ mas já sem a dação noxal do causador do dano. Contudo, este é ainda um sistema de responsabilidade civil, intimamente ligado à economia da família romana, e às especificidades do estatuto do *pater familias*. É um sistema de responsabilidade pela pro-

artigo 1384.º do Código Napoleão, tendo passado para o artigo 2380.º do Código de Seabra e posteriormente para o artigo 500º apesar de neste caso ter recebido influência do § 278 BGB — António Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, vol. IX, 3.ª ed., Coimbra: Almedina, 2017, 399-401.

¹¹ Inés CALERO SECALL, “Las leyes cretenses y la responsabilidad noxal por los daños causados por animales y esclavos”, *Florentia Iliberritana* 25 (2014) 31-47.

¹² Giuseppe MATTIACCI, *Noxae Deditio and Negligence: Roman and Modern Solutions to Inefficient Monitoring Under Vicarious Liability*, 2018, 3, último acesso em <31/12/2018<https://dspace.library.uu.nl/bitstream/handle/1874/723/c8.pdf;jsessionid=A6B742B2C409297503194620E0A294E8?sequence=16>>.

¹³ David JOHNSTON, “Limiting Liability: Roman Law and the Civil Law Tradition”, *Chicago-Kent Law Review* 70 (1995) 1515-1538, p. 1525, último acesso em 02-01-2019 <<https://scholarship.kentlaw.iit.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2998&context=cklawreview>>.

¹⁴ Pedro Leitão Pais de VASCONCELOS, *A preposição — representação comercial*, 228; e António Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, IX, 384-386.

priedade de coisas, de responsabilidade do dono pelos danos causados por aquilo que lhe está sujeito.

IV. O problema com a responsabilidade comercial que pretendemos abordar resulta de uma das características do comércio.

No mundo civil, o paradigma do sujeito é a pessoa.¹⁵ A pessoa individual, uma a uma. A pessoa que conhecemos e que conseguimos identificar e delimitar. A pessoa é simples, é una, está em apenas um local, pouco evolui, pouco muda, sendo que a mudança ocorre dentro de parâmetros relativamente estritos. Claro que podem ocorrer casos fora do normal, mas este é o caso típico, e é este que é o paradigma, tal como em Roma o paradigma da responsabilidade civil era o *pater familias*.

No comércio, as coisas são muito mais complexas. No comércio o sujeito é a empresa, que é composta por várias pessoas, coisas, atividades, e tudo o mais que a compõe.¹⁶ A empresa está em vários locais ao mesmo tempo, está sempre em constante mudança, tem diferentes configurações e naturezas para diferentes assuntos, podendo estar sujeita a diferentes regimes.

A empresa pertence a um comerciante (ou mais), que é uma pessoa jurídica, mas no comércio quem age é a empresa. A pessoa jurídica é o sujeito no Direito, mas no comércio o sujeito é a empresa.¹⁷

Sucedo, no entanto, que só raramente a empresa age através do comerciante. A regra no comércio, aquilo que é verdadeiramente típico, é que a empresa atue através de representantes. Esta afirmação é verdadeira na quase totalidade dos casos de empresas pertencentes a comerciantes individuais, pois nestes casos são raros os atos praticados pessoalmente pelo comerciante. Mas a amplitude da veracidade desta afirmação explode quando nos referimos às empresas pertença de sociedades. Neste caso, todos os atos, sem exceção, são praticados em representação.

Assim, enquanto na responsabilidade civil, o sistema básico se

¹⁵ Como se pode observar em Mafalda Miranda BARBOSA, *Liberdade vs. Responsabilidade. A precaução como fundamento da imputação delitual?*, Coimbra: Almedina, 2006, 179-196.

¹⁶ Pedro Leitão Pais de VASCONCELOS, *A preposição — representação comercial*, 233; Paulo Olavo CUNHA, *Direito Comercial e do Mercado*, 2.^a ed., Coimbra: Almedina, 2018, 112-120.

¹⁷ Pedro Leitão Pais de VASCONCELOS, *A preposição — representação comercial*, 233; Pedro Pais de VASCONCELOS, *Direito Comercial*, vol. I, Coimbra: Almedina, 2011, 96-100. Propondo a personalização jurídica da empresa, Paulo Olavo CUNHA, *Direito Comercial e do Mercado*, 138.

funda numa pessoa, que atua, causando danos e sendo por eles responsável, na responsabilidade comercial temos uma pessoa (o comerciante) que não atua, nem causa danos, mas é responsável; a par de uma pessoa que atua e causa danos, mas que pode não ser responsável. Este comerciante, contudo, é dono de uma empresa, que tem um representante, que — este sim — atua, e causa danos.

A responsabilidade comercial opera num ambiente de representação comercial.

Aproximação externa vs aproximação interna

Uma das diferenças de fundo entre o Direito Comercial e o Direito Civil é o tipo de aproximação que estes diferentes ramos de Direito fazem aos problemas. O Direito Civil efetua tipicamente uma aproximação interna, enquanto o Direito Comercial recorre tipicamente a uma aproximação externa.

Na aproximação interna, o ponto de vista a partir do qual se aborda o problema incide na causa, partindo do interior do problema para o seu exterior. Já na aproximação externa, o ponto de vista parte das consequências do problema, dos reflexos que se verificam no exterior, para então se dirigir ao seu interior. De certo modo, o Direito Civil recorre tipicamente a uma técnica centrífuga, enquanto o Direito Comercial recorre a uma técnica centrípeta.

No problema que agora nos ocupa, as diferenças são substanciais.

Enquanto a aproximação interna faz incidir o ponto de partida no comerciante, na pessoa jurídica que será responsabilizada, tornando-se o eixo a partir do qual se aferem todos os requisitos da responsabilidade civil, a aproximação externa faz incidir o ponto de vista na atuação em si mesma, não partindo do sujeito, mas antes dos problemas causados pela atuação no mercado.¹⁸

No Direito Civil, operando uma aproximação interna ao problema da responsabilidade civil, o ponto de partida é a pessoa: a pessoa que atua, a pessoa que causa danos, a pessoa que tem culpa, a pessoa que assume o risco, a pessoa que age ilícitamente; em suma, a pessoa que é responsável. Esta centralização na pessoa afeta o raciocínio sobre o problema, focando-se de tal modo nessa concreta pessoa, que tudo o mais fica obscurecido. Assim, na responsabilidade civil aquiliana, o problema surge colocado como o da responsabilidade civil de

¹⁸ Sobre a importância do mercado no Direito Comercial, Paulo Olavo CUNHA, *Direito Comercial e do Mercado*, 23 e s.

uma concreta pessoa pelos danos por si causados a terceiros. Assim o era com a *Lex Aquilia* e ainda hoje o é.

No Direito Comercial, a opção pela aproximação externa transporta o eixo do raciocínio para a atuação e para as suas consequências. Não importa tanto quem atuou no mundo físico, mas antes que atuação ocorreu e o que dela resultou. Esta objetivação que resulta da aproximação externa, com a inerente subalternização do sujeito, permite a fungibilidade de sujeitos, o que constitui um dos traços do comércio e do Direito Comercial. Abordando o problema a partir da atuação, o que verdadeiramente releva num primeiro momento é se essa atuação causou danos a alguém e não se uma pessoa causou danos. Não interessa punir o culpado da injúria pelos danos causados, obrigando-o a repará-los, como se fazia em Roma e ainda hoje está subjacente à mecânica subconsciente da responsabilidade civil.

Em lugar de se procurar saber se uma pessoa causou danos a um terceiro, uma causalidade no sujeito, busca-se a causalidade na atuação. Assim, enquanto no Direito Civil o problema é o da responsabilidade da pessoa (do *cives*), no Direito Comercial o problema é o da responsabilidade da atuação, da atividade. É a atividade em si própria que é responsabilizada pelos danos. Como é da natureza das coisas do comércio, a atividade resulta da atuação de representantes, e estes representam uma empresa, que integra um património quer irá responder pelos danos, sendo que a empresa e o respetivo património pertencem a alguém. É, pois, um problema de atuação comercial, de atuação da empresa.

O problema da responsabilidade comercial que agora nos ocupa é, pois, o da imputação da atividade da empresa, da atuação comercial.

Responsabilidade noxal vs responsabilidade instituída

I. De modo a tentar resolver cabalmente este problema que o comércio causa à responsabilidade civil, o Direito Civil tem vindo a recorrer a disposições especiais, sendo as principais os artigos 500.º e 800.º do Código Civil.

O artigo 500.º do Código Civil, como já referimos, é o herdeiro da responsabilidade noxal, estatuiu-se a responsabilidade do comitente (anteriormente era o *pater familias*) pelos atos do comissário (anteriormente os servos e animais). Já não se permite a dação noxal de quem (ou daquilo que) praticou o ato, assumindo-se que o comissário pode ser pessoalmente responsável (quando anteriormente não o seria). Mas, apesar destas diferenças, a base do sistema é a mesma — responsabilidade

de de uma pessoa por danos causados por quem está sujeito à sua direção — e esta base não pode ser esquecida. O artigo 500.º do Código Civil é um caso de responsabilidade civil noxal.

Já o artigo 800.º apresenta uma natureza diferente. O artigo 800.º do Código Civil é uma disposição cuja natureza original é de Direito Comercial, mas que com o passar dos séculos evoluiu também como figura geral de Direito Privado, ficando a constar do Código Civil. Contudo, esta disposição é — hoje — de Direito Civil, sendo aqui que reside o problema.

Os artigos 500.º e 800.º do Código Civil procuram resolver problemas causados pela evolução do Direito Civil ao longo da história. A falta de estudo desta questão, ou o seu errado estudo e compreensão, que são facilmente identificáveis nas opções que viram na responsabilidade pela culpa a única modalidade verdadeiramente aceitável de responsabilidade, conduziram a profundas — e inúteis — dificuldades nesta matéria. A defesa da culpa como (principal, e quase exclusivo) fundamento da responsabilidade pode ser aceitável no Direito Civil, porquanto o Direito Civil não está estruturado para operar representativamente. Pode haver representação no Direito Civil, mas esta — em especial a chamada representação voluntária — é sempre vista com desconfiança, como algo de perigoso e a evitar, defendendo-se tanto quanto possível o representado face a atuações indevidas por parte do representante. Neste universo jus-civil, que ainda é extremamente pessoal, a pessoalidade facilita o juízo de culpa pessoal.

A pessoalidade da atuação é uma das qualidades típicas do ato jus-civil, razão pela qual as atuações não pessoais são naturalmente problemáticas. Problema este que se procura resolver através dos artigos 500.º e 800.º do Código Civil, mas, especialmente no que respeita ao artigo 500.º, com inerentes dificuldades.

O artigo 500.º do Código Civil tem um problema estrutural interno. Um regime criado para regular a responsabilidade por danos causados por bens, de danos causados pela propriedade — responsabilidade noxal — não é facilmente compatível com as atuais interpretações do artigo 500.º do Código Civil, que dirigem o fundamento para o exercício de funções.¹⁹ O recurso à responsabilidade noxal, que assume que quem (ou aquilo) que causou o dano não tem liberdade, nem personalidade, nem património, para tentar regular a responsabilidade de “comissários” é uma má opção. Os “comissários” de agora nada têm que ver com os de então. Agora, os “comissários” são livres,

¹⁹ Veja-se, a propósito destas interpretações, Mafalda Miranda BARBOSA, *Lições de responsabilidade civil*, Cascais: Principia, 2017, 429-440.

têm personalidade jurídica e património próprio. Acima de tudo, os atuais “comissários” têm liberdade o, que causa enormes dificuldades de interpretação e integração do artigo 500.º do Código Civil. Defende-se hoje que o artigo 500.º do Código Civil “implica liberdade de escolha pelo comitente e se caracteriza pela subordinação do comissário ao comitente, que tem o poder de direcção, ou seja, de dar ordens ou instruções”.²⁰ Contudo, a responsabilidade noxal não foi criada para níveis tão baixos de “subordinação do comissário ao comitente”, nem um tão ligeiro “poder de direcção, ou seja, de dar ordens ou instruções”. O artigo 500.º não está estruturalmente preparado para tanta liberdade, pois não foi desenhado para a responsabilidade de comitentes relativamente a atos de comissários. Foi criado como uma modalidade de responsabilidade do dono, do proprietário, por danos causados pelo seu património. Como é natural, o sistema funciona com enormes dificuldades, sendo que as diferenças do artigo 500.º face ao regime do artigo 800.º podem ser vistas como causando um verdadeiro *enigma*.²¹

Já no que respeita ao artigo 800.º do Código Civil, este constitui uma absorção pelo Direito Civil de uma figura de Direito Comercial. Neste caso, a figura juscomercial foi criada precisamente para este fim, pelo que as dificuldades de aplicação são muito menores. Não só pela adequação estrutural da própria figura, que é aplicável fundamentalmente ao mesmo tipo de casos, como pelo facto de se poder aproveitar todo um acervo histórico de conhecimento sobre a figura, ao que acresce que, mesmo na sua versão original (comercial), a figura admitia a aplicação a alguns casos civis (que eram análogos aos comerciais).

Contudo, importa ter em consideração que o regime que está na origem do artigo 800.º do Código Civil é profundamente comercial e não civil, estando preparado para um ambiente típico do comércio, mas que não tem já essa tipicidade no que respeita ao ambiente civil. Sem prejuízo, quando ocorram casos de Direito Civil que sejam análogos aos casos que ocorrem em ambiente jus-comercial, a aplicação do artigo 800.º do Código Civil não causa especiais dificuldades.

O regime na base do artigo 800.º do Código Civil difere substancialmente daquele do artigo 500.º do Código Civil, desde a sua

²⁰ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 02-03-2006 [Relator: Conselheiro Oliveira Barros], *in* <www.dgsi.pt>.

²¹ Manuel Carneiro da FRADA, “A responsabilidade objetiva por facto de outrem face à distinção entre responsabilidade obrigacional e aquiliana”, *in* *Direito e Justiça*, 2.º dos Volumes Comemorativos dos 30 anos da Universidade Católica Portuguesa e dos 20 anos do seu Curso de Direito, 297-311, p. 304.

origem.²² O regime na base do atual artigo 800.º do Código Civil não era um regime de responsabilidade do dono da propriedade, mas sim do dono do negócio. Por outro lado, ainda por comparação com a origem do artigo 500.º do Código Civil, importa considerar que apesar de o regime na origem do artigo 800.º do Código Civil ser também aplicável a servos (e a filhos família), assumia-os já com um determinado nível de liberdade, e frequentemente com património (não sendo aplicável a animais) o que é muito mais compatível com o nível de liberdade das pessoas a quem hoje é aplicado.

Assim, o grau de semelhança entre as qualidades dos sujeitos na origem da figura e no seu momento atual permite uma aplicação da figura no presente campo jus-civil sem problemas de maior.

II. No entanto, não se pode olvidar que o artigo 500.º e o artigo 800.º do Código Civil não são de aplicação direta em matéria de responsabilidade comercial.

Segundo resulta do artigo 3.º do Código Comercial, o Direito Civil apenas pode ser aplicado depois de se recorrer às leis comerciais, ao espírito do comércio e à analogia com outros casos comerciais. Só na falta destes modos de integrar o regime comercial da responsabilidade, é que será admissível recorrer à responsabilidade civil, nomeadamente aos artigos 500.º e 800.º do Código Civil.

O recurso *ab initio* aos artigos 500.º e 800.º do Código Civil, aplicando-as a casos jus-comerciais sem procurar seguir o regime do artigo 3.º do Código Comercial — como entre nós tem vindo a ocorrer -, deve ser qualificada como um erro de interpretação e integração jurídica.

Quando se seja confrontado com um caso de responsabilidade no âmbito do Direito Comercial, deve começar por se recorrer à legislação comercial e ao espírito do Direito Comercial, aplicando-se outros casos de responsabilidade comercial por analogia. Caso tal não seja suficiente, poder-se-á então recorrer aos artigos 500.º e 800.º do Código Civil, mas por analogia.²³

III. Como referimos já, verifica-se atualmente uma profunda falta de conhecimento de Direito Comercial, decorrente de uma forte

²² E ainda hoje diferem, como é identificado por Mafalda Miranda BARBOSA, *Lições de responsabilidade civil*, 438-439.

²³ Sobre esta abordagem analógica ao real, numa perspetiva que, no essencial, seguimos, e que entendemos ser inevitável no Direito, Gonzalo RODRIGUEZ PEREYRA, *Resemblance nominalism. A solution to the Problem of Universals*, Oxford: Clarendon, 2002, *passim*.

aposta da investigação científica no Direito Civil. Contudo, como é referido por Maria da Graça Trigo *não “obstante a menor atenção dada à matéria, o Código Comercial de 1888 contém um significativo regime de responsabilidade por facto de outrem...”*²⁴ A Autora refere-se ao regime do artigo 492.º do Código Comercial, sobre a responsabilidade do armador e também (a final) ao regime do artigo 377.º do Código Comercial aplicável ao contrato de transporte.

A questão é mais profunda.

O artigo 492.º e o artigo 377.º referidos por Maria da Graça Trigo constituem casos de responsabilidade institoria, que tem o seu núcleo principal nos artigos 248.º e seguintes do Código Comercial. Basta aliás atentar que são sempre referidos casos de responsabilidade de um *institor, exercitor, magister*, ou uma miríade de outras figuras próximas, para de imediato se concluir que estes são todos casos que envolvem prepostos. Acima de tudo, são todos casos que envolvem representantes comerciais, quer sejam prepostos, procuradores, ou outros auxiliares representativos.

O comércio faz-se em representação, pelo que a responsabilidade comercial é representativa — uma responsabilidade institoria.

É ainda necessário atentar que o instituto da representação teve origem na *actio exercitoria* e na *actio institoria*,²⁵ sendo que o modo como estas duas *actiones* foram construídas se fundou numa modalidade de responsabilidade solidária do comerciante pelos atos do seu representante. Num universo no qual a ação ocupava o eixo do Direito, a responsabilização solidária do comerciante pelos atos dos seus prepostos fez nascer a representação. A primeira figura de representação nasceu no Direito Comercial (e fez nascer o Direito Comercial), tendo sido construída como uma responsabilidade solidária, pelo que a responsabilidade solidária e a representação estão intimamente ligadas.

A abordagem efetuada pelo Pretor no séc. II. a.C. não passou por tutelar os terceiros que contratavam com os auxiliares (servos e filhos família e, mais tarde, pessoas livres) de comerciantes através do recurso nem a uma responsabilidade contratual, nem a uma responsabilidade delitual de Direito Civil. Antes, passou por fundar a responsabilidade do comerciante pelos atos dos seus auxiliares na confiança depositada pelos terceiros na representação do comerciante, que ocorria natural-

²⁴ Maria da Graça TRIGO, *Responsabilidade civil delitual por facto de terceiro*, 85-86.

²⁵ Pedro Leitão Pais de VASCONCELOS, *A preposição — representação comercial*, 47.

mente nas atuações em mercado comercial.

O que o Pretor fez foi recorrer à tutela da confiança para *colmatar* uma lacuna²⁶ no *ius civile* no que respeitava ao regime da atuação de terceiros, tanto ao nível dos negócios jurídicos como dos atos não negociais, quebrando a barreira da limitação da responsabilidade que anteriormente vigorava e, assim, dando origem ao Direito Comercial. A concessão da *actio exercitoria* e da *actio insitoria* terá sido, porventura, um dos primeiros (senão, o primeiro) caso de responsabilidade pela confiança. A aceitar-se esta posição, poder-se-á afirmar que no Direito Comercial a responsabilidade pela confiança não terá surgido como uma “terceira via” da responsabilidade, mas antes como uma “primeira via”. O reconhecimento da responsabilidade civil pela confiança surge então como uma “terceira via”, mas no Direito Civil, porquanto constitui (mais) uma importação pelo Direito Civil de uma figura que é — na sua essência - tipicamente comercial.²⁷

Note-se que é a proteção da confiança e não a proteção das expectativas que está subjacente aos mecanismos institórios, tanto na representação institória como na responsabilidade institória.²⁸ O comércio exige um grau de celeridade que é dificilmente compatível

²⁶ Sobre esta função *colmadora* da confiança, Manuel Carneiro da FRADA, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Coimbra: Almedina, 2004, 74.

²⁷ Note-se a tipicidade socio-jus-comercial (e correspondente atipicidade socio-jus-civil) dos exemplos em Manuel Carneiro da FRADA, *Teoria da Confiança*, nos casos da responsabilidade de consultores e peritos (págs. 125 a 159) e da responsabilidade por informações(págs.159 a 180) que em regra apenas ocorre no comércio; da responsabilidade pelo prospeto (págs. 180 a 192) que é exclusivamente comercial); da responsabilidade por mensagens publicitárias (págs. 192 a 2016) que é quase exclusivamente comercial; da responsabilidade em cartas de conforto(págs. 527 a 544), que são quase exclusivamente comerciais; da responsabilidade em negócios de confiança (págs. 554 a 559) que são maioritariamente comerciais, para não dizer que o são quase exclusivamente.

²⁸ Concordamos integralmente com Manuel Carneiro da FRADA, *Teoria da Confiança, passim*, em especial págs. 345 a 351, não só quando afirma que é a confiança e não a tutela das expectativas que deve operar como critério fundamentador da responsabilidade nesta terceira via, como quando firma que a defesa da tutela das expectativas que causa dificuldades ao recurso à confiança como critério de responsabilidade civil. Afirmamos nós, em complemento, que estas duas abordagens - tutela das expectativas e tutela da confiança — correspondem na essência nuclear das suas estruturas, a duas diferentes culturas jurídicas, uma de Direito Civil (tutela das expectativas) e uma de Direito Comercial (tutela da confiança), o que se manifesta na diferença de equilíbrios entre subjetivismo (tipicamente mais jus-civil) e objetivismo (tipicamente mais jus-comercial). Esta diferenciação é tão mais manifesta, quando mais afastados estiverem os polos civil e comercial, pelo que será mais clara num ambiente comercial de B2B do que num ambiente comercial de B2C.

com mecanismos de tutela das expectativas de cariz subjetivista. O juízo sobre as expectativas é complexo e demorado demais para ser verdadeiramente eficiente em mercado, causando uma desaceleração antieconómica. Já a proteção da confiança, em particular da confiança através de uma aproximação externa ao problema, com a sua inerente objetivação e generalização da questão, é não só muito mais compatível com o comércio, como beneficia da experiência de mais de dois mil anos. Claro está que a proteção da confiança carece de limites e de uma regulação própria, dos quais se possa concluir pela relevância da confiança, não só no que respeita à razão de ser histórica do regime, mas também no que respeita ao regime em si próprio. Estes limites estão estabelecidos, por exemplo, no que respeita ao ónus da prova do comerciante quanto à má fé subjetiva psicológica do terceiro à data do ato no que respeita às limitações do poder de representação e encontrando-se também na dualidade de regimes conforme a preposição se encontre, ou não, registada.

A questão da responsabilidade por atos de prepostos e outros auxiliares, da relação entre a responsabilidade e a representação institoria, não é nova,²⁹ e apenas o abandono a que o estudo do Direito Comercial tem sido deixado a pode explicar. Já em 1698 Johannes Voet afirmava que “*o institor obriga o preponente nos contratos e nos delitos*”.³⁰ E um ano antes, em 1667, também Domat afirmava:³¹

Aqueles que têm navios mercantes, para quaisquer comércios, aqueles que para quaisquer tráficos têm lojas, boutiques, ou escritórios abertos, os Banqueiros, e em geral todos os que para os seus comércios sobre a terra, ou sobre o mar, se servem de Comissários, Agentes, e outros prepostos, são representados no que respeita aos seus comércios, por aqueles que comissionam, de tal modo que o facto destes prepostos é o seu próprio. Portanto, eles são obrigados a ratificar o que tiver sido tratado com os seus Comissários. Portanto,

²⁹ Manuel Carneiro da FRADA, *Teoria da Confiança*, 52 e s. (nota 41) fazia já esta ligação, no que respeita ao artigo 259.º do Código Comercial (pág. 60), afirmando a propósito desta questão (abrangendo ainda outras questões próximas) que “convém que o futuro clarifique todo o problema”.

³⁰ Johannes VOET, *Commentarius ad Pandectas*, tomo 1, Cologny, 1778, 565 (comentando a *actio institoria*) — a data da edição original é 1698 — cfr. pág. *admonitio*. Nesta matéria é interessante que, apesar de o assunto não ser autonomizado como Direito Comercial, era então conhecida a relação entre a representação e a responsabilidade no comércio. Também, David JOHNSTON, “Limiting Liability: Roman Law and the Civil Law Tradition”, *Chicago-Kent Law Review* 70 (1995) 1515-1538, p. 1527-1528, último acesso em 02-01-2019 <<https://scholarship.kentlaw.iit.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2998&context=cklawreview>>.

³¹ DOMAT, *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, tomo 1, 2.ª ed., Paris, 1697, 476.

eles respondem pelo facto, pelo dolo, e pelos enganos das pessoas que eles tenham posto.

Nos finais do séc. XVII, a ligação entre a representação e a responsabilidade comercial era perfeitamente conhecida e reconhecida. O mesmo sucedeu na passagem do sec. XVII para o séc. XIX, por altura do debate sobre o projeto do *Code Civil*. Como é referido por Maria da Graça Trigo³² e mais claramente por David Johnston,³³ o problema surgiu face à divergência de soluções entre casos de Direito Civil (pais, instrutores e artesãos) e casos de Direito Comercial (mestres e comitentes) face à admissão ou negação da possibilidade de se defenderem invocando impossibilidade de evitar o dano praticado pelo agente. A questão de fundo prendia-se com o diferente fundamento da responsabilidade: a culpa (no Direito Civil), ou *ubi commoda, ibi incommoda* (Direito Comercial).³⁴

Nesta matéria, tal como em outras, o problema é agravado (ou, mesmo, causado) pelo não reconhecimento de autonomia dogmática, tanto no que respeita ao ataque que a autonomia dogmática do Direito Comercial tem vindo a sofrer, como no que respeita ao desconhecimento da autonomia dogmática da doutrina da confiança.³⁵

IV. Como vimos, a principal modalidade de responsabilidade civil é a aquiliana, que abrange também uma variação noxal.

Já no que respeita ao Direito Comercial, o principal caso de responsabilidade comercial é o institório, que não carece de variação noxal, porquanto esta é uma responsabilidade construída em sistema de representação e para a representação. Para efeitos de responsabilidade comercial, não se coloca a questão de saber se o agente é ou não o responsável, pelo que o recurso aos artigos 500.º e 800.º do Código Civil não faz, em regra, qualquer sentido.

Esta é a diferença fundamental entre a responsabilidade civil e

³² Maria da Graça TRIGO, *Responsabilidade civil delitual por facto de terceiro*, 46-52.

³³ David JOHNSTON, “Limiting Liability”, 1527-1533.

³⁴ De notar que uma das primeiras, senão a primeira manifestação do princípio *ubi commoda, ibi incommoda* é a preposição, que antecedeu a formulação deste princípio em cerca de 400 anos D.50,17,10 — *Paulus libro tertio ad Sabinum* — *Secundum naturam est commoda cuiusque rei eum sequi, quem sequentur incommoda* (É da natureza que aquele que goze os benefícios [comodidades] de algo, pague os inerentes custos [incomodidades]). Sendo a autoria atribuída a Paulus (*Julius Paulus Prudentissimus*), que viveu nos séculos II e III, mas sendo os seus escritos fundamentalmente do início do século III, a regra *ubi commoda, ibi incommoda* será posterior a *actio institoria* em cerca de 400 anos.

³⁵ No mesmo sentido, mas apenas no que respeita à doutrina da confiança, Manuel Carneiro da FRADA, *Teoria da Confiança*, 350.

a comercial: a primeira é aquiliana (com variação noxal), enquanto a segunda é institória. Esta é também a razão de ser da facilidade da aplicação do artigo 800.º do Código Civil em matérias comerciais. O artigo 800.º do Código Civil é um caso jus-civil de responsabilidade institória, que nasceu da importação pelo Direito Civil da responsabilidade comercial, tal como o regime da representação voluntária nasceu da importação pelo Direito Civil da representação institória,³⁶ e o mesmo sucedendo com diversos outros institutos que são hoje pacificamente considerados como sendo de Direito Civil quando tiveram origem no Direito Comercial e só podem ser devidamente compreendidos tendo esta verdade em consideração.

Também por esta razão, é relativamente comum a aplicação do artigo 800.º em matérias nas quais a responsabilidade em causa decorre de um ato comercial. Como o artigo 800.º do Código Civil tem natureza institória, está relativamente próximo da natureza das coisas do comércio, sendo adequado a regular questões de responsabilidade comercial. Não se deve, contudo, confundir adequação com correção.

A facilidade da aplicação do artigo 800.º do Código Civil em matéria comercial não constitui fundamento para não respeitar o artigo 3.º do Código Comercial. O regime da responsabilidade de terceiros em matéria comercial não é o do Código Civil é o do Código Comercial.

Responsabilidade comercial

I. A responsabilidade comercial opera representativamente, pois todo o comércio é representativo. Por esta razão, foi-se desenvolvendo um regime destinado a resolver o problema da responsabilidade por danos no comércio, que apesar de ter naturais pontos de contacto com a responsabilidade civil, difere desta.

Abordando a questão a partir da atividade exercida, através de uma aproximação externa, o problema deixa de consistir em procurar saber quem é responsável pelos danos, mas antes saber a quem se imputa a atuação.

Como referimos, no comércio toda a atuação é representativa, e toda a atuação é imputada representativamente. É indiferente se a atuação se traduziu na celebração de um contrato, na outorga de um negócio unilateral, ou na prática de um ato não negocial. Tudo, sem

³⁶ Pedro Leitão Pais de Vasconcelos, *A preposição — representação comercial*, 229-233.

exceção, opera representativamente no comércio, e quase tudo (com raras exceções) opera representativamente em Direito comercial.

O principal problema na responsabilidade comercial consiste na imputação. Não se quer dizer que na responsabilidade civil não exista um problema de imputação, mas apenas que nesta, o problema é secundário. No Direito Civil, o paradigma consiste na atuação pessoal, sem representação. Como tal, no caso base, o ato é imputado ao próprio agente, o que é de tal modo intuitivo, que em regra não é sequer identificado como um problema. No Direito Civil, a imputação apenas constitui uma questão quando se conclui que o eventual responsável poderá ser outrem que não o agente. Assim, na responsabilidade civil, a imputação é um problema secundário.

No Direito Comercial o problema da imputação, deixa de ser uma questão secundária, para passar a ser um dos principais problemas de todo o Direito Comercial. A imputação é uma questão que carece de análise em toda e qualquer questão jus-comercial, tanto na celebração de um contrato, como na prática de um ato danoso.

II. Operando uma aproximação externa ao problema da responsabilidade comercial, fazendo partir a análise da atuação, importa ter em consideração que a atuação, integrando-se na atividade empresarial, pode incluir atos jurídicos danosos. É a atividade, como um conjunto, abrangendo todos os atos funcionalmente ordenados à empresa,³⁷ que é imputada ao comerciante. Na atuação que é imputada está incluído o ato danoso, com as respetivas qualidades, nomeadamente a culpa e ilicitude (se for o caso).

Na responsabilidade comercial, não faz em regra sentido aplicar artigos como o artigo 500.º ou o artigo 800.º do Código Civil, porque na responsabilidade comercial não há tipicamente responsabilidade civil por atos de terceiros.

Se um comerciante recorre a uma outra pessoa para exercer a sua atividade, tanto de modo constante, como pontualmente, o ato é-lhe imputado. O ato (aliás, a atividade), não é do representado, mas do representante. Assim, quem pratica o ato danoso — após a operação lógico-jurídico-comercial de imputação representativa — é sempre o comerciante e nunca um terceiro.

O ato do trabalhador do comerciante é do comerciante; o ato do administrador do comerciante é do comerciante; o ato do comissário do comerciante é do comerciante; o ato de mandatário do comerciante é do comerciante. Só assim não ocorre quando o caso escapa ao

³⁷ Pedro Leitão Pais de VASCONCELOS, *A preposição — representação comercial*, 58-64.

regime de representação comercial (situações nas quais poderá eventualmente ocorrer um caso de responsabilidade por ato de terceiro). Nos demais casos, a responsabilidade não é de terceiro, porquanto após a imputação representativa o ato passa a ser do próprio. Poderá, eventualmente, ser de ambos, nos casos em que a representação comercial implica a imputação do ato tanto ao representado como ao representante.

Como é natural, esta abordagem ao problema, não é compatível com uma visão da responsabilidade como um caso de pena privada. Contudo, no Direito Comercial o problema nunca foi de pena privada. Foi sempre de proteção do mercado através da imputação de todos os atos dos representantes ao comerciante, o que inclui os atos danosos.

A atuação em mercado exige níveis de confiança muito altos, de tal modo altos, que a confiança é inconsciente, sendo que esta confiança incide sobre diversos elementos, dos quais sobressaem dois (para o que agora nos interessa).

A confiança da unidade entre marca e comerciante, que conduz a uma confiança na delimitação da empresa do comerciante através do âmbito da marca por este usada (registada, ou não). Face a esta confiança, no mercado os terceiros não negociam com o comerciante, nem com a sua empresa, o seu estabelecimento, os seus trabalhadores ou outros auxiliares. Os terceiros negociam com a marca. É a marca que é identificada e que é individualizada, e é com a marca que contratam. Compram a esta ou àquela marca. Vão à loja desta ou daquela marca. Visitam este ou aquele *site*, operando a morada do *site* como uma marca. O próprio comerciante, o seu próprio nome, a sua firma, podem ser a marca. Mas é a marca que centraliza a empresa, que inclui o estabelecimento, e que pertence ao comerciante. Já tivemos oportunidade de nos debruçar sobre esta questão, pelo que não a aprofundamos mais.³⁸

A marca permite o anonimato ou, melhor, a fungibilidade dos agentes no mercado. A infungibilidade subjetiva no mercado é causa de dificuldades, de tal modo que, como regra, o comércio opera fundamentalmente através do anonimato, que permite a fungibilidade. Não um anonimato ativo, no qual as pessoas pretendem esconder-se, mas um anonimato passivo, no qual as pessoas não querem saber quem são as outras. Apenas pretendem saber se podem com elas contratar para adquirir o bem pretendido. Contudo, este conhecimento

³⁸ Pedro Leitão Pais de Vasconcelos, *A preposição — representação comercial*, 164-165 e 179-182.

não opera através de níveis de certeza, mas sim através de níveis de confiança. A confiança de que, quem age por uma marca no mercado vincula essa marca. Dito de outro modo, que quem atua por conta de um comerciante o vincula. Esta é, também, uma confiança inconsciente. No mercado, quase ninguém pede a confirmação dos poderes de quem age, nem tal seria prático. Mesmo nos negócios mais complexos, nos quais se pede essa confirmação com maior frequência, não se pede amiúde a sua confirmação ao longo do tempo. Confia-se quem tinha poderes no início da negociação, os manteve durante toda a negociação.

Sem confiança, não há comércio, nem há mercado, em especial no que respeita à confiança na imputação jurídica ao comerciante dos atos praticados por auxiliares, quer estes atos sejam contratos, negócios unilaterais ou atos não negociais. É esta confiança que o Direito Comercial protege, através de um sistema de tutela positiva da confiança,³⁹ que permite ao mercado operar nestas matérias, sem problemas de maior, desde o séc. II a.C.⁴⁰

A confiança em que a representação por parte dos auxiliares, que é aparente, é também devidamente fundada e que, como tal, os atos vinculam o comercial — a confiança na representação -, é tutelada através do regime da preposição, através da representação institória.⁴¹

III. Em Direito Comercial, o regime de responsabilidade inclui mais um momento lógico ou requisito, por comparação à responsabilidade civil. Este é um momento de imputação, que consiste em verificar se há, ou não, lugar a imputação representativa (com base em qualquer regime de representação comercial) do ato danoso ao comerciante. Se houver lugar a esta imputação representativa, o ato danoso passa a ser do comerciante, e não do agente. Como tal, nestes casos, no mundo real, o ato danoso foi do agente, enquanto no mundo jurídico o ato danoso foi do comerciante. Sendo o ato danoso do comerciante, a responsabilidade não é por ato de terceiro, mas por ato próprio.

Importa ainda observar a diferença fundamental no que respeita ao objeto da imputação nesta matéria, entre o que ocorre na res-

³⁹ Sobre a tutela positiva da confiança, Manuel Carneiro da FRADA, *Teoria da Confiança*, 41 s., obra que — aliás - seguimos de perto.

⁴⁰ Os únicos problemas nesta matéria ocorrem quando se pretende aplicar Direito Civil que é manifestamente inadequado para as questões de representação comercial.

⁴¹ Pedro Leitão Pais de VASCONCELOS, *A preposição — representação comercial*, 209-219.

ponsabilidade civil e comercial. No artigo 500.º do Código Civil, há que aferir da responsabilidade do “comissário”, para então imputar a responsabilidade ao dono do negócio. São casos de imputação de responsabilidade, nos quais o objeto da imputação não é o ato danoso, mas antes a responsabilidade civil pelo ato danoso de outrem.

No artigo 800.º do Código Civil, por sua vez, é já o ato danoso que é imputado, e não a responsabilidade civil. Esta diferença resulta da origem deste mecanismo que se funda na responsabilidade comercial, como tivemos já oportunidade de analisar.⁴²

Na responsabilidade comercial, a imputação não incide sobre a responsabilidade, mas sobre o ato danoso em si mesmo. É o ato que é imputado ao comerciante, e que passa a ser dele ou, como diz Carneiro da Frada, “projecta-se» o comportamento do auxiliar na pessoa do devedor, isto é, este será responsável logo que a actuação dos auxiliares, «pensada» na pessoa do devedor, preencha uma previsão de responsabilidade”.⁴³

Não se trata, portanto, de um caso de responsabilidade por um ato “como se fosse” praticado pelo comerciante, mas de um ato juridicamente praticado por um comerciante, tendo sido comercialmente praticado pela empresa do comerciante. Contudo, é mais do que uma mera transferência jurídica do ato (embora também o seja) pois é da natureza do comércio que este ato tenha sido praticado pela empresa; não importa por quem foi subjetivamente praticado, mas apenas que o foi pela empresa. É desta realidade subjacente ao Direito que resulta a imputação jurídica ao comerciante, que constitui o seu suporte no mundo real. Efetivamente, no mundo real, no mundo do comércio, o ato foi praticado por dois entes: por uma determinada pessoa e por uma determinada empresa. Esta *projeção* do ato na empresa não é puramente jurídica, porquanto ocorre já — as mais das vezes — logo no mundo real, no comércio.⁴⁴ Uma vez que no comércio este ato

⁴² Pedro Leitão Pais de Vasconcelos, *A preposição — representação comercial*, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2018, 229-234.

⁴³ Manuel Carneiro da Frada, “Contrato e deveres de protecção”, separata do *Boletim da Faculdade de Direito* 38 (1994) 209.

⁴⁴ Concordamos com Manuel Carneiro da Frada, “Contrato e deveres de protecção”, 210, quando chama a esta técnica usada no artigo 800.º do Código Civil uma “*ficção*”; efetivamente, no caso do artigo 800.º do Código Civil não há o mesmo suporte real que ocorre na responsabilidade comercial, porquanto não é possível ter um mesmo grau de certeza sobre a imputação do ato à empresa. Esta é uma característica típica no Direito Comercial, mas que no Direito Civil é atípico. Esta constitui, aliás, uma das dificuldades de explicar o regime do artigo 800.º do Código Civil, quando se omite do estudo o Direito Comercial.

é imputado à empresa, no Direito Comercial este ato é imputado à pessoa jurídica associada à empresa: o comerciante.

Não se trata, também, de um caso de culpa na escolha ou na direção de um terceiro, pois é uma responsabilidade por ato próprio. A questão não é colocada como de responsabilidade na escolha ou na fiscalização, pelo que nenhuma relevância há — para este fim - em invocar que se escolheu bem, ou que sempre se fiscalizou adequadamente. Esta é uma questão de centralização dos atos da empresa na pessoa do seu titular.

IV. Esta questão pode causar algumas perplexidades. Tratando-se de uma matéria de responsabilidade civil (ou comercial) associado a uma questão de confiança, poder-se-ia ser levado a pensar que se estaria perante um caso e tutela negativa da confiança. Contudo, o sistema da responsabilidade comercial opera de um modo fora do comum, por estar estritamente ligado à confiança e aparência. Conforme afirma Carneiro da Frada, ao pronunciar-se sobre a chamada “responsabilidade pela aparência jurídica”, esta é “dotada de uma certa unidade dentro do universo da proteção da confiança, esta não opera através da imposição de uma obrigação de indemnizar, pois coloca antes o confiante na posição jurídica correspondente às expectativas que alimentou”.⁴⁵

Apesar de concordarmos que, regra geral, se deve privilegiar uma tutela negativa (indemnizatória),⁴⁶ neste caso não se trata de tutela negativa da confiança, porquanto não se atribui ao confiante um direito a receber uma indemnização pelos danos sofridos pela quebra da sua confiança.⁴⁷ Aliás, nesta matéria, só muito dificilmente se poderia admitir um regime geral de tutela negativa da confiança, que operasse como princípio geral em todos os casos de representação comercial, sem que tal implicasse um gravíssimo prejuízo para o comércio. A ser assim, todo o comércio colapsaria, porquanto não seria mais possível confiar inconscientemente na hétéro-imputação dos negócios ao comerciante. Quem compra um bem quer ficar com esse bem, de pouco — ou nada — lhe servindo uma indemnização.

O comércio e o mercado exigem uma tutela positiva da confiança,⁴⁸ que opere de tal modo que não seja necessário aferir se o agente representa ou não o comerciante. Uma tutela positiva da confiança

⁴⁵ Manuel Carneiro da FRADA, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, 44-45.

⁴⁶ Manuel Carneiro da FRADA, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, 690 e s.

⁴⁷ Manuel Carneiro da FRADA, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, 42.

⁴⁸ Manuel Carneiro da FRADA, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, 46.

que opera através da imputação do ato do auxiliar ao próprio comerciante, passando este ato a ser juridicamente da sua autoria. Sem tutela positiva da confiança na representação não há comércio. A segurança do tráfego jurídico mercantil exige esta tutela.⁴⁹

Já uma tutela positiva da confiança (inconsciente ou consciente) na representação comercial, não só permite o funcionamento do mercado,⁵⁰ como o tem vindo a fazer desde, pelo menos, meados do séc. II a.C. com a *actio institoria* e a *actio exercitoria*, que são a origem, não só da representação comercial, mas também da representação voluntária, seguidas pela *actio tributoria*, pelo *triplex editum* (com a *actio de peculio*, a *actio de in rem verso* e a *actio quod iussu*), entre outras.

A esta realidade acresce que este mecanismo de tutela positiva da confiança, que consiste na representação institoria,⁵¹ constituiu o momento criador do Direito Comercial, a sua génese. Foi aqui que o Direito Comercial nasceu sendo que esta marca genética afeta todo o comércio e todo o Direito Comercial. Dito de outro modo, a tutela positiva da confiança na representação comercial integra o Espírito do Comércio e o Espírito do Direito Comercial.

Apesar de a responsabilidade comercial abranger um elemento de responsabilidade e um elemento de confiança, não se trata de um verdadeiro caso de responsabilidade pela confiança (tutela negativa), mas de confiança na responsabilidade (tutela positiva).

Em suma, na responsabilidade comercial é na pessoa do comerciante que se deve aferir da existência, ou não, dos pressupostos de responsabilidade decorrentes de cada regime concretamente aplicável, sendo que todos os atos praticados pelos representes comerciais do comerciante são do comerciante, com as inerentes qualidades, nomeadamente a nível de culpa, sem prejuízo de tal poder implicar a confluência de uma atuação de diversos representantes comerciantes, com uma estrutura complexa de qualidades referentes a esses atos e pessoas, todos eles imputados ao comerciante.

Concluimos, pois, que a responsabilidade comercial opera tipicamente num ambiente de representação comercial, tendo a natureza de responsabilidade institoria.

⁴⁹ Manuel Carneiro da FRADA, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, 46.

⁵⁰ A uniformidade inerente a um sistema de tutela positiva da confiança — Manuel Carneiro da FRADA, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, 693-697 — constitui uma mais valia no que respeita à tutela de operações em mercado.

⁵¹ Já Manuel Carneiro da FRADA, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, 49, nota 40, havia efetuado a ligação entre a representação e a confiança, com menção a casos de representação que consideramos como sendo de representação institoria.

REFLEXÕES SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL DE PROVEDORES PELO CONTEÚDO POSTADO POR USUÁRIOS NA INTERNET

RAFAEL DE FREITAS VALLE DRESCH

Introdução

O presente texto busca refletir a análise apresentada pelo seu autor nas II Jornadas Luso-Brasileiras de Responsabilidade Civil ocorrida nos dias 8 e 9 de novembro de 2018 na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra em Portugal, referente ao Marco Civil da Internet, instituído pela Lei Brasileira nº 12.965 de 23 de abril de 2014, mais especificamente, sobre o tema da responsabilidade civil do provedores por conteúdos postados por usuários da Internet.

O problema central analisado foi o da compreensão da disciplina dessa responsabilidade dos provedores a partir da interpretação dada pelo Superior Tribunal de Justiça brasileiro em julgados recentes na tentativa de garantir a liberdade de expressão e a responsabilidade pelos ilícitos praticados no ambiente digital.

O tema se mostra relevante, pois hoje a postagem de conteúdos em aplicativos é um dos grandes instrumentos de comunicação na nova sociedade de informação. O Brasil tem, atualmente, mais de 116,1 milhões de usuários internet, Portugal tem mais de 6 milhões e no mundo existem mais de 4 bilhões de usuários de aplicativos como Facebook, WhatsApp, Twitter, Instagram, LinkedIn, entre outros.

Quase a totalidade (94,2 %) dos mais de 116,1 milhões usuários brasileiros que acessaram a rede no Brasil, fizeram uso de aplicativos para comunicação. A comunicação, portanto, pode ser considerada a principal finalidade do uso desses aplicativos pela população.¹

O artigo irá abordar, inicialmente, a responsabilidade dos provedores por danos decorrentes de conteúdo gerado por usuários, posteriormente, será analisado o fornecimento da URL (*Uniform Resource Locator*, sistema que localiza recursos na internet através da atribuição de nomes e endereços)² e a identificação clara e específica da localização do conteúdo lesivo. Finalmente, será avaliado o dever de cumprimento de ordens para fornecimento de informações requisitadas pelo Poder Judiciário e, ainda, a responsabilidade dos provedores de aplicação de buscas.

Como conclusão, será apresentada reflexão crítica sobre a disciplina da responsabilidade de provedores por conteúdos postados por usuários na Internet.

1. A responsabilidade dos provedores de aplicação por danos decorrentes de conteúdo gerado por usuários

No que concerne à responsabilidade civil por conteúdo gerado por usuários, o Marco Civil da Internet estabeleceu, como regra geral, a disciplina da matéria isentando a responsabilidade dos provedores de acesso e dos provedores de aplicação pelo conteúdo gerado por usuários em seus sistemas e aplicativos nos termos do artigo 18.º e 19.º do referido diploma legal.³

Contudo, no caso dos provedores de aplicação, excepcionalmente, poderá haver responsabilização nas situações em que esses provedores não retirarem os conteúdos diante de uma ordem judicial

¹ Pesquisa Nacional de Amostra por Domicílio Contínua (Pnad Contínua) do IBGE - Rio de Janeiro : IBGE — 2018.

² Dicionário infopédia de Siglas e Abreviaturas [em linha]. Porto: Porto Editora, 2003-2019. [consult. 2019-01-06 01:49:47]. Disponível na Internet em <<https://www.infopedia.pt/dicionarios/siglas-abreviaturas/URL>>.

³ Artigo 18.º: O provedor de conexão à internet não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros.

Artigo 19.º Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

específica que determine a retirada de algum conteúdo considerado lesivo pelo magistrado. Nesse sentido é a disciplina do artigo 19.º do Marco Civil da Internet.

Por conseguinte, fornecedores que possuem sistemas vinculados à Internet que possibilitem postagem de conteúdo por usuários não terão responsabilidade por esses conteúdos, exceto nos casos em que não cumprirem decisão judicial que determine a retirada do conteúdo da Internet.

O Superior Tribunal de Justiça, afastando seu entendimento anterior ao Marco Civil da Internet no sentido de que bastava a notificação privada do lesado para que o provedor passasse a ter o dever de retirar o conteúdo, deu aplicação à norma prevista nos artigos 18.º e 19.º supracitados e, para os fatos ocorridos após a entrada em vigor do Marco Civil da Internet, estabeleceu que a responsabilidade pelo conteúdo lesivo pelo provedor de aplicação nasce apenas quando recebida ordem judicial específica determinante dessa retirada e ela não é cumprida.

Nesse compasso, ilustrativamente, cabe citar ementa de decisão colegiada do Superior Tribunal de Justiça que corrobora o entendimento mencionado:

“AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO PROVEDOR DE INTERNET. OBRIGAÇÃO DE FAZER. REMOÇÃO DE CONTEÚDO. FORNECIMENTO DE LOCALIZADOR URL DA PÁGINA OU RECURSO DA INTERNET. COMANDO JUDICIAL ESPECÍFICO. NECESSIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça firmou orientação de que os provedores de internet não podem exercer controle prévio do conteúdo dos sites que hospedam, motivo pelo qual não pode ser aplicada a responsabilidade objetiva preconizada no art. 14 do CDC.

2. A responsabilidade desses provedores por eventuais danos se caracteriza quando, ciente de que determinada publicação causa lesão a outrem, não toma as providências necessária para retirá-la.

(...)

4. Agravo interno a que se nega provimento.”⁴

⁴ BRASIL, STJ, AgInt nos EDcl no resp 1402112/SE, Rel. Ministro LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO), QUARTA TURMA, julgado em 19/06/2018, DJe 26/06/2018).

Diante da consolidação dessa disciplina da responsabilidade de provedores por conteúdos gerados por usuários da Internet, cumpre salientar que o Marco Civil da Internet pode ser compreendido como um instrumento complementar na disciplina das relações de consumo, pois se mostra não conflitante com as normas estabelecidas pelo Código de Defesa do Consumidor.

A responsabilidade dos provedores de aplicação, assim como a responsabilidade de todos os fornecedores de serviços, estejam ou não atuando na rede, continua sendo disciplinada pelo Código de Defesa do Consumidor nos termos do artigo 14 (responsabilidade por acidente de consumo) e do artigo 20 (responsabilidade pelos vícios de serviços) e se trata de responsabilidade objetiva especial (fundada no defeito ou vício do serviço ofertado no mercado).

Assim, ao contrário de entendimentos precipitados que possam verificar alguma antinomia entre os diplomas legais, não há nenhuma contradição entre o Marco Civil da Internet e o Código de Defesa do Consumidor na disciplina da responsabilidade civil, pois a responsabilidade civil disciplinada nos artigos 18.º e 19.º é apenas a responsabilidade por conteúdos e atos de terceiros, que não representam defeitos ou vícios na atuação dos fornecedores, provedores de aplicação ou de acesso.

Caso haja algum defeito ou vício na atividade do provedor, o usuário-consumidor, pela proteção que lhe garante o Código de Defesa do Consumidor, poderá pleitear a reparação integral dos danos sofridos com base na citada responsabilidade objetiva especial.

Com referência ao critério central dessa responsabilidade civil objetiva especial por danos decorrentes de prestação de serviços é interessante lembrar que esse critério está fundado na prestação de um serviço defeituoso. O serviço é considerado defeituoso quando não fornece a segurança que legitimamente dele se espera, ou seja, o critério de responsabilidade civil na prestação de serviços aos consumidores é a falha na segurança. É possível, assim, compreender que se trata de uma responsabilidade civil objetiva *sui generis* — decorrente de falha na segurança ou informação do serviço — que poderia ser compreendida a partir da teoria do risco criado ou de uma culpa levíssima presumida.⁵

⁵ Nesse mesmo sentido, João Calvão Silva ao tratar da exigência do defeito para responsabilização do produtor na União Européia: “Nesta medida afirma-se que a responsabilidade instituída pela Directiva comunitária é objetiva ou independente de culpa, mas não por risco da empresa — conceito mais amplo que abrangeria os riscos tecnológicos ou defeitos do desenvolvimento, sem atender ao estado dos conhecimentos científicos e técnicos [...]” (João Calvão da SILVA, *Responsabilidade*

As questões que se revelam nesse momento são: a) qual seria a falha de segurança de um provedor ao não retirar da Internet um conteúdo quando notificado por um suposto lesado? b) cabe ao provedor, no papel de censor privado, o dever-poder de analisar os conteúdos postados por usuários - com base no exercício da liberdade de expressão na Internet - e retirar conteúdos que esses provedores entendam lesivos?

Tudo leva a crer que não há falha do provedor ao não retirar o conteúdo diante de uma simples notificação do suposto lesado, pois ao provedor não cabe o dever-poder de exercer o papel de censor privado, controlando previamente os conteúdos na rede mundial de computadores. A decisão acima ementada é expressa nesse sentido.

Diante dos pontos destacados, cabe, finalmente, reiterar que o Marco Civil Internet apresenta normas complementares ao Código de Defesa do Consumidor. A suposta antinomia em relação a responsabilidade dos provedores de aplicação não se mostra efetiva, pois os artigos 18.º e 19.º do Marco Civil da Internet disciplinam apenas a responsabilidade por conteúdo e atos de terceiros, mantendo íntegra a responsabilidade objetiva por defeitos ou vícios nas atividades dos fornecedores que causarem danos no mercado.⁶

Por conseguinte, a responsabilidade civil dos provedores continua sendo objetiva especial (centrada na prestação de serviço defeituoso) e não extensiva a atos de terceiros, sendo possível a responsabilização quando não cumprirem ordem judicial específica de retirada do conteúdo em prazo razoável assinalado pelo magistrado diante das circunstâncias do caso.

Por fim, o Marco Civil da Internet, ainda, de maneira equilibrada, estabeleceu exceções à regra do artigo 19 nas seguintes situações: a) para os conteúdos protegidos por direitos autorais e; b) para os casos de divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, vídeos ou outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado. Nesses casos, o provedor de aplicações deverá

civil do produtor. Coimbra: Almedina, 1990, 642). No mesmo sentido, o autor deste artigo, vide: Rafael F. V. DRESCH, *Fundamentos da responsabilidade civil pelo fato do produto e do serviço: um debate jurídico-filosófico entre o formalismo e o funcionalismo no Direito Privado*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

⁶ No sentido do acerto da disciplina estabelecida pelo Marco Civil da Internet para a responsabilidade civil de provedores por conteúdo postado por usuários vide o detalhado artigo: Chiara Spadaccini de TEFFÉ / Carlos Affonso SOUZA, Responsabilidade civil de provedores na rede: Análise da aplicação do marco civil da internet pelo Superior Tribunal de Justiça”, *Revista IBERC* 1/1 (nov.-fev./2009) 01-28, disponível em <www.responsabilidadecivil.org/revista-iberc>.

retirar o conteúdo diante da simples notificação dos lesados.⁷

2. O fornecimento da URL e a identificação clara e específica do conteúdo lesivo

Prosseguindo na análise do artigo 19.º do Marco Civil da Internet, é fundamental destacar um tema complementar na análise da responsabilidade civil dos provedores na Internet que se refere a necessidade de a ordem judicial específica conter, sob pena de nulidade, identificação clara e específica da localização inequívoca do conteúdo lesivo na Internet.⁸

O Superior Tribunal de Justiça interpretou o mandamento de clareza e especificidade da ordem judicial de retirada do conteúdo e concluiu que para uma ordem ser clara e específica, de modo a permitir a localização inequívoca do conteúdo, ela deve conter o número do URL. Nesse sentido, exemplificativamente, cabe citar a ementa da seguinte decisão colegiada do Superior Tribunal de Justiça:

“AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INTERNET. PROVEDOR DE EQUI-
SA. DADOS OFENSIVOS ARMAZENADOS. EXCLUSÃO. FORNECIMENTO DA
URL DA PÁGINA ORIGINAL. COMANDO JUDICIAL ESPECÍFICO. NECES-
SIDADE. ASTREINTES. OBRIGAÇÃO IMPOSSÍVEL. DESCABIMENTO. PRO-
VIMENTO DO RECURSO ESPECIAL. AFASTAMENTO DA MULTA DIÁRIA.
INTERESSE RECURSAL. PERSISTÊNCIA. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. O Tribunal de origem, no âmbito de agravo de instrumento interposto contra decisão que deferiu a antecipação da tutela e aplicou multa diária ao descumprimento, entendeu que não seria necessária a indicação das URLs para que o Google retirasse

⁷ Vide: Artigo 21.º O provedor de aplicações de internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado subsidiariamente pela violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado quando, após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal, deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo.

Parágrafo único. A notificação prevista no caput deverá conter, sob pena de nulidade, elementos que permitam a identificação específica do material apontado como violador da intimidade do participante e a verificação da legitimidade para apresentação do pedido.

⁸ “§ 1o A ordem judicial de que trata o caput deverá conter, sob pena de nulidade, identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material.”

as matérias entendidas como ofensivas ao ora agravante, e que o agravado teria condições técnicas de buscar as referidas notícias.

2. Tal entendimento, contudo, não está alinhado à jurisprudência do STJ, que se firmou no sentido de ser imprescindível que o requerente indique as URLs para a retirada de determinada página com conteúdo supostamente ofensivo, assentando, ainda, que a determinação judicial deve ser precisa, inclusive para se aferir o seu cumprimento, especialmente quando se aplica multa diária.

3. Agravo interno não provido.”⁹

A posição do Superior Tribunal de Justiça está consolidada, portanto, no sentido de que a exigência de que a ordem judicial seja clara e específica, de modo a permitir a localização inequívoca do conteúdo lesivo, somente é atendida quando essa ordem contém a URL da localização em que o conteúdo se encontrada na Internet.

Não há dúvida que o fornecimento da URL torna a localização inequívoca. A questão que se desvela, entretanto, é se a única forma de localização inequívoca se dá pela informação da URL. Tudo leva a crer que não, pois muitas vezes o nível de informação sobre o conteúdo é tamanho que se torna simples a tarefa de localização pelos próprios sistemas de buscas dos provedores de aplicação. A exigência, em nível absoluto, da URL acarreta um formalismo exacerbado que deixa de lado a aplicação dos princípios da confiança e da boa-fé objetiva que estabelecem uma ordem de colaboração nas relações jurídicas desenvolvidas no ambiente digital.¹⁰

3. O cumprimento de ordens para fornecimento de informações requisitadas pelo Poder Judiciário

Mantendo a toada da análise das questões mais relevantes sobre a responsabilidade civil dos provedores por conteúdos postados por usuários, interessante abordar, também, a questão do cumprimento das ordens judiciais que intimam os provedores para que forneçam

⁹ BRASIL, STJ, AgInt nos AgInt nos EDcl no resp 1402112/SE, Rel. Ministro LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO), QUARTA TURMA, julgado em 14/08/2018, DJe 22/08/2018.

¹⁰ Com relação à aplicação dos princípios da confiança e da boa-fé objetiva no comércio eletrônico, recomenda-se a análise detalhada na obra de Claudia Lima MARQUES, *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de onsumo no comércio eletrônico*, Editora Revista dos Tribunais, 2004.

informações privadas dos usuários.

O Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento de que mesmo nos casos em que a ordem judicial é emanada em processo penal, pode o julgador fixar astreintes para as situações de descumprimento das ordens pelos provedores, principalmente de aplicação, nos mesmos termos dos juízes em demandas cíveis. Nesse contexto, por exemplo, é possível referir a seguinte ementa de decisão colegiada proferida no egrégio Tribunal:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DESCUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL. FIXAÇÃO DE MULTA DIÁRIA. QUESTÕES NÃO ANALISADAS PELO EG. TRIBUNAL DE ORIGEM. INVIABILIDADE DE EXAME POR ESTA CORTE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. APLICAÇÃO DE MULTA. POSSIBILIDADE JURÍDICA CONFIGURADA. AFRONTA AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. NÃO VERIFICAÇÃO. RECALCITRÂNCIA E CAPACIDADE DA EMPRESA DEMONSTRADAS. RECURSO A QUE SE NEGOU PROVIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

(...)

IV - Configurado o descumprimento de ordem judicial, a Quinta e a Sexta Turma desta Corte sedimentaram que “a imposição de astreintes à empresa responsável pelo cumprimento de decisão de quebra de sigilo, determinada em inquérito, estabelece entre ela e o juízo criminal uma relação jurídica de direito processual civil”, cujas normas são aplicáveis subsidiariamente no Processo Penal, por força do disposto no art. 3º do CPP. v

(...)”¹¹

Nos últimos anos, ocorreram disputas jurídicas entre grandes empresas de tecnologia - provedoras de aplicação ou não, como a Apple e o Facebook - e o Poder Judiciário, seja no Brasil, nos EUA ou outros países, em virtude de decisões que ordenam que essas empresas forneçam informações de usuários de aplicativos.

A análise superficial pode levar à conclusão de que essas empresas estão apenas buscando descumprir decisões judiciais com o objetivo de promover suas atividades empresariais. A primeira impressão, entretanto, não apreende a totalidade do problema. O que é debatido nesses casos é o equilíbrio entre a proteção à privacidade e a proteção à segurança pública em tempos de insegurança generalizada e ameaças à privacidade. Os juízes, com o objetivo de combater o crime organi-

¹¹ BRASIL, STJ, AgRg no RMS 56.706/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 05/06/2018, DJe 11/06/2018.

zado e o terrorismo, por exemplo, emanam ordens determinando que empresas detentoras de aplicativos forneçam informações, mensagens, entre outros dados de seus usuários, através da criação de mecanismos alternativos (*backdoors*) para burlar os sistemas de segurança, sob pena de bloqueio dos aplicativos ou fixação de astreintes.

Contudo, é interessante constatar que uma vez criado o mecanismo para burlar um sistema de segurança, especialistas do MIT (Massachusetts Institute of Technology) garantem não haver como evitar que essas *backdoors* possam ser usadas por governos autoritários ou outros *hackers* mal-intencionados que desejem acessar informações sigilosas. Assim, ao alcançar as informações ao Poder Judiciário através de *backdoors*, os provedores de aplicação estariam gerando, possivelmente, externalidades em relação a privacidade, segurança pública e liberdade de expressão.¹²

O caso americano mais famoso é o da disputa entre a Apple e o FBI (*Federal Bureau of Investigation*) relativo às informações de um aparelho de telefone móvel *iphone* utilizado por um dos dois terroristas acusados de assassinar 14 pessoas na localidade de San Bernardino/EUA. O FBI requisitou que a Apple criasse um mecanismo para evitar o funcionamento de uma solução de segurança que apaga todas as informações do aparelho caso a senha seja inserida 10 vezes de forma equivocada. A solução de segurança, se ativada, inviabilizaria a utilização de softwares de quebra de senha e, conseqüentemente, o acesso às informações relevantes para a investigação do atentado. O caso perdeu sua utilidade quando uma empresa de segurança ofereceu o serviço para criar o mecanismo desejado pelo FBI. O caso ficou famoso, também, pois os EUA não têm uma legislação específica tratando do dever dos provedores de aplicação de fornecer mecanismos para acesso aos dados protegidos de seus aplicativos.

No Brasil, um caso exemplar foi o de um bloqueio nacional do aplicativo WhatsApp. Uma juíza da Comarca de Duque de Caxias/RJ notificou em três oportunidades o Facebook, empresa titular do aplicativo WhatsApp, para interceptar mensagens a fim de instruir uma investigação policial. A empresa teria se limitado a responder através de um e-mail em inglês dizendo que não poderia cumprir a decisão por impossibilidades técnicas.

Devido ao não cumprimento da decisão, a juíza, então, ordenou o bloqueio do aplicativo em todo Brasil. O bloqueio, posteriormente,

¹² David TALBOT, “In Apple vs. the FBI, There Is No Technical Middle Ground”, in <<https://www.technologyreview.com/s/600923/in-apple-vs-the-fbi-there-is-no-technical-middle-ground/>>, acesso em 06 de janeiro de 2019.

foi suspenso por decisão liminar do Ministro Ricardo Lewandowski, Presidente do Supremo Tribunal Federal, proferida na ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) número 403 ajuizada pelo PPS (Partido Popular Socialista) que visa declarar a ilegalidade dessas medidas de bloqueio em decorrência de violação ao princípio da liberdade de expressão previsto no artigo 5.º, inciso IX, da Constituição Federal.¹³

A decisão do Ministro Ricardo Lewandowski foi acertada ao fundamentar a suspensão da decisão da juíza de Duque de Caxias/RJ na desproporcionalidade da medida de bloqueio nacional do aplicativo que afeta a liberdade de expressão e comunicação de toda a população brasileira.

Com efeito, a medida não passa pelos exames do princípio da proporcionalidade, pois não é adequada, necessária e proporcional em sentido estrito, já que, como referido, existem opiniões contundentes de especialista da área de tecnologia da informação que garantem que essas medidas poderão acarretar uma série de externalidades em relação a privacidade, segurança pública e liberdade de expressão, tais como a utilização das *backdoors* por *hackers* ou por governos autoritários.

A solução para esse dilema não é simples. Há a necessidade de conjugar o combate à criminalidade com a proteção aos dados dos usuários, essenciais para a própria segurança pública, caso contrário, com base no objetivo de combater a criminalidade, pode-se estar criando uma internet sem privacidade, segurança e liberdade, impedindo de forma desproporcional o uso das principais ferramentas de comunicação da atualidade.

O Superior Tribunal de Justiça, no entanto, diferentemente do entendimento sobre a desproporção da medida de bloqueio nacional do provedor de aplicação, vem entendendo que a fixação de multas diárias pelo não cumprimento é medida válida e, portanto, proporcional no caso de descumprimento de ordens judiciais que visam ao fornecimento de informações de usuários necessárias em investigações criminais.

4. A responsabilidade civil dos provedores de aplicação de busca

Com relação ao tema da responsabilidade civil dos provedores de aplicação de busca de conteúdos na Internet, recentemente, o Superior Tribunal de Justiça firmou relevante precedente no mesmo sen-

¹³ Compre citar que também tramita no Supremo Tribunal Federal brasileiro, conjuntamente com a ADPF 403, a ADI (Ação Direita de Inconstitucionalidade) número 5.527 com objeto similar.

tido da responsabilização do provedor de busca apenas nos casos em que não atender à ordem judicial para retirada ou, como no caso do precedente que será avaliado, ordem para desindexação do conteúdo lesivo em relação ao nome de uma procuradora e vinculação com suposta fraude a concurso no passado. A ação que gerou o precedente tinha por objeto obrigação de fazer em que a autora pleiteava a desindexação nos resultados das aplicações de busca de notícias relacionadas à suspeita de fraude no XLI Concurso da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, pois a indexação desses conteúdos estaria causando danos a sua dignidade e privacidade. A decisão no Superior Tribunal de Justiça restou assim ementada:

“RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. I. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. AUSÊNCIA. 2. JULGAMENTO EXTRA PETITA. NÃO CONFIGURADO. 3. PROVEDOR DE APLICAÇÃO DE PESQUISA NA INTERNET. PROTEÇÃO A DADOS PESSOAIS. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. DESVINCULAÇÃO ENTRE NOME E RESULTADO DE PESQUISA. PECULIARIDADES FÁTICAS. CONCILIAÇÃO ENTRE O DIREITO INDIVIDUAL E O DIREITO COLETIVO À INFORMAÇÃO. 4. MULTA DIÁRIA APLICADA. VALOR INICIAL EXORBITANTE. REVISÃO EXCEPCIONAL. 5. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.

3. A jurisprudência desta Corte Superior tem entendimento reiterado no sentido de afastar a responsabilidade de buscadores da internet pelos resultados de busca apresentados, reconhecendo a impossibilidade de lhe atribuir a função de censor e impondo ao prejudicado o direcionamento de sua pretensão contra os provedores de conteúdo, responsáveis pela disponibilização do conteúdo indevido na internet. Precedentes.

4. Há, todavia, circunstâncias excepcionalíssimas em que é necessária a intervenção pontual do Poder Judiciário para fazer cessar o vínculo criado, nos bancos de dados dos provedores de busca, entre dados pessoais e resultados da busca, que não guardam relevância para interesse público à informação, seja pelo conteúdo eminentemente privado, seja pelo decurso do tempo.

(...)”¹⁴

Por conseguinte, mesmo reconhecendo o chamado direito ao esquecimento em certas situações especiais, a interpretação dada pelo

¹⁴ BRASIL, STJ, TERCEIRA TURMA, RECURSO ESPECIAL Nº 1.660.168 - RJ (2014/0291777-1, RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI R.P/ACÓRDÃO : MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, 08/05/2018.

Superior Tribunal de Justiça não permite imputar a função de garantia do direito ao esquecimento ao provedor de aplicação de buscas, pois, quando notificado pelo lesado, não poderia tal agente privado avaliar a lesividade do conteúdo, atuando como um censor privado.¹⁵

Ademais, o direito ao esquecimento é aplicável nos casos em que as informações que se pretende ver esquecidas são verdadeiras, pois é nessas situações que ocorrem os conflitos normativos efetivos.

A proporcionalidade coloca de um lado, o direito ao esquecimento, fundado nos princípios da privacidade e da dignidade humana e, de outro, a liberdade de expressão e de imprensa e os consequentes direito de informar e de ser informado e direito ao conhecimento da história. Nessas condições, a ponderação deve ocorrer de forma tópica através do princípio da proporcionalidade e seus subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.¹⁶

5. Considerações finais

Conforme anunciado, em conclusão, algumas reflexões podem ser elencadas. Inicialmente, a responsabilidade civil dos provedores é objetiva especial, pois centrada na prestação de serviço defeituoso, mas não é extensiva, em regra, a atos de terceiros.

Contudo, pode haver a responsabilização de provedores de aplicação quando não cumprirem ordem judicial específica de retirada do

¹⁵ Na Europa a disciplina da responsabilidade civil dos provedores de aplicação de busca é diferente como revela o julgamento do caso *Google Spain v AEPD and Mario Costeja González*. O Tribunal de Justiça da União Europeia, realizando a interpretação da Diretiva 95/46, definiu que preenchidos os requisitos legais, um provedor de aplicação de buscas é obrigado a suprimir da lista de resultados, exibida na sequência de uma pesquisa efetuada a partir do nome de uma pessoa as conexões com outras páginas que contenham informações sobre essa pessoa, mesmo quando a sua publicação nas referidas páginas seja, em si mesma, lícita.

¹⁶ A proporcionalidade pode ser tida como o principal instrumento de ponderação nas democracias, pois, como bem ressalva Barak, fornece o principal critério para a busca de compatibilização de princípios e direitos fundamentais: “Proportionality is central to the doctrine of rights. Just as we are currently living in an era of rights, we are also living in an era of proportionality. Most constitutional democracies have adopted proportionality as a central criterion for resolving problems posed by the complex relations between the individual and society in modern democracies and is a good example of the “migration of constitutional laws.” Proportionality is based on the concept of balance. Its role is not to determine the scope of the right but rather the justification for its protection or its limitation” — Aharon BARAK, “Proportionality and Principled Balancing”, *Law & Ethics of Human Rights* 4/1 (2010) 13.

conteúdo em prazo razoável assinalado pelo magistrado diante das circunstâncias do caso.

Quanto à questão da forma de localização inequívoca de conteúdos na Internet ocorrer apenas pela informação da URL, é possível concluir que o Superior Tribunal de Justiça, através da maioria de seus ministros que julgaram o tema, não estabeleceu a melhor interpretação, pois é comum que o nível de informação na demanda sobre o conteúdo lesivo seja tamanho que se torna simples a tarefa de localização pelos próprios sistemas dos provedores de aplicação. O entendimento de que a URL é a única forma clara e específica de informação para localização inequívoca gera um formalismo exacerbado que afasta a aplicação dos essenciais princípios da confiança e da boa-fé objetiva.

Com relação ao descumprimento de ordens judiciais que determinam o fornecimento de informação de usuários aos provedores de aplicação ou empresas de tecnologia, revela-se fundamental a ponderação das medidas que devem ser impostas nos casos de descumprimento considerando os efeitos negativos que essas *backdoors* podem gerar aos próprios princípios da segurança e da privacidade na Internet. Apesar do Supremo Tribunal Federal ter cassado medida de bloqueio nacional de provedor de aplicação em caso de descumprimento de ordem judicial que exigia o fornecimento informações de usuários para fins investigatórios em demandas criminais, o Superior Tribunal de Justiça, compreende que a fixação de astreintes pelo não cumprimento é medida válida e proporcional.

Ao fim e ao cabo, ao dar efetividade ao direito ao esquecimento em certas situações especiais, o Superior Tribunal de Justiça reiterou a interpretação preponderante na análise da responsabilidade civil de provedores ao não imputar a função de garantia do direito ao esquecimento ao provedor de aplicação de buscas, pois, assim, como aos demais provedores de aplicação, ao provedor de aplicação de buscas não pode ser atribuído o poder-dever de atuar como censor privado, analisando conteúdos que devem ou não ser mantidos na Internet, pois essa tarefa de limitação excepcional da liberdade de expressão cabe, exclusivamente, ao Poder Judiciário.

Decorre dessa conclusão, entretanto, uma outra que se descortina nesse apagar das luzes do presente artigo e que poderá ser objeto de um próximo: como fica a responsabilidade civil do provedor de aplicação que se arvora na posição de censor privado com base em supostos direitos previstos em termos de uso de seus aplicativos?

ALGUNS DESAFIOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES FAMILIARES E AS REDES SOCIAIS¹

RENATA VILELA MULTEDO

1. Considerações iniciais

Não por acaso a aplicabilidade e a pertinência do instituto da responsabilidade civil às relações familiares ensejam frequentes debates tanto em sede doutrinária como jurisprudencial no Brasil. As transformações ocorridas no âmbito da responsabilidade civil e no direito de família, nas últimas décadas, evidenciam que a questão reclama do intérprete um aprofundamento teórico e interdisciplinar diante da diversidade e multiplicidade de conflitos.

Se o controle sobre as vicissitudes pessoais e familiares só se justifica se e na medida em que for realizado em função da garantia dos direitos fundamentais,² é a proteção desses direitos no interior da família que traz novas consequências tanto às relações conjugais e convivenciais como às parentais. Nas primeiras, a família aponta para a ampliação da autonomia do casal, com a consequente diminuição de normas cogentes; nas segundas, pelo contrário, implica o aumento da responsabilidade no exercício da parentalidade. Ou seja, os movimentos intrafamiliares que podem ser identificados são, de um lado, a

¹ Agradeço as preciosas contribuições da pesquisadora Beatriz Coelho, graduanda em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) e da Professora Ana Paula Agra, Mestre em Direito Constitucional pela PUC-Rio.

² Pietro PERLINGIERI, *O direito civil na legalidade constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, 980.

forte expansão da autonomia existencial; e de outro, a responsabilização crescente e solidarista no exercício da autoridade parental.³

No que tange à responsabilidade civil, diz-se que uma das causas essenciais das constantes e aceleradas transformações deve ser procurada no caráter cada vez mais perigoso da vida contemporânea. De fato, ressalta-se que “desprovidos de segurança material, procuramos de mais a mais a segurança jurídica”.⁴

Daí a importância de se delimitar o papel que a responsabilidade civil vem desempenhando na atualidade. Se, por um lado, as conquistas realizadas pelo direito da responsabilidade civil — uma primeira forma de tutela de interesses que se encontram à margem do direito positivado⁵ — conferiram maior proteção à pessoa humana, por outro, a ausência de critérios na concessão dos pedidos de dano moral, possibilitando que qualquer interesse seja associado à dignidade humana para fins de indenização, vem acarretando na própria inversão dos valores constitucionais,⁶ através da sua banalização e da mercantilização das relações existenciais.

Tal alerta não vem partindo apenas da doutrina, mas também do próprio Judiciário, que hoje admite grande dificuldade para estabelecer a equivalência entre o dano e a sua compensação, principalmente devido ao aumento exponencial da quantidade de processos com pedidos de indenização por dano moral, que “abarrotam”, todos os dias, os tribunais brasileiros.⁷

A questão agrava-se, ainda, diante do fenômeno das redes sociais⁸, que transformou a forma de se relacionar dos indivíduos na

³ Maria Celina Bodin de MORAES, “A nova família, de novo: estruturas e funções das famílias contemporâneas”, *Revista Pensar* 18/2 (mai./ago. 2001) 594.

⁴ Louis JOSSEAND, “Evolução da Responsabilidade Civil”, *Revista Forense* (junho/1941) 52-53.

⁵ Stefano RODOTÀ, “Entrevista”, *Revista Trimestral de Direito Civil* 11 (jul.-set. 2002) 287-288.

⁶ Stefano RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano: Giuffrè, 1967, 17.

⁷ “STJ busca parâmetros para uniformizar valores de danos morais”, disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=93679>, acesso em 14/09/2009.

⁸ Segundo Manuel Castells “As redes sociais digitais baseadas na internet e nas plataformas sem fio são ferramentas decisivas para organizar, mobilizar, deliberar, coordenar e decidir. Mas o papel da internet ultrapassa a instrumentalidade: ela cria as condições para uma forma de prática comum que permite a um movimento sem liderança sobreviver, deliberar, coordenar e expandir-se. Ela protege o movimento da repressão de seus espaços físicos liberados, mantendo a comunicação entre as pessoas dos movimentos e com a sociedade em geral na longa marcha da mudança social exigida para superar a dominação institucionalizada”. (Manuel CASTELLS, *Re-*

sociedade contemporânea. O ambiente virtual tem trazido novos desafios para a proteção da dignidade das pessoas, o que, paralelamente, caminha com a necessidade de se pensar em novos mecanismos de prevenção, tutela e reparação. Se é certo que a Internet promoveu a possibilidade jamais antes vista de interatividade por meio de diversos canais (*Facebook, WhatsApp, Instagram, YouTube, Twitter*, dentre outros), ela também potencializou os conflitos intrafamiliares e sociais. A “Internet apresenta-se cada vez mais como uma trama de possibilidades ainda não resolvida, como um conjunto de promessas contraditórias”.⁹ Liberdade e responsabilidade caminham lado a lado, muitas vezes como interesses opostos e não complementares.¹⁰

Nesse contexto, este breve estudo visa a perquirir, sob a ótica da doutrina e da jurisprudência brasileiras, duas principais questões quanto à incidência da responsabilidade civil nas relações familiares em razão da utilização das redes sociais: a primeira se refere à exposição da infidelidade nas redes sociais no campo das relações conjugais e convivenciais; e a segunda, quanto aos limites de heteronomia dos pais e do Estado no monitoramento dos filhos/alunos nas redes sociais em razão da divulgação de conteúdo íntimo de terceiros e do *cyberbullying*.

Por fim, pretende-se, ainda, analisar se os remédios tradicionais utilizados pela responsabilidade civil, como a indenização em pecúnia, têm se mostrado suficientes e eficazes na prevenção dos danos e na resolução dos conflitos familiares e sociais.

2. A constitucionalização do direito de família brasileiro

O compromisso com a axiologia constitucional é a nova concepção de segurança jurídica.¹¹ A interpretação dos institutos jurídicos

des de indignação e esperança — Movimentos sociais na era da internet, Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2013, 141).

⁹ Stefano RODOTÀ, *A vida na sociedade da vigilância: A privacidade hoje*, organização, seleção e apresentação de Maria Celina Bodin de Moraes, tradução: Danilo Doneda / Luciana Cabral Doneda, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, 169.

¹⁰ No Brasil, a banda larga móvel é a principal forma de conexão para um quarto dos domicílios brasileiros com acesso à Internet e dentre as atividades *on-line*, as mais mencionadas continuam sendo o envio de mensagens instantâneas e o uso de redes sociais. *Pesquisa sobre o uso das tecnologias de informação e comunicação nos domicílios brasileiros: TIC domicílios 2016. Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR*, São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2017, 26-27. In Chiara TEFFÉ, *Revista IBERC 1/1* (nov./fev. 2019) 01-28, 5, disponível em: <https://docs.wixstatic.com/ugd/5d72ed_bab4da105706419dbbbc3804ce8add99.pdf>, acesso em 05 nov. 2108.

¹¹ Gustavo TEPEDINO, “Itinerário para um imprescindível debate metodoló-

exige coerência, não com o formalismo e com a neutralidade de conceitos, mas com o sistema de regras e princípios fundados em valores culturais e sociais.¹² Os princípios constitucionais devem impregnar cada categoria do direito infraconstitucional¹³, não só pela hierarquia da Constituição no pluralismo de fontes, mas também pela unidade do ordenamento. Reconhece-se, hoje, o ordenamento jurídico como um sistema com a função de traduzir a própria unidade interior e de desenvolver a adequação valorativa dos institutos, sem se esquecer de sua abertura diante da compreensão do direito como fenômeno situado no processo da História e, por isso, mutável.¹⁴

Na perspectiva contemporânea do direito civil, todas as situações jurídicas subjetivas submetem-se a controle de merecimento de tutela, com base no projeto constitucional. Uma concepção moderna da família requer, portanto, uma funcionalização do instituto que responda às escolhas de fundo da sociedade contemporânea¹⁵, operadas pela Constituição. É isso que corrobora a cláusula geral de tutela da pessoa humana e notadamente os artigos 226, §5º, que estabeleceu a igualdade dos cônjuges no casamento, e 227, que atribuiu aos filhos a posição de centralidade no grupo familiar, garantindo concretude ao princípio da igualdade material e “absoluta prioridade” às crianças e aos adolescentes.¹⁶

Essa concepção implica a rejeição do paradigma, que por muito tempo perdurou, do direito de família como um sistema hermético, que tinha no casamento o centro gravitacional. O fenômeno familiar não é mais unitário, tendo deixado o casamento de servir como refe-

gido”, *Temas de direito civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 2009, 449, tomo III. Em outras palavras do mesmo autor: “Segurança jurídica deve ser alcançada pela compatibilidade das decisões judiciais com os princípios constitucionais, que traduzem a identidade cultural da sociedade”. IDEM, “Liberdades, tecnologia e teoria da interpretação”, *Revista Forense* 419 (2014) 84.

¹² Carlos Nelson KONDER, “Distinções hermenêuticas da constitucionalização do direito civil: o intérprete na doutrina de Pietro Perlingieri”, *Revista da Faculdade de Direito (UFPR)* 60 (2015) 209. Explica o autor como no momento de aplicação do direito pelos magistrados a fundamentação assume vital importância como limite interno e metodológico, eis que através da análise dos fundamentos das decisões torna-se possível averiguar a fidelidade do intérprete aos valores constitucionais. Esse ponto será mais profundamente abordado na seção 1.4.

¹³ Gustavo TEPEDINO, “Itinerário para um imprescindível debate metodológico”, 448.

¹⁴ Claus-Wilhelm CANARIS, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, 2.^a ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, 280-281.

¹⁵ Pietro PERLINGIERI, *O direito civil na legalidade constitucional*, 138.

¹⁶ Bodin de MORAES, “A nova família”, 588.

rência única. Na passagem da estrutura à função¹⁷, a família deixou de ser unidade institucional, para tornar-se núcleo de companheirismo¹⁸, sendo hoje lugar de desenvolvimento da pessoa no qual se permitem modalidades de organização tão diversas, desde que estejam finalizadas à *promoção* daqueles que a ela pertencem.¹⁹

A referida função promocional assumida pelo direito nas constituições pós-liberais²⁰ possibilitou, no âmbito da família, o reconhecimento de novas entidades familiares, plurais, porque deixadas à livre escolha de seus membros e, como dito, tuteladas como instrumento de promoção da dignidade daqueles que a compõem. A axiologia constitucional recente tornou possível a propositura de uma configuração democrática de família, na qual não há direitos sem responsabilidades, nem autoridade sem democracia.²¹

Nesse novo cenário, contata-se que, entre os anos de 1984 e 2007, a taxa de divórcios no Brasil aumentou 200%, atingindo, segundo as pesquisas estatísticas realizadas pelo IBGE, o seu maior valor em série desde 1984. Isso significa dizer que, para cada quatro casamentos realizados, houve uma dissolução.²² A partir de 1989, também houve um aumento significativo do número de divórcios em decorrência da alteração do parágrafo 6.º do artigo 226.º da Constituição Federal, que reduziu os prazos mínimos para se iniciarem os processos judiciais. Antes, conforme a Lei do Divórcio (Lei n.º 6.015, de 1977), eram necessários cinco anos consecutivos de ruptura da vida em comum para o pedido de separação judicial e três anos da separação judicial para sua conversão em divórcio. Com a promulgação da Constituição, o casamento civil podia ser dissolvido pelo divórcio após prévia separação judicial por mais de um ano ou uma vez comprovada separação de fato por mais de dois anos.

Posteriormente, em julho de 2010, a Emenda Constitucional n.º 66 promoveu outra alteração no referido artigo, suprimindo do texto constitucional as referências ao instituto da separação e aos respectivos prazos: com isso, atualmente, é possível requerer a dissolução

¹⁷ Ver, por todos, Norberto BOBBIO, *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*, São Paulo: Manole, 2007.

¹⁸ João Baptista VILLELA, “Repensando o direito de família”, disponível em: <http://jfgontijo.com.br/2008/artigos_pdf/Joao_Baptista_Villela/RepensandoDireito.pdf>, acesso em 3 fev. 2016.

¹⁹ Pietro PERLINGIERI, *O direito civil na legalidade constitucional*, 972.

²⁰ Norberto BOBBIO, *Da estrutura à função*, 13.

²¹ Bodin de MORAES, “A nova família”, 591-593.

²² INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, *Estatísticas do Registro Civil 2007*, disponível em <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/registrocivil/2007/registrocivil2007.pdf>>, acesso em: 7 fev. 2018.

do casamento a qualquer tempo, seja o divórcio de natureza consensual ou litigiosa.²³ No mesmo ano, quando realizado o último censo, foram registrados 243.224 divórcios e 67.623 separações, incluindo processos judiciais e escrituras públicas²⁴; e, como destacado na pesquisa realizada pelo IBGE, para além da questão legal, esse aumento da taxa de divórcios só demonstra sua aceitação pela sociedade brasileira, além da desburocratização²⁵ e da ampliação do acesso aos serviços de justiça referentes ao assunto.

Assim, com a Constituição de 1988, novas formas de entidades familiares não fundadas no casamento foram reconhecidas pelo ordenamento jurídico, estabelecendo-se, para efeitos de proteção do Estado, também a união estável e a família monoparental (artigo 226.º,

²³ Constituição Federal, artigo 226.º, § 6º. O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 66 de 2010). Vale mencionar que na jurisprudência, ao mesmo tempo que várias decisões se posicionavam no sentido de que a referida emenda apenas eliminou os requisitos temporais do divórcio, mantendo a separação como forma de dissolução da sociedade conjugal, outras extinguíam os requerimentos de separação judicial por impossibilidade jurídica do pedido. Parte expressiva da doutrina defende que não há mais que se falar na permanência da separação, a exemplo de Rodrigo da Cunha Pereira, que afirma: “O argumento finalístico é que a Constituição da República extirpou totalmente de seu corpo normativo a única referência que se fazia à separação judicial. Portanto, ela não apenas retirou os prazos, mas também o requisito obrigatório ou voluntário da prévia separação judicial ao divórcio por conversão. Qual seria o objetivo de se manter vigente a separação judicial se ela não pode mais ser convertida em divórcio? Não há nenhuma razão prática e lógica para a sua manutenção. Não podemos perder o contexto, a história e o fim social da anterior redação do § 6º do art. 226: converter em divórcio a separação judicial. E, se não se pode mais convertê-la em divórcio, ela perde sua razão lógica de existência”. (Rodrigo da Cunha PEREIRA, “O novo divórcio no Brasil”, in IDEM, coord., *Família e responsabilidade: teoria e prática do direito de família*, Porto Alegre: Magister/IBDEFAM, 2010, 469-470). O novo Código de Processo Civil reacendeu o debate ao expressamente se referir à separação judicial em seu artigo 23.º, inciso III, e em diversos outros dispositivos. A fim de pacificar a questão, o Superior Tribunal de Justiça, em decisão recente, reafirmou a possibilidade da separação judicial, asseverando que “o texto constitucional dispõe que o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, imprimindo faculdade aos cônjuges, e não extinguindo a possibilidade de separação judicial. Ademais, sendo o divórcio permitido sem qualquer restrição, forçoso concluir pela possibilidade da separação ainda subsistente no Código Civil, pois quem pode o mais, pode o menos também”. (BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, *Recurso Especial 1247098/MS*. Relator: Ministra Maria Isabel Gallotti. Julgamento: 14.03.2017. Órgão Julgador: Quarta Turma.)

²⁴ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, *Estatísticas do registro civil: 2010*, disponível em <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/registrocivil/2010/rc2010.pdf>>, acesso em 5 set. 2015.

²⁵ Também foi relevante para o aumento do número de divórcios no Brasil a promulgação da Lei n.º 11.441, em 11 de janeiro de 2007, que permitiu aos cônjuges, havendo consensualidade e inexistindo filhos menores ou incapazes, realizarem as separações e os divórcios pela via administrativa, nos Tabelionatos de Notas do País.

§§ 3.º e 4.º). Logo, se instaurou um conflito hermenêutico em relação ao dispositivo legal em tela, referente à taxatividade das formas de entidades familiares ali explicitadas; isto é, se somente o casamento, a união estável e a família monoparental poderiam ser considerados entidades familiares ou se outros arranjos familiares não expressamente previstos no dispositivo poderiam ser incluídos no conceito de família constitucionalmente disposto.

Atualmente, prevalece tanto em sede doutrinária²⁶ como jurisprudencial, o entendimento de que deve ser prestigiado o sentido que melhor responda à realização da dignidade da pessoa humana, não se podendo desconsiderar arranjos familiares, ainda que não explicitados no texto constitucional, inclusive as uniões homoafetivas.²⁷ Afirmam a doutrina majoritária que os tipos de entidades familiares explicitados nos parágrafos do artigo 226.º da Constituição Federal são meramente exemplificativos, sem embargo de serem os mais comuns, por isso mesmo merecendo referência expressa.²⁸ É de se notar que, mesmo sem o reconhecimento jurídico como entidade familiar, desde 1950, os arranjos familiares diversos do casamento já eram contabilizados nos censos realizados justamente por representarem um número significativo na sociedade brasileira.

Além do reconhecimento de entidades familiares diversas do casamento, dentre as diversas alterações operadas pelo texto constitucional no ambiente familiar, destacam-se: a equiparação de qualificação de todos os filhos independentemente da origem da filiação (artigo 227.º, § 6.º); a facilitação do divórcio, independentemente de culpa e o planejamento familiar voltado para os princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável (artigo 226.º, § 7.º); e a previsão de ostensiva intervenção estatal no núcleo familiar com o fim de proteger seus integrantes e coibir a violência doméstica (artigo 226.º, § 8.º).

²⁶ Ver, por todos, Paulo Luiz Netto Lôbo, “Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*”, in *Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Família e cidadania: o novo CCB e a vacatio legis*, Belo Horizonte: Del Rey; IBDFAM, 2002.

²⁷ Luís Roberto BARROSO, “Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil”, *Revista Brasileira de Direito Constitucional — RBDC* 17 (jan./jun. 2011) 105-138. Nesse sentido, ver também Maria Celina Bodin de MORAES, “A união entre pessoas do mesmo sexo: uma análise sobre a perspectiva civil-constitucional”, *Revista Trimestral de Direito Civil* 1/1 (jan./mar. 2000); Ana Carla Harmatiuk MATOS, *União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais*, Belo Horizonte: Del Rey, 2004; e Gustavo TEPEDINO, “A legitimidade constitucional das famílias formadas por uniões de pessoas do mesmo sexo”, *Boletim Científico — Escola Superior do Ministério Público da União* 6/22-23 (jan./jun. 2007) 89-116.

²⁸ Paulo Luiz Netto Lôbo, “Entidades familiares constitucionalizadas”.

Após um longo período de dogmas e preconceitos, a família fundada no casamento, preservada e valorizada a qualquer custo como instituição acima dos interesses de seus integrantes, cede lugar a uma família que passa a ser vista como um núcleo intermediário de desenvolvimento da personalidade dos filhos e de promoção da dignidade de seus membros. Nessa concepção, a família passa a ser garantida pela Constituição “não como portadora de um interesse superior e superindividual, mas, sim, em função da realização das exigências humanas, como lugar onde se desenvolve a pessoa”.²⁹

Tais transformações atingiram de forma ainda mais incisiva o direito da filiação. Isso porque, além da consagração do princípio da isonomia, que proíbe qualquer forma de discriminação entre os filhos independentemente do modelo de relação existente entre seus pais³⁰, alterou-se radicalmente o enfoque das relações parentais, hoje calcadas na responsabilidade e na solidariedade familiar. Diante da atual realidade, torna-se claro que a criança e o adolescente são vistos nas relações parentais como a parte vulnerável e, logo, carecedora de maior proteção. Portanto, justificou-se a atuação do legislador constituinte nas questões atinentes ao direito da filiação, impondo-se mais obrigações aos pais e assegurando-se maior proteção aos filhos.³¹ Ao mesmo tempo, a educação passou a exercer uma função emancipatória³², em decorrência da modificação na própria forma de exercício da autoridade parental, hoje concebida como um poder-dever posto no interesse exclusivo do filho e com a finalidade de satisfazer suas necessidades e desenvolvimento de sua autonomia.³³

²⁹ Pietro PERLINGIERI, *O direito civil na legalidade constitucional*, 243.

³⁰ O artigo 227.º, parágrafo 8.º da CF/88, dispõe: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

³¹ Como esclarece Gustavo Tepedino, “a interferência na esfera jurídica dos filhos só encontra justificativa funcional na formação e no desenvolvimento da personalidade dos próprios filhos, não caracterizando posição de vantagem juridicamente tutelada em favor dos pais” — Gustavo TEPEDINO, “A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil-constitucional”, *Revista Trimestral de Direito Civil* 17/5 (jan./mar. 2004) 40-41. Neste sentido também destaca Giselda Maria Fernandes Novaes HIRONAKA, “Responsabilidade Civil na relação paterno-filial”, in *Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família: Família e Cidadania — O Novo CCB e a vacatio legis*, Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002, 429-430): “A responsabilidade dos pais consiste principalmente em dar oportunidade ao desenvolvimento dos filhos, consiste em ajudá-los na construção o da própria liberdade. Trata-se de uma inversão total, portanto, da ideia antiga e maximamente patriarcal de pátrio poder”.

³² Pietro PERLINGIERI, *O direito civil na legalidade constitucional*, 258.

³³ Maria Celina Bodin de MORAES, “Jurisprudência comentada: deveres parentais e responsabilidade civil”, *Revista Brasileira de Direito de Família* 31 (2005) 55-56.

No seio da família constitucionalizada, o indivíduo exclusivamente abstrato, considerado de maneira isolada e detentor de direitos patrimoniais, dá lugar ao sujeito concreto, em suas diversas manifestações.³⁴ Partindo-se da premissa de que “o ordenamento realmente vigente é o conjunto dos ordenamentos dos casos concretos, como se apresentam na experiência do dia a dia, e vive, portanto, exclusivamente enquanto individualizado e aplicado aos fatos e aos acontecimentos”³⁵, é que se pretende analisar a responsabilidade civil nas relações familiares.

3. A incidência da responsabilidade civil nas relações familiares pelo descumprimento dos deveres conjugais e convivenciais e a exposição da infidelidade no ambiente virtual

O legislador infraconstitucional brasileiro, seguindo a mesma linha do Código Civil de 1916³⁶, positivou, no artigo 1.566.º do Código de 2002³⁷, os deveres conjugais recíprocos que pautam a relação daqueles que optam pela via do matrimônio, como requisitos para a sua eficácia. Da mesma forma, impôs deveres aos componentes da união estável, consoante o artigo 1.724.º da mesma Lei.³⁸ Conforme se depreende do texto legal, são deveres conjugais a “fidelidade recíproca”, a “vida em comum no domicílio conjugal”, “a mútua assistência”, o “sustento, guarda e educação dos filhos” e o “respeito e consideração mútuos”.

No entanto, desde a modificação promovida pela Emenda Constitucional n.º 66 de 2010 no §6.º do artigo 226.º da Constituição de 1988, a culpa perdeu relevância para dissolver o vínculo matrimonial, convertendo o divórcio em um direito potestativo (artigo 1.580.º,

³⁴ Luiz Edson FACHIN, *Teoria crítica do direito civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 2000, 11 e s.

³⁵ Pietro PERLINGIERI, *O direito civil na legalidade constitucional*, 201.

³⁶ “O tratamento dado pelo Código Civil de 1916, e conservado pelo Código Civil de 2002 aos deveres conjugais e às suas consequências no momento da ruptura da relação, revela que houve um prolongamento de seu modo de tratamento, sem um repensar profundo acerca da oportunidade de manutenção da descrição dos deveres conjugais e de seus reflexos na separação judicial” — Silvana Maria CARBONERA, *Reserva de intimidade: uma possível tutela da dignidade no espaço relacional da conjugalidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, 232.

³⁷ “Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges: I — fidelidade recíproca; II — vida em comum, no domicílio conjugal; III — mútua assistência; IV — sustento, guarda e educação dos filhos; V — respeito e consideração mútuos.”

³⁸ “Art. 1.724. As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência e de guarda, sustento e educação dos filhos.”

§1.º, do CC). Isso significou um esvaziamento dos efeitos jurídicos dos deveres conjugais no direito de família³⁹, os quais se tornaram meros enunciados morais, e não jurídicos⁴⁰, cujo inadimplemento não tem o condão de afetar a existência, a validade ou a eficácia do casamento.⁴¹

Com efeito, os deveres de mútua assistência, de respeito e consideração mútuos e de sustento, guarda e educação dos filhos são admissíveis e exigíveis⁴², pois se coadunam com a ordem constitucional e decorrem diretamente da solidariedade familiar e da responsabilidade parental, aplicáveis às relações familiares como um todo.

³⁹ Há quem sustente que o descumprimento dos deveres conjugais gera o dever de indenizar por parte daquele que os descumpriu. Nesse sentido, Regina Beatriz Tavares da SILVA, *Reparação civil na separação e no divórcio*, São Paulo: Saraiva, 1999. Em recente decisão o juiz da 2ª Vara Cível de Governador Valadares decidiu que uma técnica de enfermagem, traída, deve ser indenizada pelo rompimento de seu casamento dez dias após a cerimônia. O ex-marido e a amante, réus no processo, terão de pagar, conforme a decisão monocrática, R\$ 50 mil por danos morais, já que a situação teria causado “imenso constrangimento, aborrecimento e humilhação” à mulher. Disponível em: <<http://www.amodireito.com.br/2015/11/ex-marido-e-sua-amante-terao-de.html?m=1>>. Acesso em: 4. fev. 2016.

⁴⁰ Marcos Alves da SILVA, *Da monogamia: a sua superação como princípio estruturante do direito de família*, Curitiba: Juruá, 2013, 317-318, v. 1.

⁴¹ “Eventual ou reiterado, dissimulado ou público, o inadimplemento dos deveres conjugais, por um ou ambos os cônjuges, em nada afeta a existência, a validade ou a eficácia do casamento. O descumprimento de qualquer dos deveres matrimoniais não gera a possibilidade de o cônjuge credor buscar seu adimplemento em juízo. Com o fim do instituto da separação, não é mais permitido sequer imputar ao infrator a culpa pelo fim do amor. A partir da EC 66/10, a dissolução do casamento só pode decorrer do divórcio, que não admite questionamentos sobre causas e motivos (CC 1.580, § 1º)” (Maria Berenice DIAS, *Manual de direito das famílias*, 10.ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, 169). Em sentido contrário, Regina Beatriz Tavares da SILVA, *Reparação civil na separação e no divórcio*, v. 17.

⁴² “Os únicos deveres comuns tanto aos cônjuges quanto aos companheiros que não violam a privacidade e a vida privada deles nem interferem em tal comunhão de vida são o dever de mútua assistência e o dever de sustento, guarda e educação dos filhos. Estes são deveres exigíveis e refletem interesse público relevante” (Paulo Luiz Netto LÔBO, “As vicissitudes da igualdade e dos deveres conjugais no direito brasileiro”, *Revista Brasileira de Direito de Família* 6/26 (out./nov. 2004) 11. Cf. também Marcos Alves da SILVA, *Da monogamia: a sua superação como princípio estruturante do direito de família*, Curitiba: Juruá, 2013, 315-317, v. 1: “relativamente ao direito de sustento, guarda e educação dos filhos, não se pode dizer tratar-se de um dever conjugal, já que independe do casamento. O mesmo pode ser dito sobre o dever de respeito e consideração mútuos, pois este é devido a toda pessoa que estabeleça convivência de qualquer natureza. Para o autor, o único mandamento que pode ser classificado como dever conjugal é o dever de mútua assistência, tanto em sua dimensão moral, consistente em cuidado e atenção, quanto em sua dimensão material, que se refere à provisão de meios para suprir as necessidades da família”.

Em contrapartida, destaca-se em doutrina que o legislador infraconstitucional, com o objetivo de proteger e de manter o vínculo conjugal, positivou verdadeira intromissão estatal na privacidade dos cônjuges, individual e conjuntamente, sendo um instrumento de cunho moral de controle coercitivo.⁴³ Demais a mais, a quebra do dever de fidelidade não impede o reconhecimento da conjugalidade, que deve ser baseada unicamente na vontade livre dos cônjuges de se relacionarem segundo as próprias opções pessoais.

Sob essa perspectiva, afirma Luiz Edson Fachin: “é possível inferir que no tempo presente não mais se insculpe, de modo necessário, o dever de fidelidade como elemento intrínseco da manutenção de uma conjugalidade, dado que, se assim o fosse, o casamento exsurgiria como um instrumento de coerção e repressão sexual. A fidelidade formal se verteu na lealdade substancial. [...] E, ademais, a lealdade a um projeto de vida não faz morada na fria previsão normativa, mas sim no desejo e vontade daqueles que protagonizam tal projeto, e que nele buscam construir as suas vidas”.⁴⁴

Por sua vez, o dever de vida em comum, no domicílio conjugal, denominado de dever de coabitação, não se coaduna com a liberdade dos cônjuges em determinarem a possibilidade e a conveniência de viverem em domicílios separados. A imposição, além de anacrônica, não é justificável dentro do ordenamento jurídico brasileiro⁴⁵, estando pautada em padrões culturais e morais ultrapassados, ainda mais se confrontada com norma do próprio Código Civil, que admite a pluralidade de domicílios (artigo 71.º) e, ainda, com os princípios constitucionais basilares das relações existenciais. A opção pela vida em domicílio comum cabe somente aos cônjuges, de forma que a não observância do dever de coabitação é desprovida de efeitos legais e, portanto, inexigível.⁴⁶

Do dever de coabitação e de vida em comum, parte da doutrina afirma que decorre a obrigação de manutenção de relações sexuais entre os cônjuges. A despeito do entendimento de parcela doutrinária⁴⁷,

⁴³ Luiz Edson FACHIN, “Famílias: entre o público e o privado”, in Rodrigo da Cunha PEREIRA, org., *Família: entre o público e o privado*. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2012, 163; Paulo Luiz Netto LÔBO, *Direito civil: famílias*, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, 143.

⁴⁴ Luiz Edson FACHIN, “Famílias: entre o público e o privado”, 163.

⁴⁵ Maria Berenice DIAS, *Manual de direito das famílias*, 174.

⁴⁶ Paulo Luiz Netto LÔBO, *Direito civil: famílias*, 128-129.

⁴⁷ Regina Beatriz Tavares da SILVA, *Reparação civil na separação e no divórcio*; Jorge Alberto Caras Altas Duarte PINHEIRO, “O núcleo intangível da comunhão conjugal: os deveres conjugais sexuais”, *Revista Brasileira de Direito das Famílias e*

não se sustenta⁴⁸ o denominado débito conjugal dentro de uma ordem constitucional que erige como seu princípio máximo a dignidade da pessoa humana e que delinea, em consequência, a relação sexual como um ato íntimo, voluntário, consensual, livre e espontâneo.⁴⁹ A sexualidade e tampouco a procriação são os propósitos únicos da união entre cônjuges ou conviventes.⁵⁰

Com efeito, a família constitucionalizada deve ser instrumento para promover a dignidade da pessoa humana, da autonomia existencial, da intimidade e da solidariedade⁵¹, não podendo, portanto, ser fonte ou motivação de restrições a quaisquer desses aspectos. As relações conjugais e convivenciais são marcadas pela horizontalidade, representada por indivíduos plenamente capazes de reger seus destinos e de eleger suas escolhas autonomamente.⁵²

A ideia de que os conteúdos da relação íntima é assunto exclusivo

Sucessões 10/4 (jun./jul. 2008) 104.

⁴⁸ “O simples fato de haver arrefecido a paixão ou o desejo não produz qualquer efeito. Ninguém pode ser condenado pela falta do estímulo indispensável para que os contatos físicos sejam um verdadeiro coroamento das relações afetivas que enlaçam o par. Afinal, não é o exercício da sexualidade que mantém o casamento. São muito mais a afetividade e o amor. Desarrazoado e desmedido pretender que a ausência de contato físico de natureza sexual seja reconhecida como inadimplemento de dever conjugal. Tal postura pode, perigosamente, chancelar a violência doméstica, sob a justificativa de garantir o exercício do direito ao contato sexual. Não se pode olvidar a tendência, que prevaleceu por muito tempo, ele desqualificar o estupro conjugal, que repousava na obrigação do coito para os parceiros e era cometido essencialmente por homens, em face do reconhecimento do direito ao exercício da sexualidade” (Maria Berenice DIAS, *Manual de direito das famílias*, 174).

⁴⁹ Marcos Alves da SILVA, *Da monogamia: a sua superação como princípio estruturante do direito de família*, Curitiba: Juruá, 2013, 316, v. 1.

⁵⁰ Registram-se, inclusive, na atualidade, casais que assumem serem assexuados. *Relationships F.A.Q.*, do portal on-line Assexual Visibility and Education Network (AVEN), disponível em <<http://www.assexuality.org/home/?q=relationship.html>>, acesso em: 12 jan. 2016.

⁵¹ “Os princípios constitucionais balizadores da relação conjugal têm na tutela da dignidade da pessoa humana seu princípio estruturante, de modo que dele decorrem os demais princípios, gerais ou específicos, que apontam para a concretização da igualdade, do respeito recíproco e à intimidade, da solidariedade, da autonomia, da liberdade, dentre os vários que possam orientar as relações dos dois eixos” — Silvana Maria CARBONERA, *Reserva de intimidade* 271.

⁵² Como elucida Silvana Carbonera: “Com uma atuação não interventora, mas vigilante, o sistema jurídico permite implementar o respeito à dignidade da pessoa humana na dimensão familiar conjugal na medida em que reconhece aos sujeitos liberdade e autonomia, não intervindo em aspectos pessoais que impliquem em restrição injustificada, sem respaldo constitucional, e dispensável, posto que se trata de uma relação entre dois adultos, que em tese já podem dirigir suas vidas” — Silvana Maria CARBONERA, *Reserva de intimidade* 271.

dos nela envolvidos e que “cada casal é seu próprio legislador” supõe que os sistemas jurídicos eliminem progressivamente os conteúdos que outrora serviam a todos, mas que hoje estão sujeitos à negociação, pois os cônjuges e conviventes, que espontaneamente escolheram adentrar uma comunhão de vida, assumem compromissos próprios.⁵³

Isso não significa a não incidência da responsabilidade civil nas relações afetivas, mas tão somente que a principal discussão doutrinária delineada se refere à responsabilização pelo mero descumprimento dos deveres conjugais e convivenciais.

Nesse sentido, destaca-se em doutrina como melhor solução o entendimento de que o mero descumprimento de algum dever jurídico familiar não enseja o dever de indenizar,

dependendo a incidência das regras de responsabilidade civil no âmbito do direito das famílias da efetiva prática de um ilícito danoso, nos moldes dos arts. 186 e 187, cc. Especificamente quanto ao dano moral, a sua incidência na seara da conjugabilidade ocorrerá como em qualquer outro quadrante do direito civil, sendo necessário caracterizar uma violação a um interesse existencial concretamente merecedor de tutela.⁵⁴

A partir da perspectiva de que o casamento e a união estável são instrumentos de desenvolvimento da personalidade em contraponto à realidade contemporânea em que tudo é precificado, questiona-se se quantificar o inadimplemento afetivo é a melhor saída.

Sob essa perspectiva, adota-se neste trabalho a corrente capitaneada por Maria Celina Bodin de Moraes que conceitua o dano moral

⁵³ Como indaga Guilherme de Oliveira, nos países que abandonaram o divórcio baseado na culpa, “que relevância jurídica tem a violação de um dever conjugal?”. Responde o autor que “o resultado que vem se apurando de tudo isto é o de que da relação entre indivíduos ‘que lutam’, amando-se, pela realização pessoal, desligados de qualquer quadro de valores e de respostas externas — é o de uma ‘relação pura’ (referida por Giddens), apenas baseada no compromisso permanente e na gratificação renovada, que contém em si o acordo prévio sobre a sua dissolução. Trata-se, afinal, [...] de construir relações possíveis, que diariamente tem de julgar e escolher todos os seus passos”. Guilherme de OLIVEIRA, “Queremos amar-nos...mas não sabemos como”, *Temas de direito da família*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, 337.

⁵⁴ Cristiano Chaves de FARIAS / Felipe Peixoto Braga NETTO / Nelson ROSENVALD, *Novo Tratado de Responsabilidade Civil*, 3.^a ed., Rio de Janeiro: Saraiva, 2018, 1089. Destacam os autores: Dessa forma, conforme ensina Rosenvald, o Estado deve interferir minimamente na subjetividade dos indivíduos e na afetividade, sob pena de acabar impondo mais uma vingança do que uma reparação propriamente dita, já que “o amor não é instrumento de lucro ou uso, sendo temerário se pensar um mercado de seguro afetivo no qual as pessoas converterão os riscos das perdas emocionais em um interesse segurável”.

como “a lesão a qualquer dos aspectos da dignidade humana, que se encontra fundada em quatro substratos que, reunidos, a corporificam: os princípios da igualdade, da integridade psicofísica, da liberdade e da solidariedade”.⁵⁵

Verifica-se que o posicionamento da jurisprudência brasileira mais recente, tanto do Superior Tribunal de Justiça como dos principais Tribunais estaduais brasileiros, é no sentido de que o término da sociedade conjugal não é suficiente para configurar o dever de reparar, assim como, a violação do dever de fidelidade não configura ato ilícito. Prevalece o entendimento de que a mera relação extraconjugal, por si só, não gera responsabilidade do cônjuge, bem como inexistente dever de fidelidade do terceiro envolvido.⁵⁶

⁵⁵ Maria Celina Bodin de Bodin de MORAES, *Danos à pessoa humana*, 327.

⁵⁶ BRASIL. STJ. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. ADULTÉRIO. AÇÃO AJUIZADA PELO MARIDO TRAÍDO EM FACE DO CÚMPLICE DA EX-ESPOSA. ATO ILÍCITO. INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DE NORMA POSTA. 1. O cúmplice de cônjuge infiel não tem o dever de indenizar o traído, uma vez que o conceito de ilicitude está imbricado na violação de um dever legal ou contratual, do qual resulta dano para outrem, e não há no ordenamento jurídico pátrio norma de direito público ou privado que obrigue terceiros a velar pela fidelidade conjugal em casamento do qual não faz parte. 2. Não há como o Judiciário impor um “não fazer” ao cúmplice, decorrendo disso a impossibilidade de se indenizar o ato por inexistência de norma posta - legal e não moral - que assim determine. O réu é estranho à relação jurídica existente entre o autor e sua ex-esposa, relação da qual se origina o dever de fidelidade mencionado no art. 1.566, inciso I, do Código Civil de 2002. 3. De outra parte, não se reconhece solidariedade do réu por suposto ilícito praticado pela ex-esposa do autor, tendo em vista que o art. 942, caput e § único, do cc/02 (art. 1.518 do CC/16), somente tem aplicação quando o ato do co-autor ou partícipe for, em si, ilícito, o que não se verifica na hipótese dos autos. 4. Recurso especial não conhecido. Recurso Especial n.º 1122547. 4ª Turma. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Julg. 10/11/2009. DJ. 27.II.2009; BRASIL. TJS. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. MÉDICO QUE TERIA MANTIDO RELAÇÃO EXTRACONJUGAL COM A EX-ESPOSA DO AUTOR NA CONSTÂNCIA DO MATRIMÔNIO. AUSENTE ILICITUDE. IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. - AGRAVO RETIDO - Mostrando-se desnecessário, no entendimento do juiz de primeiro grau, destinatário da produção da prova, que fosse produzida prova oral, não há falar em ocorrência de cerceamento de defesa. Embora se pudesse cogitar de eventual acolhimento do agravo retido, baseado na premissa de que o autor não produziu prova acerca das alegações que constituem sua causa de pedir, porque não lhe fora oportunizado, tal providência seria inócua diante da interpretação jurídica empreendida à questão em exame, relativa ao fato de que o demandado, na condição cirurgião plástico que realizou procedimento na ex-esposa do autor, valeu-se de tal condição para manter relação extraconjugal. *Na realidade, o que se quer dizer neste ponto, mormente quanto à utilidade de eventual provimento do agravo retido, é que provada ou não a efetiva ocorrência da relação extraconjugal aventada na petição inicial, tal circunstância não teria o condão de interferir quanto ao desfecho da demanda,*

As decisões são no sentido de que para haver a “responsabilidade de indenizar é imperioso a existência do dano, ilícito e nexo de causalidade. A infidelidade, por si só, não caracteriza o dano, sendo necessária a demonstração do momento ou fato que lhe causou o constrangimento público alegado”⁵⁷, ou seja, “ostensividade ou publi-

considerando-se, pois, o entendimento preconizado pela própria sentença, no sentido da não configuração da ilicitude por parte do terceiro, em casos como o presente. - RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA - O dever de reparar o dano advindo da prática de ato ilícito, tratando-se de ação baseada na responsabilidade civil subjetiva, regradada pelo art. 927 do Código Civil, exige o exame da questão com base nos pressupostos da matéria, quais sejam, a ação/omissão, a culpa, o nexo causal e o resultado danoso. Para que obtenha êxito na sua ação indenizatória, ao autor impõe-se juntar aos autos elementos que comprovem a presença de tais elementos caracterizadores da responsabilidade civil subjetiva. - SITUAÇÃO CONCRETA DOS AUTOS - Caso em que a eventual ocorrência de relação extraconjugal não tem o condão de responsabilizar o terceiro por supostos danos morais. A obrigação de observar os deveres do casamento previstos no art. 1.566, do Código Civil, é dirigida aos cônjuges reciprocamente. A dissolução da sociedade conjugal ocorre por força da fragilidade do afeto ou mesmo o natural desgaste da relação durante a convivência dos consortes, constituindo-se eventual traição ou mesmo relação extraconjugal não em fator motivador da ruptura da união, mas sim mera decorrência fática de um relacionamento que estava fadado ao insucesso por responsabilidade exclusiva dos próprios cônjuges. Ainda que cedico que o adultério constitua em grave violação aos deveres do matrimônio, ocasionando, na maioria das vezes, sofrimento, decepção e o evidente fracasso da relação conjugal, a impossibilidade de manutenção da convivência configura situação prévia à configuração de uma relação extraconjugal. A vida em comum e a falta de afeto que permitem que situações como a narrada na petição inicial ocorram no nosso cotidiano com alguma frequência, não se podendo, portanto, atribuir eventual fracasso da relação a terceiro, que simplesmente ocupou um espaço que já havia. Precedentes do TJRS. Sentença de improcedência mantida. AGAVO RETIDO E APELO DESPROVIDOS. Apelação Cível n.º 70051519833. 9ª cc. Relator: Des. Leonel Pires Ohlweiler. Julg. 27.02.2013. DJ. 04.03.13.

⁵⁷ BRASIL. TJRS. APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. EX-CÔNJUGE. DANO MATERIAL. ALIMENTOS. PATERNIDADE DESCONSTITUÍDA EM AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. DANO MORAL. Não há dano a ser reparado quanto aos dissabores decorrentes do término da sociedade conjugal. *Para a configuração da responsabilidade de indenizar é imperioso a existência do dano, ilícito e nexo de causalidade. A infidelidade, por si só, não caracteriza o dano, sendo necessária a demonstração do momento ou fato que lhe causou o constrangimento público alegado. Ademais, não há mais a perquirição da culpa na dissolução da sociedade conjugal, sob pena de violação a liberdade, a intimidade e a vida privada do casal.* Também não cabe buscar a indenização frente ao cúmplice do ex-cônjuge, visto que inviável exigir deste o cumprimento de deveres inerentes ao casamento. A procedência da ação negatória de paternidade não gera direito a indenização, haja vista que não se amolda ipso facto as hipóteses de dano moral. DANO MATERIAL. Em primeiro lugar, destaca-se a ilegitimidade passiva dos apelados, porquanto a pensão alimentar foi concedida em prol do menor. Em segundo, salienta-se que a verba alimentar é irrepetível, não sendo cabível o ressarcimento

cidade justificadoras da reparação pretendida”.⁵⁸

Por outro lado, a violação de qualquer aspecto da dignidade enseja a reparação por dano moral. Nesse sentido, encontram-se julgados que reconhecem a violação à dignidade mediante a comprovação de ilícitos como injúria grave, ofensa à liberdade, agressões físicas decorrentes de violência doméstica,⁵⁹ ocultação da paternidade biológica⁶⁰

pleiteado. Apelação desprovida. Apelação Cível n.º 70031864119. 7ª cc. Relator: Des. Jorge Luís Dall’Agnol. Julg. 01.09.2010. DJ. 09.09.2010.

⁵⁸ BRASIL. STJ. Agravo em Recurso Especial n.º 773.894. Relator: Min. João Otávio de Noronha. Julgamento: 05.08.16. DJ. 19.08.16.

⁵⁹ BRASIL. TJRS. RESPONSABILIDADE CIVIL. AGRESSÃO FÍSICA. CÔNJUGES. SEPARAÇÃO. DESAVENÇAS. DANO MORAL OCORRENTE. ÔNUS DA PROVA. QUANTUM. 1. Caso em que restou evidenciada a agressão sofrida pela parte autora. Ausência de comprovação de fato extintivo, modificativo ou impeditivo à tese inicial. Contexto probatório que embasa a causa de pedir trazida pela parte demandante. Excesso na conduta do requerido. Agir desarrazoado. Dano moral ocorrente. Dever de indenizar configurado. 2. O montante indenizatório aos abalos extrapatrimoniais deve observar a proporcionalidade, razoabilidade e o caráter reparatório/punitivo. Valor minorado para R\$ 4.000,00 (quatro mil reais). Mantidos os critérios de atualização da sentença, sob pena de incorrer em reformatio in pejus. DERAM PARCIAL PROVIMENTO À APELAÇÃO. UNÂNIME. Apelação Cível n.º 70066071580. 10ª CC. Relator: Des. Jorge Alberto Schreiner Pestana. Julg. 17.12.15. DJ. 21.01.16.

⁶⁰ BRASIL. STJ. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. UNIÃO ESTÁVEL. DANO MORAL. 1. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. DECISÃO CONTRÁRIA AO INTERESSE DAS PARTES. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO. 2. UNIÃO ESTÁVEL. DEVER DE FIDELIDADE. DESCUMPRIMENTO. OMISSÃO SOBRE A VERDADEIRA PATERNIDADE BIOLÓGICA DE FILHO NASCIDO NA CONSTÂNCIA DO CASAMENTO. DANO MORAL CONFIGURADO. PRECEDENTES. 3. AGRAVO COÑHECIDO PARA DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL N.º 641.396. RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO BELLIZZE. JULG. 16.06.15. DJ. 01.07.15; BRASIL. STJ. RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL. DANOS MATERIAIS E MORAIS. ALIMENTOS. IRREPETIBILIDADE. DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE FIDELIDADE. OMISSÃO SOBRE A VERDADEIRA PATERNIDADE BIOLÓGICA DE FILHO NASCIDO NA CONSTÂNCIA DO CASAMENTO. DOR MORAL CONFIGURADA. REDUÇÃO DO VALOR INDENIZATÓRIO. 1. Os alimentos pagos a menor para prover as condições de sua subsistência são irrepetíveis. 2. O elo de afetividade determinante para a assunção voluntária da paternidade presumidamente legítima pelo nascimento de criança na constância do casamento não invalida a relação construída com o pai socioafetivo ao longo do período de convivência. 3. *O dever de fidelidade recíproca dos cônjuges é atributo básico do casamento e não se estende ao cúmplice de traição a quem não pode ser imputado o fracasso da sociedade conjugal por falta de previsão legal.* 4. *O cônjuge que deliberadamente omite a verdadeira paternidade biológica do filho gerado na constância do casamento viola o dever de boa-fé, ferindo a dignidade do companheiro (honra subjetiva) induzido a erro acerca de relevantíssimo aspecto da vida que é o exercício da paternidade, verdadeiro projeto de vida.* 5. A família é o centro de preservação da pessoa e base mestra da sociedade (art. 226 CF/88) devendo-se preservar no seu âmago a intimidade, a reputação e a autoestima dos seus membros. 6. Impõe-se a redução do valor fixado a título de danos morais por representar solução coerente

e, principalmente, a violação ao direito de imagem, de intimidade e privacidade.

Nesse cenário, com a ampla utilização da Internet pela sociedade, não são poucas as decisões que conferem o dano moral por violação à imagem, privacidade e intimidade em razão da exposição da infidelidade nas redes sociais.

Esse foi o entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul no caso em que foram divulgados vídeos na Internet que sugeriam a traição conjugal.⁶¹ No mesmo sentido, entendeu o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que a exposição do adultério pela amante para terceiros via link de fotos em redes sociais gera o dever de indenizar.⁶²

com o sistema. 7. Recurso especial do autor desprovido; recurso especial da primeira corrê parcialmente provido e do segundo corrê provido para julgar improcedente o pedido de sua condenação, arcando o autor, neste caso, com as despesas processuais e honorários advocatícios. Recurso Especial n.º 922462. 3ª Turma. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Julg. 04.04.13. DJ. 13.05.13.

⁶¹ BRASIL. TJRS. APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DIVULGAÇÃO DE IMAGENS ÍNTIMAS EM CANAL DE VÍDEOS E REDES SOCIAIS SEM AUTORIZAÇÃO. VÍDEOS QUE SUGEREM TRAIÇÃO CONJUGAL. DANOS MORAIS DIRETOS E EM RICOCHETE. - *A divulgação na rede mundial de computadores de vídeos íntimos, ainda que não explícitos, mas sugestivos da ocorrência de sexo extraconjugal acarreta danos extrapatrimoniais à vítima direta (pessoa filmada) e também ao seu cônjuge*, o chamado dano em ricochete. - A concordância tácita durante a gravação não é suficiente para afastar o dever de indenizar, porquanto a divulgação das imagens sem a autorização da pessoa filmada acarreta violação ao direito de intimidade e privacidade. - Quantum indenizatório que deve atentar para as circunstâncias do caso concreto, em que não foi demonstrada a extensão dos danos e não houve rompimento da relação matrimonial. APELAÇÃO DOS AUTORES PARCIALMENTE PROVIDA. APELAÇÃO DO RÉU DESPROVIDA. Apelação Cível n.º 70067051110. 9ª CC. Relator: Des. Carlos Eduardo Richinitti. DJ. 04.02.16.

⁶² APELAÇÃO CÍVEL E RECURSO ADESIVO. AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS. ENVIO DE MENSAGENS E FOTOS PELA RÉ À AUTORA E A TERCEIROS REFERENTES A CASO EXTRACONJUGAL QUE HAVIA MANTIDO COM SEU MARIDO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA PARCIAL. CONDENÇÃO DA RÉ AO PAGAMENTO DE R\$15.000,00 A TÍTULO DE DANOS MORAIS. 1. *O teor jocoso e provocativo das mensagens enviadas não demonstra que a intenção da ré fosse a de simplesmente alertar a autora do caso que havia mantido com o seu marido*, mas, ao revés, evidencia o propósito de humilhar, intimidar e ofender a autora, que, após descobrir a relação extraconjugal havida, aceitou manter o vínculo matrimonial. 2. Ademais, consta dos autos prova de que *a ré buscava desmoralizar a autora em seu meio social ao enviar o link de álbum de fotos do casal para terceiros*. 3. Princípio da dignidade da pessoa humana que deve ser preservado quando violada a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem, assegurando aos ofendidos, na forma do art. 5º da CF, o ressarcimento moral. 4. Danos morais evidenciados, cujo valor fixado de R\$15.000,00 não merece redução tampouco majoração, observadas as peculiaridades do caso concreto. RECURSOS CONHECIDOS E DESPROVIDOS. (TJRJ. Apelação Cível n.º 0372328 —32.2009.8.19.0001 da 11ª Câmara Cível do TJRJ. Rel. Des(a).

Assim, o dano injusto que se colocará como fato gerador da reparação não será o descumprimento dos deveres conjugais, como a fidelidade entre os cônjuges e a lealdade entre os companheiros, mas sim outros bens jurídicos atingidos, ou seja, qualquer aspecto que viole a dignidade. Tanto no contexto do casamento, como no contexto do divórcio e da dissolução da união estável.

4. A responsabilidade dos pais perante o comportamento dos filhos nas redes sociais e o *cyberbullying*

O combate ao *bullying*⁶³ e ao *cyberbullying*⁶⁴, definido pela Lei 13.185/2015 “intimidação sistemática na rede mundial de computadores (*cyberbullying*), quando se usarem os instrumentos que lhe são próprios para depreciar, incitar a violência, adulterar fotos e dados pessoais com o intuito de criar meios de constrangimento psicossocial”, vem sendo considerados questão de política pública no Brasil e em diversos países ao redor do mundo.

A questão é tão grave que vem ocasionando suicídios, principalmente de crianças e adolescentes, denominado de *bullycidio*,⁶⁵ sendo também identificado como possível causa de chacinas em escolas praticadas por adolescentes vítimas de *bullying*⁶⁶ ou de *cyberbullying* em todo o mundo.⁶⁷

Fernando Cerqueira Chagas. Julg. 07/06/2017).

⁶³ Artigo 1.º § 1º, da Lei 13.185/2015. No contexto e para os fins desta Lei, considera-se intimidação sistemática (*bullying*) todo ato de violência física ou psicológica, intencional e repetitivo que ocorre sem motivação evidente, praticado por indivíduo ou grupo, contra uma ou mais pessoas, com o objetivo de intimidá-la ou agredi-la, causando dor e angústia à vítima, em uma relação de desequilíbrio de poder entre as partes envolvidas.

⁶⁴ Artigo 2.º Parágrafo único, da Lei 13.185/2015.

⁶⁵ Dez casos de *bullying* que tiveram consequências graves. Disponível em: <<http://www.iefap.com.br/noticia/10-casos-de-bullying-que-tiveram-consequencias-graves>>. Acesso em: 9 out. 2018.

⁶⁶ No Brasil, o “Massacre de Realengo” ocorrido em 2011, chamou a atenção do mundo quando, no Rio de Janeiro, Wellington Menezes de Oliveira, entrou armado em uma escola e tirou a vida de 12 adolescentes antes de cometer suicídio. O autor do massacre havia sido aluno da mesma escola e teria sofrido com *bullying*, motivo pelo qual especula-se que o fez planejar o massacre. As famílias de todas as vítimas desenvolveram a “Associação dos Anjos de Realengo” com o intuito de lutar contra o *bullying* e evitar a formação de outros jovens que, assim como Wellington, acabam recorrendo a atitudes violentas diante da intimidação.

⁶⁷ *Bullying* motivou 87 ataques em escolas, diz estudo dos EUA, G1, 16 abr. 2011. Disponível em: <<http://g1.globo.com/educacao/noticia/2011/04/bullying->

Como destaque para o agravamento exponencial do dano e da violência psicossocial sofrida pela vítima, destaca-se em doutrina as características específicas do *cyberbullying*, que “permite ataques anônimos; torna o dano indelével e, portanto, permanente; desconhece limites espaciais; e pode envolver um número significativamente maior de expectadores”.⁶⁸

Outra forma de violência considerada como uma das principais causas de *bullying* e *cyberbullying* entre adolescentes nas escolas é a chamada pornografia da vingança ou *revenge porn*. Ela consiste na prática de um ato ilícito que se materializa com a divulgação em sites, aplicativos e redes sociais de imagens com cenas de intimidade, nudez e sexo, com o único objetivo de colocar a pessoa em situação vexatória e constrangedora diante dos amigos, pais, parentes, escola e toda a sociedade.⁶⁹

A gravidade da questão, que já chegou ao Superior Tribunal de Justiça⁷⁰ e gerou a promulgação de duas leis no Brasil, impondo uma reflexão mais aprofundada e multidisciplinar sobre o tema.⁷¹

Quanto à incidência da responsabilidade civil, o sistema vigente dispõe que os pais são responsáveis pela reparação civil em relação aos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia.⁷² Adverte-se em doutrina que “embora essa posição seja tranquila em nossa jurisprudência, na prática, já se chegou a afirmar que essa espécie de ação faz com que o *cyberbullying* arruíne a vida não de uma criança, mas sim de duas”.⁷³

-motivou-87-de-ataques-em-escolas-diz-estudo-dos-eua.html>. Acesso em 12. out. 2018.

⁶⁸ Anderson SCHREIBER, “Cyberbullying: responsabilidade civil e efeitos na família”, disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/m/conteudo/colunas/cyberbullying-responsabilidade-civil-e-efeitos-na-familia/18295>>, acesso em 12. out. 2018.

⁶⁹ Chiara Spadaccini de TEFFÉ, “Divulgação não autorizada de imagens íntimas na Internet: o caso da pornografia de vingança”, in Maria Celina Bodin de MORAES / Caitlin MULHOLLAND, org., *Privacidade hoje: Anais do I Seminário de Direito Civil da PUC-Rio*, publicado em 11 de julho de 2018, disponível em <https://www.academia.edu/35797545/Divulgacao_nao_autorizada_de_imagens_intimas_na_Internet_o_caso_da_pornografia_de_vinganca>, acesso em 12 ago. 2018.

⁷⁰ BRASIL, STJ. Recurso Especial n.º 1.517.973. 4ª Turma. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Julg. 16.11.17. DJ. 01.02.2018. BRASIL, STJ Recurso Especial n.º 1.639.690. Relator: Min. Regina Helena Costa. Julg. 30.11.16. DJ. 09.12.16 e BRASIL, STJ. Agravo em Recurso Especial n.º 124.562. Relator: Min. Antonio Carlos Ferreira. Julg. 02.02.15.

⁷¹ Lei n.º 13.185/2015 e Lei n.º 13.663/2018.

⁷² Artigo 932.º do CC/2002.

⁷³ Anderson SCHREIBER, “Cyberbullying: responsabilidade civil e efeitos na família”.

Além da responsabilização dos pais, a lei brasileira prevê a responsabilidade civil dos estabelecimentos de ensino públicos e particulares.⁷⁴ No entanto, tratando-se *cyberbullying* difícil se faz configurar a responsabilidade por atos além das fronteiras físicas do ambiente escolar, já que não há qualquer ingerência do estabelecimento de ensino em relação à criação de grupos de *WhatsApp*, tampouco ao comportamento dos alunos nas redes sociais.

No Brasil, recente lei editada em 2018 objetivou combater o *bullying* e o *cyberbullying* no ambiente escolar, dispondo que “os estabelecimentos de ensino terão a incumbência de promover medidas de conscientização, de prevenção e de combate a todos os tipos de violência, especialmente a intimidação sistemática (*bullying*), no âmbito das escolas; bem como estabelecer ações destinadas a promover a cultura de paz nas escolas”.⁷⁵ Na França, foi aprovada em caráter definitivo pelo Parlamento, lei que proíbe a utilização de telefones celulares e qualquer objeto conectado à internet, como *tablets* e relógios, em escolas públicas, para crianças entre 6 e 15 anos de idade.⁷⁶

É preciso refletir se as responsabilidades civil e penal têm se mostrado eficiente no combate a prática e a prevenção do *bullying* e do *cyberbullying*. Também é discutível se medidas, como a proibição de uso de celulares nas escolas na França são, de fato, as mais adequadas, pois a opção por um paternalismo exacerbado ao invés de um real auto implicação dos adolescentes, pais, escolas e sociedade não parece a melhor solução.

Em estudo doutrinário aprofundado sobre o tema destacou-se as práticas restaurativas e as propostas de difusão de cultura de paz como estratégias para a pacificação dos conflitos.⁷⁷ E a ressignificação

⁷⁴ Uma das modalidades do *cyberbullying* é denominada de *cyberostracismo*, que se configura na exclusão de grupos de *whatsapp*.

⁷⁵ Artigo 12.º da Lei n.º 13.663/2018.

⁷⁶ Disponível em <<https://g1.globo.com/educacao/noticia/2018/07/31/parlamento-frances-aprova-proibicao-dos-celulares-em-escolas-na-franca.ghtml>>, acesso em 12. out. 2018.

⁷⁷ A justiça restaurativa é uma ideia que vem sendo trazida por diversos estudiosos para lidar com a questão do *bullying* escolar. Os círculos restaurativos buscam solucionar problemas entre alunos a partir do diálogo honesto entre eles. A ideia, como forma de prevenção parece interessante é vista com entusiasmo por pedagogos. [...] Outra medida relevante é a promoção de uma cultura generalizada de direitos humanos, que representa forte evolução social para qualquer sociedade. Nessa questão, escola e pais devem esmerar-se em criar seus filhos para que aprendam a ser solidários e responsáveis frente às outras pessoas. (Fernanda COHEN, *Agressões à pessoa em desenvolvimento: o problema do bullying escolar*, Rio de Janeiro: UERJ, Dissertação de Mestrado, 2017).

das ações nas práticas docentes. A necessidade de uma abordagem multidisciplinar parece ser a única forma de se realizar um verdadeiro combate à prática do *cyberbullying*. Sem o envolvimento da família, da escola e de toda a sociedade civil não se mostra viável uma efetiva e sustentável solução do problema.

5. Os métodos adequados para resolução de conflitos: em busca da construção da paz

A responsabilidade civil tem se mostrado limitada para restaurar relações continuadas, como as relações familiares e a relação entre crianças e adolescentes no ambiente escolar. A judicialização da questão vem gerando, muitas vezes, o efeito reverso, pois embora a lide ponha fim ao processo, nessas relações raramente ela põe fim ao conflito. É preciso tratar do conflito doloroso, é preciso minimizar a dor. A promoção dos métodos não adversariais de resolução de conflitos, como a mediação, os círculos restaurativos e a própria advocacia colaborativa, têm se mostrado muito mais eficientes para o resgate da relação e a real auto implicação e responsabilização das partes envolvidas.

Hoje se questiona até que ponto delegar ao Estado a incumbência de dirimir as divergências familiares e relações continuadas é uma alternativa possível ou a melhor solução. Não por acaso é que os métodos adequados para a solução de conflitos vêm ganhando relevo no cenário nacional.

Desde 2010, quando editada a Resolução 125 do CNJ de 2010, o Brasil adotou uma política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos pelo qual criou-se um novo sistema de Justiça multiportas, tal como ocorrido nos Estados Unidos a partir da década de 1970. Em 2015, tanto a Lei de Mediação⁷⁸ quanto o novo Código de Processo Civil⁷⁹ concretizaram essa preocupação com a mudança de cultura, “promovendo a cultura da paz em substituição à cultura do litígio, da guerra”.⁸⁰

As limitações de uma decisão por meio do processo judicial são

⁷⁸ Lei 13.140/2015.

⁷⁹ O artigo 1.º § 3º, da Lei 13.105/2015 dispõe que “A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”.

⁸⁰ Dora Rocha AWAD / Marília Campos Oliveira e TELLES, “Mediação após o Novo Código de Processo Civil e a Lei de Mediação — avanço ou retrocesso?”, *Revista de Arbitragem e Mediação* 57 (Abr. — Jun, 2018) 355-372.

evidentes ao se considerar que, por mais preparados e cuidadosos que tenham sido os agentes judiciais envolvidos, a decisão é sempre tomada por um terceiro estranho às partes, que por elas decide, muitas vezes, com pouco conhecimento sobre as particularidades daquele contexto familiar.⁸¹ Assim se perdem as peculiaridades do caso concreto, um dos principais atrativos do direito civil, constitucional.

Comparando-se o direito material ao desenrolar dos processos judiciais, o que se verifica é justamente a insuficiência destes e a demora na resolução dos litígios. Fala-se, ao término de um processo, em vencedores e perdedores; mas, no fundo, só há perdedores, em razão do tempo gasto, da energia consumida, do amargor gerado no íntimo de cada um dos envolvidos.⁸² Se, por um lado, o acesso à jurisdição permite a garantia dos direitos tutelados pelo ordenamento, por outro, permitir a utilização dessa mesma jurisdição como meio de satisfações individuais e privadas advindas de questões exógenas ao direito pode vir a representar um desvio da prestação jurisdicional.⁸³

Não se pode negar que a intervenção judicial seja necessária em diversos casos, mas isso não deve ser a regra, mas, sim, a exceção. O direito assumiu hoje, mais do que nunca, um papel transformador, sobretudo de fomento a condutas socialmente desejadas. Essa insatisfação com a abordagem judicial dos conflitos tem identificado a mediação interdisciplinar e os demais métodos adequados como a melhor saída para a “a transformação dos conflitos de forma pacífica para que se resolvam os problemas com menor custo emocional, econômico e social”.⁸⁴ Na busca da melhor solução para o caso concreto, à luz do diálogo e das recíprocas concessões, em vez da substituição da vontade das partes pela imposição do Estado-juiz, a mediação mostra-se, na grande maioria das vezes, muito mais vantajosa. Ao contrário da lógica do ganhar e perder, ínsita aos processos judiciais, a mediação busca que as partes em conflito identifiquem por si mesmas as alter-

⁸¹ Renata Guimarães POMPEU, “A mediação nos conflitos familiares: convite ao exercício dialógico da autonomia privada”, in Ana Carolina Brochado TEIXEIRA / Gustavo Pereira Leite RIBEIRO, org., *Problemas da família no direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, 104.

⁸² Pablo Antonio LAGO, “O princípio da solidariedade familiar: importância e eficácia”, in Gustavo TEPEDINO / Luiz Edson FACHIN, org., *Diálogos sobre direito civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 2012, 281, v. 3.

⁸³ Leonora Roizen Albek OLIVEN, *A judicialização da família*, disponível em <<http://portalrevistas.ucb.br/index.php/rvmd/article/view/2546/1550>>, acesso em: 4 jan. 2015.

⁸⁴ Maria Berenice DIAS / Giselle Câmara GROENINGA, *A mediação no confronto entre direitos e deveres*, disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=42>>, acesso em: 8 nov. 2014.

nativas do benefício mútuo.⁸⁵

Já há algum tempo, no âmbito dos conflitos familiares e sociais, diversos países promovem políticas públicas efetivas para a promoção e utilização de métodos não adversariais. A formação e a capacitação de mediadores e dos próprios juízes, bem como a advocacia colaborativa ganham cada vez mais espaço no cenário mundial.⁸⁶

A importância da escolha da forma adequada para a resolução de conflitos pode ser demonstrada pela sua crescente adoção por diversos países, como Canadá⁸⁷, França⁸⁸ e Estados Unidos⁸⁹, sendo a

⁸⁵ Segundo Águida Arruda Barbosa, “no Brasil, a mudança de comportamento, visando a uma nova ética no trato dos conflitos familiares, depende do primeiro profissional que recebe o sujeito do conflito. Culturalmente, recorre-se ao advogado que pode agir como incentivador do litígio, ou pela ética da inclusão, promovendo o encontro dos sujeitos do conflito, ou indicando um mediador” (Águida Arruda BARBOSA, “Educação para mediar; não mais para litigar”, disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/?boletim&artigo=293>>, acesso em: 10 nov. 2015).

⁸⁶ Sobre o tema, v. Stuart G. WEBB / Ronald OUSKY, *The collaborative way to divorce*, New York: Plume, 2007. Na definição do Instituto Brasileiro de Práticas Colaborativas, essas “consistem numa abordagem multidisciplinar, não adversarial e extrajudicial de resolução de controvérsias. [...] Através da manutenção da autonomia, fomentamos o diálogo produtivo e respeitoso, pautado no espírito colaborativo e na boa-fé, buscando acordos sustentáveis com os quais toda a família possa conviver. [...] As práticas colaborativas oferecem análise e abordagem das situações problemáticas, que favorecem não somente a composição das diferenças interpessoais daqueles que integram esses contextos, mas, especialmente, uma ampliação de habilidades para os diálogos futuros. De grande alcance social, essas práticas cuidam da construção de consenso na vigência das discordâncias, possibilitando, em paralelo, o restauro e a manutenção das relações sociais.” Mais informações disponíveis em: “<http://praticascolaborativas.com.br/home/na-area-de-familia.php>”. Acesso em: 17 jan. 2017.

⁸⁷ No Canadá e na França, onde a prática é desenvolvida há bastante tempo, a mediação não objetiva o acordo em si, este é uma consequência lógica da transformação do conflito pelas mãos dos mediandos, sob o olhar atento e imparcial do mediador (Gustavo ANDRADE, “Mediação familiar”, in Fabíola Santos ALBUQUERQUE *et al.*, coord., *Famílias no direito contemporâneo: estudos em homenagem a Paulo Luiz Netto Lôbo*, Salvador: JUSPDVM, 2010, 494).

⁸⁸ A presidente da Comissão de mediação do IBDFAM, Águida Arruda Barbosa, destaca que, “na França, onde a mediação está no plano de excelência tanto de fundamentação teórica como na organização da prática social, as pessoas já conhecem e reconhecem este meio de acesso à justiça e procuram os centros privados de prestação desse serviço especializado. Já houve mudança de comportamento dos jurisdicionados que buscam a justiça doce, como costumam qualificar a mediação” (Águida Arruda BARBOSA, “Educação para mediar; não mais para litigar”).

⁸⁹ Nos Estados Unidos, a mediação é voltada predominantemente para a resolução de um conflito estabelecido, com vistas a evitar uma demanda judicial e cumprir seu papel de método alternativo de resolução de conflitos, objetivando a obtenção de um acordo (Gustavo ANDRADE, “Mediação familiar”, 494).

mediação a principal prática atualmente adotada. A nova legislação brasileira, embora bastante comemorada, demanda grande empenho para que se implemente uma efetiva mudança cultural, não só dos intérpretes e dos aplicadores do direito, mas da sociedade como um todo. A necessidade de se terem credibilidade e consciência dos reais benefícios trazidos pelos métodos adequados de solução de conflitos por toda a sociedade é essencial para a construção de um novo modelo de justiça cooperativa, colaborativa e democrática.

A imposição de um processo de divórcio à via judicial, por exemplo, sem a tentativa de uma solução via à adoção de métodos não adversariais, acaba por inevitavelmente afunilar em excesso as questões em discussão, dando grande enfoque aos reflexos patrimoniais da dissolução, ao passo que o problema existencial por trás da separação do casal permanece ignorado. O resultado é um processo não apenas custoso, como também desgastante e pouco proveitoso às partes. Pelo contrário, em um modelo menos belicoso e colaborativo de resolução de conflitos, como na mediação e nas práticas colaborativas, as relações continuadas têm muito a ganhar, na medida em que não se pretende promover o consenso absoluto entre as partes, mas, sim, possibilitar entre elas um efetivo ajuste de condutas de autoria dos próprios envolvidos no conflito, tornando possível o convívio.⁹⁰

O grau de interferência de um terceiro na elaboração de uma solução é, inclusive, uma das essenciais características que distinguem a mediação da conciliação. Isso porque, enquanto na conciliação o objetivo central é a realização de um acordo, na mediação o mediador apenas age como um facilitador, capacitando a comunicação entre as partes sem induzi-las a um consenso. De fato, o mecanismo contencioso não se ajusta a determinados tipos de litígios nos quais se faz mais necessário atentar para os problemas sociais que estão na base da litigiosidade do que para os sintomas que revelam a sua existência.

Assim, a principal característica dos métodos não adversariais é a transformação do conflito em prol da salvaguarda do vínculo entre as partes, bem como a construção de uma “responsabilização mútua pelo sucesso de uma solução, viabilizando parâmetros que tornem possível a negociação futura”.⁹¹ Isso porque, na mediação, em especial, o exercício autônomo de escolha das próprias condutas exige alteridade, isto é, somente pode ser feito diante do outro e em consi-

⁹⁰ Renata Guimarães POMPEU, “A mediação nos conflitos familiares”, 105.

⁹¹ Walsir Edson RODRIGUES JÚNIOR, *A prática da mediação e o acesso à justiça*, Belo Horizonte: Del Rey, 2006, 79.

deração ao outro.⁹² Bem como nas práticas colaborativas o consenso é construído com o apoio da equipe multidisciplinar.

O protagonismo dos envolvidos e a mudança de cultura da sociedade com o advento da promoção e utilização dos métodos não adversariais se mostram como um novo modelo de justiça participativa, colaborativa, não interventiva, eficaz e, principalmente, mais democrática. Um resgate da finalidade e do sentido do Direito em busca da pacificação social e da construção da cultura da paz.

O filósofo Schopenhauer comparou o dilema humano ao de dois porcos espinhos que tentam sobreviver a um inverno gelado. Para não morrerem congelados, eles procuram calor e conforto aproximando-se. Mas, quanto mais perto chegam, mais se furam com seus espinhos. Machucados e irritados vão para bem longe um do outro, para evitar espetarem-se. Mas os pobres coitados perdem todo o conforto e o calor que poderiam se dar e voltam a ficar ameaçados de morrer de frio novamente. Então, mais uma vez se aproximam. Por fim, movimentando-se para frente e para trás, aprendem a viver um com o outro, de maneira que nenhum deles seja espetado seriamente, mas ainda assim permaneçam suficientemente juntos para viver com razoável conforto. Talvez seja esse o maior desafio da humanidade.

⁹² Renata Guimarães POMPEU, “A mediação nos conflitos familiares”, 109.

