



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

A Restituição Do Lucro Ilícito Obtido Pelo Lesante

Maria Beatriz Soares Passos

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2021



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

A Restituição do Lucro Ilícito Obtido pelo Lesante

Maria Beatriz Soares Passos

Orientadora: Doutora Maria João Sarmento Pestana de Vasconcelos

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2021

*Aos meus pais por todo o apoio e amor incondicional,
À minha irmã e ao Pedro por estarem sempre do meu lado,
À Constança por toda a alegria que me transmite,
Ao Manel por toda a paciência, auxílio e por nunca me deixar desistir,
À minha orientadora pela disponibilidade e por todo o apoio que meu deu,*

Muito obrigada!

RESUMO

A presente dissertação tem como principal objetivo a procura de um mecanismo capaz de restituir o lucro obtido pelo lesante, através da prática de um facto ilícito, que ultrapassa os danos efetivamente sofridos pelo lesado. Analisaremos as finalidades da responsabilidade civil de modo a perceber se a restituição pode ocorrer por via deste instituto. Neste contexto, negaremos a admissibilidade da condenação em danos punitivos no ordenamento jurídico português. Procuraremos equacionar em que medida a restituição do lucro ilícito poderá ter lugar no âmbito de outros institutos civilísticos, como o enriquecimento sem causa e a gestão de negócios. Por fim, procederemos ao enquadramento dogmático da restituição do lucro ilícito no seio do instituto da responsabilidade civil, configurando o lucro como um dano não patrimonial autonomamente sofrido pelo lesado.

Palavras-Chave: Lucro Ilícito; Responsabilidade Civil; Danos Não Patrimoniais; Danos Punitivos; Enriquecimento Sem Causa; Gestão Imprópria de Negócios.

ABSTRACT

This dissertation has as its main objective the search for a mechanism capable of recover the profit obtained by the damaging party, through the practice of an illicit fact, which exceeds the damages actually suffered by the injured party. We will analyse the purposes of civil liability in order to understand whether the restitution may occur through this institute. In this context, the admissibility of punitive damages in the Portuguese legal system will be denied. We will seek to consider the extent to which the restitution of illegal profit may take place within the scope of other civil institutes, such as unjust enrichment and business management. Finally, we will proceed to the dogmatic framing of the restitution of illegal profit within the institute of civil liability, configuring the profit as a non-pecuniary damage autonomously suffered by the injured party.

Keywords: Illegal Profit; Civil Liability; Non-Material Damages; Punitive Damages; Unjust Enrichment; Improper Business Management.

ÍNDICE

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS	7
INTRODUÇÃO.....	8
1. Finalidades da Responsabilidade Civil.....	10
1.1 Finalidade Reparadora	10
1.2 Finalidade Preventiva e Punitiva	11
1.2.1 Admissibilidade da Condenação em Danos Punitivos?	17
2. Outros Institutos Civilísticos	24
2.1 Enriquecimento Sem Causa – Enquadramento Geral.....	24
2.2.1. Posição sobre a questão	27
2.2 Gestão de Negócios – Enquadramento Geral	30
2.2.1 Gestão Imprópria de Negócios	33
2.2.2 Posição sobre a questão	36
3. A Restituição do Lucro Ilícito em Sede de Responsabilidade Civil.....	37
CONCLUSÃO.....	42
BIBLIOGRAFIA	43

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

Ac.	Acórdão
art(s).	artigo(s)
Cfr.	Conforme
CRP	Constituição da República Portuguesa
ed.	edição
<i>et al.</i>	<i>et alii</i>
i.e.	isto é
n.º	número
<i>op. cit.</i>	<i>opere citato</i>
org.	organização
p. ex.	por exemplo
p(p).	página(s)
rev. e at.	revista e atualizada
sgs	seguintes
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
<i>s.n.</i>	<i>sine nomine</i>
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa
Vol.	Volume

INTRODUÇÃO

A prática de um facto ilícito, além de provocar danos ao titular do direito, conduz muitas vezes à obtenção, pelo autor do facto, de uma vantagem patrimonial que ultrapassa os danos efetivamente sofridos pelo lesado. A tal vantagem patrimonial chamaremos de “lucro ilícito”.

Pense-se nos casos em que os meios de comunicação divulgam notícias falsas, difamatórias e desonrosas relativas à vida privada das chamadas “figuras públicas”, utilizam a sua imagem de forma abusiva e/ou até sem a sua autorização. Desta forma, estes conseguem obter lucros avultados decorrentes do incremento das vendas e audiências, lucros esses que vão ser superiores à eventual indemnização que terão de pagar, mais tarde, aos lesados. Pense-se também na hipótese de um fabricante de automóveis que, depois de descobrir um sério problema num dos seus modelos, decide não o reparar, pois, após uma devida análise de custos, prefere arriscar e sujeitar-se ao pagamento das eventuais indemnizações pelos danos causados, já que os lucros que obteria seriam sempre superiores em relação às indemnizações e ao lucro que obteria se realizasse as alterações necessárias para resolver o problema.

Muito devido ao facto de a indemnização se encontrar limitada pelo dano, bem como pela dificuldade de avaliação dos danos não patrimoniais, situações como as descritas são cada vez mais usuais. Os agentes económicos encontraram um novo modo de lucrar com a violação de direitos alheios, pois, sempre que prevejam que o lucro que a conduta ilícita pode produzir seja superior às eventuais indemnizações que terão de pagar ao lesado, não hesitarão em praticar o facto ilícito, já que o resultado final é ainda lucrativo. Aliás, a dificuldade da questão é ainda reforçada, neste contexto, pela heterogeneidade das situações em que pode surgir um lucro ilícito.

Este tipo de situações e raciocínios forçam-nos a procurar soluções jurídicas capazes de tutelar estas novas realidades. A verdade é que o instituto da responsabilidade civil consente a eliminação do lucro ilícito como dano e até ao montante do dano, mas não do lucro ilícito que excede o dano. A questão que nos propomos tratar consiste precisamente em averiguar se este lucro que excede o dano e que o lesante obteve através da prática do facto ilícito deve permanecer na esfera do lesante ou deve ser restituído ao lesado. Considerar que deve permanecer na esfera do lesante significaria premiar o lesante pela prática do facto ilícito, o que, de acordo com a nossa perspectiva não seria aceitável.

Por outro lado, a restituição deste lucro à esfera jurídica do lesado leva-nos a repensar o instituto da responsabilidade civil e as suas funções.

O objetivo deste trabalho é, portanto, descobrir qual o instrumento jurídico adequado a retirar da esfera jurídica do lesante o lucro por este obtido através da prática de um facto ilícito.

Para resolver esta questão começaremos por examinar as funções que a responsabilidade civil desempenha com o propósito de perceber se a restituição do lucro ilícito pode ser possível no âmbito deste instituto. Neste contexto, abordaremos o tema dos *punitive damages*, mormente a sua (in)admissibilidade no ordenamento jurídico português. Em seguida, averiguaremos se outros institutos civilísticos – enriquecimento sem causa e gestão de negócios – se mostram adequados a resolver o problema que nos ocupa. Só depois de encetarmos este percurso é que estaremos em condições de estabelecer o enquadramento legal ao abrigo do qual se deve restituir o lucro ilícito obtido pelo lesante.

São estas as linhas de tratamento do problema que selecionamos como tema da nossa dissertação.

1. Finalidades da Responsabilidade Civil

A responsabilidade civil é, de acordo com a lei portuguesa, uma das fontes das obrigações. Surge quando é imposta a uma pessoa a obrigação de reparar os danos sofridos por outra, por outras palavras, o dano do lesado é transferido através da constituição de uma obrigação de indemnizar (arts. 562.º e sgs¹)².

Como qualquer instituto jurídico, a responsabilidade civil visa realizar uma ou mais finalidades. Ora, a adequada resolução do problema alvo deste estudo exige que se percorram essas finalidades de modo a perceber se o lucro do agente pode ser restituído através do regime da responsabilidade civil.

1.1 Finalidade Reparadora

A responsabilidade civil exerce uma finalidade reparadora na medida em que se destina a colocar o lesado no estado em que este se encontraria se não tivesse havido lesão (art. 562.º)³. Visa, portanto, eliminar o dano, quer através da restauração natural, da indemnização por equivalente ou da via compensatória, no caso dos danos não patrimoniais⁴. Por conseguinte, trata-se de um meio através do qual se vai tornar *indemne* aquele que, devido a uma ação ilícita e culposa de outrem, sofreu prejuízos⁵.

Conforme afirma Pessoa Jorge “[...] se a responsabilidade civil consiste, por definição, na obrigação de *indemnizar prejuízos*, não pode imaginar-se sem estes”⁶. A verdade é que sem dano não há qualquer obrigação de indemnização, pelo que este, para além de constituir um pressuposto da aplicação deste instituto, surge como limite e

¹ Salvo referência em contrário, todas as normas para as quais se remeta pertencerão ao atual Código Civil Português.

² Cfr., entre outros, ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 12.ª ed. (rev. e at.), Coimbra, Almedina, 2009, pp. 517-520; INÊS COSTA, “O Nexo de Causalidade e o Problema da Causa Virtual: À Luz do Actual Código Civil Português”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. 87 (2), 2011, pp. 839-844 e MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações – Introdução – Da Constituição das Obrigações*, Vol. I, 15.ª ed., Coimbra, Almedina, 2018, pp. 279 e 402-404.

³ PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil*, Coimbra, Almedina, 1999 (reimpressão), p. 49.

⁴ CARNEIRO DA FRADA, *Direito Civil – Responsabilidade Civil – O Método do Caso*, Coimbra, Almedina, 2010 (reimpressão), p. 64.

⁵ MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Lições de Responsabilidade Civil*, Cascais, Príncipeia, 2017, p. 43 e GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações*, 7.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2010 (reimpressão), pp. 208 e 418.

⁶ Cfr. PESSOA JORGE, *op. cit.*, pp. 48-49.

medida da indemnização⁷. Assim, somente em função do dano é que a responsabilidade civil realiza a sua finalidade ressarcitória⁸.

A opinião generalizada, com a qual concordamos, é a de que a função reparadora é a função primária da responsabilidade civil⁹. Aliás, quando se discute acerca das finalidades da responsabilidade civil, a existência desta não é colocada em causa. Antes pelo contrário, procura-se saber se é possível apontar a este instituto jurídico outras funções, ultrapassando-se assim o dogma da função exclusivamente reparatória da responsabilidade civil. É dessa questão que nos ocuparemos de seguida.

1.2 Finalidade Preventiva e Punitiva

Antes de mais, importa salientar que iremos tratar estas duas finalidades conjuntamente, seguindo de perto o entendimento de Júlio Gomes segundo o qual “[...] prevenção e punição são duas faces de uma mesma medalha, expressões de um único princípio, [...] «o controlo de condutas ilícitas»”¹⁰. Entendemos ser este o caminho mais adequado, pois, afinal de contas, a punição de um comportamento tem como objetivo prevenir a sua prática, daí não fazer sentido tratar estas duas finalidades separadamente. Com efeito, constata-se que a maioria dos Autores que se referem à finalidade punitiva, quer reconhecendo-a, quer negando-a, a conectam com o escopo preventivo.

Escreve Menezes Cordeiro que “[...] a responsabilidade civil tem um papel punitivo: visa ressarcir o mal feito e desincentivar, quer junto do agente, quer junto de outros elementos da comunidade, a repetição das práticas prevaricadoras”¹¹.

⁷ MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “Reflexões em Torno da Responsabilidade Civil: Teleologia e Teleonomologia em Debate”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. 81, Coimbra, 2005, p. 516.

⁸ ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, p. 590. Para mais desenvolvimentos sobre a noção e espécies de dano, veja-se as pp. 591 e sgs.

⁹ Cfr., entre outros, ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, p. 521, nota (3), p. 532, nota (2) e p. 590; ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 10.^a ed. (rev. e at.), Coimbra, Almedina, 2016, p. 542; INÊS COSTA, *op. cit.*, p. 844; MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Lições*, *op. cit.*, p. 43; MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, *op. cit.*, p. 280; MOTA PINTO, *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 819; PESSOA JORGE, *op. cit.*, pp. 10 e 52 e RUI ALARCÃO, *Direito das Obrigações*, Coimbra, s.n., 1983, p. 247.

¹⁰ Cfr. JÚLIO GOMES, “Uma função punitiva para a responsabilidade civil e uma função reparatória para a responsabilidade penal?”, *Revista de Direito e Economia*, Ano XV, 1989, p. 106. Em sentido contrário, PEDRO QUINTAES PERES, “A exclusão do lucro ilícito do património do lesante: uma análise do lucro da intervenção nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro”, *Revista Julgar Online*, dezembro de 2019, disponível em <http://julgar.pt/a-exclusao-do-lucro-ilicito-do-patrimonio-do-lesante-uma-analise-do-lucro-da-intervencao-nos-ordenamentos-juridicos-portugues-e-brasileiro/>, consultado em 25/jan/2021, p. 6.

¹¹ Cfr. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português I - Parte Geral - Tomo III - Pessoas*, 2.^a ed. (rev. e at.), Coimbra, Almedina, 2007, p. 118. Veja-se, ainda o disposto nas pp. 174 e 258. Repare-se que o Autor em MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações*, Vol. II, Lisboa, AAFDL, 1990, p. 277, afirmava não ser possível apontar à responsabilidade civil por culpa uma função punitiva ou uma função de prevenção.

De facto, são vários os Autores que reconhecem à responsabilidade civil por culpa uma função preventiva e punitiva¹². Afirmam que tal pode ser demonstrado pela diminuição da indemnização em caso de negligência (art. 494.º); pela repartição da indemnização em função da culpa dos agentes, em caso de pluralidade de responsáveis (art. 497.º, n.º 2); pela redução ou exclusão da indemnização em caso de culpa do lesado (art. 570.º) e pela regra da irrelevância da causa virtual na responsabilidade civil¹³.

Importa realçar aqui a disciplina do art. 494.º que, ao atender ao grau de culpa do lesante para fixar o *quantum* indemnizatório, aparece aos olhos da maioria da doutrina portuguesa como uma manifestação da função preventiva e punitiva da responsabilidade civil¹⁴. Porém, esta posição não é unânime, sobressaindo na doutrina a interpretação que Brandão Proença faz do preceito¹⁵. Na perspetiva do Autor, o legislador não terá pretendido aqui estabelecer um meio de intimidação vocacionado a prevenir a prática do facto ilícito e a castigar o lesante. Tal é demonstrado pelo facto de se atender a critérios alheios à culpa do agente e da competência do juiz se encontrar limitada à redução da indemnização¹⁶. Portanto, “[...] só perante o duplo requisito de uma responsabilidade individual *não segura* e da ponderação *exclusiva* do grau de culpa é que a norma poderia desempenhar com eficácia um escopo sancionatório puro”¹⁷. Destaca ainda que “[...] uma visão sancionatória e preventiva pura reclamaria, como tom mais intenso, que a indemnização pudesse *superar* o montante do dano efectivo [...], assumindo a natureza

¹² Note-se que PEREIRA COELHO em *O Nexo de Causalidade na Responsabilidade Civil*, Coimbra, s.n., 1950, p. 43 e sgs, começou por recusar à responsabilidade civil finalidades preventivas e punitivas, mas em *O Problema da Causa Virtual na Responsabilidade Civil*, Coleção Teses, Coimbra, Almedina, 1998 (reimpressão), p. 10, muda de posição e reconhece que a lei, ao optar pela solução da irrelevância da causa virtual, atribui à responsabilidade civil uma função preventiva e punitiva pois, no caso de a obrigação de indemnização persistir, tal acontece “[...] não decerto para reparar um dano como diferença no património, diferença que aqui não existe, mas para sancionar e prevenir a conduta do agente que, com dolo ou mera culpa, violou direitos ou bens alheios juridicamente protegidos”.

¹³ Veja-se, entre outros, ANTUNES VARELA, *op. cit.*, pp. 542-544, 913 e 930; MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, *op. cit.*, pp. 280, 328 e 349-350; PAULA MEIRA LOURENÇO, *A Função Punitiva da Responsabilidade Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, pp. 251-277; JORGE RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações*, Vol. I, Coimbra, Almedina, 1990, pp. 426-427 e 511-513 e RUI ALARCÃO, *op. cit.*, pp. 246-247. Note-se que, diferentemente da doutrina maioritária, PESSOA JORGE, *op. cit.*, pp. 417-418, entende que a causa virtual tem, geralmente, relevância negativa.

¹⁴ Repare-se que, já na fase preparatória do Código Civil de 1966, Vaz Serra entendia que o facto de o grau de culpa do lesante influenciar o montante da indemnização a ser fixado demonstrava que à indemnização era possível reconhecer uma certa função preventiva e punitiva (cfr. VAZ SERRA, “Obrigação de Indemnização (Colocação). Fontes. Conceitos e Espécies de Dano. Nexo Causal. Extensão do Dever de Indemnizar. Espécies de Indemnização). Direito de Abstenção e de Remoção”, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 84, 1959, p. 237).

¹⁵ BRANDÃO PROENÇA, *A Conduta do Lesado como Pressuposto e Critério de Imputação do Dano Extracontratual*, Coimbra, Almedina, 1997, pp. 161-169.

¹⁶ *Ibidem*, pp. 162 e 164-165.

¹⁷ *Ibidem*, p. 165.

de *coima, pena privada* ou [...] de *punitive or exemplary damages*”¹⁸. Assim, refere que a norma tem como finalidade primária constituir um limite a uma indemnização desproporcionada à gravidade da conduta, ou seja, destina-se a proteger e favorecer o lesante¹⁹.

Segundo Mafalda Miranda Barbosa o art. 494.º, de facto, atribui um papel central ao grau de culpa do lesante na determinação do montante indemnizatório. No entanto, tal circunstância não coloca de parte a ideia do dano como limite da indemnização. Simplesmente, o que o preceito em questão assinala é que nos casos em que a responsabilidade civil se funda em mera culpa é possível diminuir a indemnização, atendendo aos demais critérios. Logo, a referida norma não deve conduzir a conclusões de outra natureza. A Autora escreve que “[...] o indício extraído do artigo 494.º CC nos remete para uma função sancionatória da responsabilidade civil, mas no sentido da desvelação do sentido ético do instituto, que não se confunde com a punição/retribuição de que agora curamos”²⁰.

Que posição tomar acerca do art. 494.º? Ora, a nosso ver, o art. 494.º consubstancia uma manifestação da função preventiva e punitiva da responsabilidade civil, só assim se compreende o porquê de o grau de culpa do agente influenciar na determinação da indemnização. O que acontece é que a indemnização, ainda que não possa ser superior ao dano apurado, será reduzida no caso de o agente ter agido com um grau de culpa menor, e será menos reduzida, se o agente tiver agido com um grau de culpa maior²¹.

A análise do art. 494.º não fica completa sem referir a hipótese em que alguém viola ilicitamente, com mera culpa, um direito de outrem e obtém um lucro com tal atuação. Será que o art. 494.º ainda poderá ser aplicado neste caso?

Pereira Coelho, além de considerar que se trata de uma norma em que a função preventiva e punitiva da responsabilidade civil se evidencia, defende que o

¹⁸ *Ibidem*, pp. 165-166.

¹⁹ *Ibidem*, pp. 164 e 168. Também ALBERTO GONZÁLEZ, *Responsabilidade Civil*, 3.ª ed. (rev. e aumentada), Lisboa, Quid Juris, 2013, pp. 15-16, nota (15), entende que a possibilidade admitida no art. 494.º não prova o carácter penalizador da responsabilidade civil. ALBERTO DE SÁ E MELLO, “Critérios de Apreciação da Culpa na Responsabilidade Civil (Breves Anotações ao Regime do Código)”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Vol. II, Ano 49, 1989, p. 541, afirma que ao limitar a medida da indemnização o art 494.º “[...] tem precisamente por efeito acentuar a função reparadora da responsabilidade civil em detrimento da sua função repressora ou punitiva que a consideração da culpa indiciária”. Já CARNEIRO DA FRADA, *op. cit.*, p. 66, refere que o art. 494.º não permite ilações seguras a respeito do escopo punitivo da responsabilidade civil porque a norma conduz a uma mera atenuação da indemnização.

²⁰ Cfr. MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Lições, op. cit.*, p. 59. Contudo, a Autora descortina uma finalidade punitiva à responsabilidade civil, quando ligada à problemática dos danos não patrimoniais (pp. 60-63).

²¹ PAULA MEIRA LOURENÇO, “Os danos punitivos”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Vol. XLIII, n.º 2, 2002, p. 1064.

enriquecimento do lesante proveniente de facto ilícito deve ser incluído nas “demais circunstâncias do caso” a que este artigo alude, mas a indemnização nunca poderá exceder o montante dos danos, mesmo que o enriquecimento do lesante seja maior²². Esta deve ser fixada entre o limite mínimo do enriquecimento do responsável e o limite máximo dos danos sofridos pelo lesado²³. Sublinha ainda que “[...] sempre dentro do montante dos danos, em caso algum deverá o juiz fixar uma indemnização inferior ao mesmo enriquecimento”^{24 25}. Ora, mas então o que acontece ao lucro do agente que ultrapassa o montante dos danos? Apesar do mérito desta posição, à qual não é indiferente se o lesante obteve ou não um lucro com a sua atuação ilícita, esta não permite fundamentar a restituição daquele lucro que excede o dano sofrido pelo lesado, questão crucial a analisar ao longo deste trabalho.

Brandão Proença, diversamente do pensamento jurídico dominante, também não reconhece ao preceituado no art. 570.º a presença de qualquer fim punitivo. Para o Autor, a circunstância de se atender à culpa do próprio lesado na produção ou no agravamento do dano, não só para a fixação do montante da indemnização, mas também para a eventual exoneração de responsabilidade do lesante, encontra justificação numa solução de justiça. Defende ser compreensível que o lesado suporte os efeitos negativos da sua atuação, na medida em que o seu comportamento contribuiu para o dano²⁶. Nota, no entanto, que “[o] lesado, *qua tale*, não pode ser considerado responsável, agente de um ilícito culposo, ou violador de uma regra de conduta que o torne merecedor de uma sanção *tout court*”²⁷. O art. 570.º, no seu entender, “[...] pretende, precipuamente, uma *repartição justa, natural*, do dano, em função das contribuições, em regras culposas, do lesante e do lesado”²⁸,

²² PEREIRA COELHO, *O Enriquecimento e o Dano*, Coimbra, Almedina, 2003 (2.ª reimpressão), pp. 33-34.

²³ *Ibidem*, p. 34, nota (70).

²⁴ *Ibidem*, p. 68.

²⁵ No mesmo sentido de Pereira Coelho, pronuncia-se ANTUNES VARELA, *op. cit.*, p. 568, nota (2). No entanto, o Autor admite que o lesado possa invocar subsidiariamente o enriquecimento sem causa, pois, mesmo nos casos em que o dano seja igual ou superior ao enriquecimento, nada impede que no campo do art. 494.º a equidade consinta uma indemnização abaixo do que o agente obteve (p. 504). Também LEITE DE CAMPOS, *A Subsidiariedade da Obrigação de Restituir o Enriquecimento*, Coleção Teses, Coimbra, Almedina, 1974, p. 324, nota (1), admite que o lesado poderá sempre invocar subsidiariamente o enriquecimento sem causa do responsável, na hipótese de a indemnização fixada nos termos do art. 494.º ser inferior não só ao dano como ao enriquecimento. Contudo, o Autor entende que o enriquecimento do lesado deve ser tomado em conta na ponderação das respetivas situações económicas, exigida pelo art. 494.º. Já ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, p. 524, nota (1), defende ser bastante duvidoso a ocorrência de uma situação de facto em que, no âmbito do art. 494.º, a equidade imponha ou admita uma indemnização inferior ao lucro que o agente obteve e, assim sendo, que possa ocorrer a invocação subsidiária do enriquecimento sem causa, pelo lesado.

²⁶ BRANDÃO PROENÇA, *op. cit.*, p. 127.

²⁷ *Ibidem*, pp. 127-128.

²⁸ *Ibidem*, p. 128.

sendo-lhe estranha qualquer “[...] finalidade retributiva *tout court* ou de sancionar a conduta do lesado”²⁹. Neste ponto, não podemos deixar de concordar com a doutrina dominante que defende que a responsabilidade civil revela, no art. 570.º, a sua função punitiva. A possibilidade atribuída ao Tribunal de diminuir ou excluir a indemnização em função da culpa do lesado funciona como um meio de o “penalizar” pela sua atuação culposa que contribuiu para os danos, ainda que este não tenha cometido qualquer facto ilícito³⁰.

Um outro afloramento de uma função punitiva da responsabilidade civil pode ser encontrado no art. 496.º, admitindo a doutrina nacional, praticamente de forma unânime, a natureza compensatória e punitiva do regime respeitante aos danos não patrimoniais³¹. Por um lado, a quantia atribuída a título de danos não patrimoniais consubstancia uma compensação porque se atende à extensão e gravidade dos danos (art. 496.º, n.º 1). Por outro lado, o facto de a indemnização ser, neste caso, fixada equitativamente “atendendo ao grau de culpabilidade do agente, à situação económica deste e do lesado e às demais circunstâncias do caso” (art. 494.º *ex vi* art. 496.º) revela que o escopo desta indemnização não é apenas o de compensar o lesado, mas também o de punir o lesante³².

No que respeita aos danos não patrimoniais, Galvão Telles refere que a indemnização por estes danos tem, além de um escopo indemnizatório, uma função punitiva, assumindo-se como uma pena privada, estabelecida no interesse do lesado já que se apresenta como um “castigo”³⁴. Rui Alarcão, por sua vez, defende que a

²⁹ *Ibidem*, p. 127.

³⁰ PAULA MEIRA LOURENÇO, “Os danos punitivos”, *op. cit.*, p. 1065 e MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, *op. cit.*, p. 328.

³¹ Neste sentido, ANTUNES VARELA, *op. cit.*, pp. 603 e 608; BRANDÃO PROENÇA, *op. cit.*, pp. 167-168; GALVÃO TELLES, *op. cit.*, p. 387, nota (1); JÚLIO GOMES, “Uma função punitiva”, *op. cit.*, p. 117 e sgs; MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, *op. cit.*, pp. 335-336; MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações*, *op. cit.*, pp. 287-288; PAULA MEIRA LOURENÇO, “Os danos punitivos”, *op. cit.*, pp. 1066-1067 e *A Função Punitiva*, *op. cit.*, pp. 284-287; JORGE RIBEIRO DE FARIA, *op. cit.*, pp. 492-493; RUI ALARCÃO, *op. cit.*, p. 276 e SANTOS JÚNIOR, *Direito das Obrigações I – Sinopse Explicativa e Ilustrativa*, 2.ª ed. (rev. e at.), Lisboa, AAFDL, 2012, pp. 344-345. Já CARNEIRO DA FRADA, *op. cit.*, p. 66, refere que o art. 496.º não permite ilações seguras a respeito do escopo punitivo da responsabilidade civil porque a remissão efetuada para o art. 494.º não pode ser tida como concludente quanto à aceitação de uma função punitiva, senão em *petitio principii*.

³² Esta conclusão é suportada pela nossa jurisprudência. Veja-se, a título exemplificativo, o Ac. do TRL de 30 de junho de 2020, Processo n.º 65/17.6GTALQ-5, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497ecc/8a6e9da27b1987898025859e003af66c?OpenDocument>.

³³ PAULA MEIRA LOURENÇO, *A Função Punitiva*, *op. cit.*, pp. 285-287. Note-se que, para Autora, o mais correto é apelidar o montante atribuído a título de danos não patrimoniais de “compensação punitiva”, de molde a englobar as funções compensatória e punitiva.

³⁴ GALVÃO TELLES, *op. cit.*, p. 387, nota (1). No mesmo sentido, MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, *op. cit.*, pp. 335-336.

ressarcibilidade dos danos não patrimoniais demonstra o cariz punitivo e preventivo da responsabilidade civil, no entanto, afirma que é incongruente falar de pena privada, uma vez que a compensação por danos não patrimoniais visa prover à situação do lesado³⁵.

Parece-nos que a previsão legal do grau de culpa do agente como critério de cálculo da indemnização equitativa a atribuir a título de danos morais (art. 494.º *ex vi* art. 496.º) destrói, sem dúvida, o dogma da função meramente ressarcitória da responsabilidade civil. A verdade é que se assim não fosse, o lesado não poderia ser ressarcido, pois a indemnização pautar-se-ia sempre e só pela medida do dano³⁶. Deste modo, a circunstância do Tribunal poder fixar quantitativos elevados para a compensação de danos não patrimoniais, uma vez que inexistente qualquer limitação normativa, revela a faceta punitiva da responsabilidade civil.

Paula Meira Lourenço destaca, além das normas já citadas, que vários outros artigos do Código Civil Português, como o 814.º, n.º 1, 956.º, n.º 2, alínea b) e 1681.º, são manifestações da função punitiva da responsabilidade civil. Estão em causa disposições que fazem depender a responsabilidade civil de determinado grau de culpa do agente o que demonstra que este instituto jurídico não se preocupa apenas com a reparação do dano causado³⁷.

Note-se que a maior parte da doutrina entende que se trata aqui de finalidades meramente acessórias, laterais ou subordinadas em relação à função reparatória³⁸. Aliás, se a responsabilidade civil desempenhasse unicamente uma finalidade preventiva e punitiva, não se compreenderia o porquê deste instituto não ser aplicado em caso de tentativa de lesão ou lesão frustrada e ainda o carácter não oficioso da respetiva ação. Além disso, tal seria inconciliável com a transmissibilidade *mortis causa* da obrigação de

³⁵ RUI ALARCÃO, *op. cit.*, p. 276.

³⁶ PAULA MEIRA LOURENÇO, *A Função Punitiva*, *op. cit.*, p. 284 e RUI ALARCÃO, *op. cit.*, pp. 246-247.

³⁷ PAULA MEIRA LOURENÇO, *A Função Punitiva*, *op. cit.*, pp. 249-250.

³⁸ Cfr., designadamente, ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, p. 521, nota (3), p. 532, nota (2) e p. 590; ANTUNES VARELA, *op. cit.*, pp. 542-544 e 930; MOTA PINTO, *op. cit.*, pp. 823-826; PINTO MONTEIRO, *Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil*, Separata do Vol. XXVIII do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1985, p. 63, nota (123) e RUI ALARCÃO, *op. cit.*, pp. 247, 257 e 276. Importa aqui referir que CARNEIRO DA FRADA, *op. cit.*, p. 65, escreve no sentido de uma autonomização da função preventiva relativamente à ressarcitória. Destaque-se, ainda, a posição de PESSOA JORGE, *op. cit.*, pp. 51-52, que aceitando a tese dominante quando está em causa a responsabilidade meramente civil, defende que a responsabilidade civil conexas com a criminal exerce uma função predominantemente punitiva-preventiva.

indenização. E, finalmente, não faria qualquer sentido o “papel nuclear assinalado ao dano”³⁹, que serve como limite e medida da indenização⁴⁰.

Da nossa parte, a responsabilidade civil comporta sempre uma finalidade preventiva e punitiva, ainda que meramente acessória da função ressarcitória, pois esta, nas palavras de Mafalda Miranda Barbosa, “[...] jamais estará ausente do desenho concreto da responsabilidade civil [...]”⁴¹. Assume uma finalidade preventiva e punitiva, uma vez que, a obrigação de indenização, além de punir o agente pela prática do facto ilícito, funciona como forma de prevenir futuros comportamentos ilícitos e culposos. A verdade é que “[...] se sobre eventual lesante impende a ameaça de uma obrigação indemnizatória, ele tenderá, ao agir, a observar determinados deveres de cuidado de forma a evitar a causação de danos na esfera jurídica alheia”⁴².

1.2.1 Admissibilidade da Condenação em Danos Punitivos?

Como tivemos ocasião de ver, a maioria da doutrina admite hoje a existência de uma finalidade preventiva e punitiva da responsabilidade civil. Ora, essa circunstância abre as portas para se questionar acerca da admissibilidade dos danos punitivos no ordenamento jurídico português.

Mas qual a importância da problemática dos danos punitivos para a restituição do lucro obtido ilicitamente? A condenação de um agente no pagamento de danos punitivos permitiria retirar ao lesante qualquer lucro por este obtido através da prática de um facto ilícito. Por esta via não seria necessário sair do âmbito da responsabilidade civil para resolver o problema alvo deste estudo. No entanto, não nos parece ser a solução mais apropriada, pelos motivos que apresentaremos mais à frente. Vejamos em quê que consistem.

Os danos punitivos, situando-se na fronteira entre o Direito Civil e o Penal, consubstanciam, no entender de Paula Meira Lourenço, uma das manifestações da pena privada. Há muito aplicada no sistema anglo-saxónico, a pena privada começa aos poucos

³⁹ Expressão utilizada por JÚLIO GOMES na sua obra “Em Torno do Dano da Perda de Chance – Algumas Reflexões”, *Studia Iuridica*, 91, *Ars Iudicandi, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor António Castanheira Neves*, Vol. II: Direito Privado, Coimbra Editora, 2008, p. 290.

⁴⁰ MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Lições*, *op. cit.*, pp. 44-45; PESSOA JORGE, *op. cit.*, p. 49 e GOMES DA SILVA, *O dever de prestar e o dever de indemnizar*, Vol. I, Lisboa, *s.n.*, 1944, pp. 240 e 242.

⁴¹ Cfr. MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Lições*, *op. cit.*, p. 46.

⁴² *Ibidem*.

a ser discutida nos ordenamentos jurídicos romano-germânicos a respeito da função punitiva e, acrescente-se, preventiva, da responsabilidade civil⁴³.

A pena privada constitui, nas palavras de Pinto Monteiro, “[...] uma *alternativa civil* à tutela penal, e que supera a via indemnizatória”⁴⁴. O Autor parece defender a legitimidade das penas privadas apoiando a sua tese na necessidade de prevenção do facto ilícito e, portanto, no reconhecimento de um fim preventivo da responsabilidade civil⁴⁵. Observa que “[o] apelo a medidas deste tipo resulta, em grande parte, da insuficiência que a obrigação de indemnizar, sob este ponto de vista, tem revelado, uma vez que, pese embora o seu lateral efeito preventivo, ela é, acima de tudo, uma técnica de reparação de danos”⁴⁶. Realça ainda o Autor que:

*[...] os punitive damages [são] um dos principais pontos de apoio da doutrina que vem debatendo a necessidade de redescobrir a pena privada, enquanto medida de tutela complementar ao modelo reparatório, o qual se tem revelado incapaz de constituir eficaz medida de índole preventiva-sancionatória.*⁴⁷

Os danos punitivos, tradução literal de *punitive damages*, não correspondem a um grupo autónomo de danos empiricamente verificáveis. Consistem na possibilidade atribuída ao Tribunal de, numa ação de indemnização civil, fixar uma indemnização em montante superior ao do dano efetivamente sofrido pelo lesado, em consequência da conduta ilícita. Simplificando, o agente é condenado a pagar uma indemnização superior ao dano⁴⁸.

Tal como o próprio nome indica, os danos punitivos servem para punir o lesante em casos de especial gravidade do seu comportamento, ao mesmo tempo que visam prevenir a reiteração da conduta ilícita⁴⁹. Júlio Gomes destaca que “[a] mera probabilidade de um

⁴³ PAULA MEIRA LOURENÇO, “Os danos punitivos”, *op. cit.*, p. 1025.

⁴⁴ Cfr. PINTO MONTEIRO, *Cláusula Penal e Indemnização*, Coimbra, Almedina, 1990, p. 667, nota (1537).

⁴⁵ *Ibidem*, p. 670.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 655, nota (1525).

⁴⁸ MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Lições*, *op. cit.*, p. 47; PATRÍCIA GUIMARÃES, “Os danos punitivos e a função punitiva da responsabilidade civil”, *Direito e Justiça*, Vol. XV, Tomo 1, 2001, pp. 159-160; JÚLIO GOMES, *O Conceito de Enriquecimento, o Enriquecimento Forçado e os vários Paradigmas do Enriquecimento sem Causa*, Coleção Teses, Porto, Universidade Católica Portuguesa, 1998, *op. cit.*, pp. 735-736 e PAULA MEIRA LOURENÇO, “Os danos punitivos”, *op. cit.*, p. 1025. Acreditamos que foi JÚLIO GOMES o primeiro Autor português a traduzir a expressão *punitive damages* para “danos punitivos” (“Uma função punitiva”, *op. cit.*, p. 106). Ainda que se entenda que não se trata de uma tradução muito feliz, assim como não o é a de “indemnização punitiva”, tem sido a que prevalece entre nós (cfr. ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, p. 521, nota (3) e PAULA MEIRA LOURENÇO, “Os danos punitivos”, *op. cit.*, p. 1025, nota (7)).

⁴⁹ Ou seja, têm um escopo preventivo-punitivo. Veja-se PINTO MONTEIRO, *Cláusula Penal*, *op. cit.*, p. 652, nota (1525) e PAULA MEIRA LOURENÇO, “Os danos punitivos”, *op. cit.*, p. 1076. Repare-se que os *punitive damages* distinguem-se de figuras próximas, como os *aggravated damages*. A propósito da distinção, veja-se, JÚLIO GOMES, “Uma função punitiva”, *op. cit.*, p. 108 e *O Conceito*, *op. cit.*, p. 741 e PAULA MEIRA LOURENÇO, “Os danos punitivos”, *op. cit.*, pp. 1081-1082.

dano grave pode ser suficiente para justificar os punitive damages com o escopo da prevenção geral e especial”⁵⁰.

A questão da existência de danos punitivos no ordenamento jurídico português tem sido alvo de grande discussão, desde logo, porque no Direito Civil e, em particular, no Direito das Obrigações, o princípio fundamental é o de que a indemnização se encontra limitada pelo dano⁵¹. Assim, tal como nos ensina Paula Meira Lourenço, “[...] o estudo desta figura no espaço jurídico da *civil law*, implica à partida a destruição do dogma da limitação do montante da indemnização ao dano sofrido pelo lesado [...]”⁵². Ou seja, admitir a imposição de danos punitivos, no nosso ordenamento jurídico, é aceitar que a função preventiva e punitiva da responsabilidade civil passa de meramente acessória da função reparatória para se assumir como principal, a par desta.

Segundo alguns Autores, existem indícios da presença destes danos no ordenamento jurídico português, sendo apontados como exemplos o art. 1320.º, n.º 2 e o art. 1552.º⁵³. Trata-se de disposições em que a lei impõe e fixa, ou habilita o juiz a fixar, montantes punitivos. Ora, a questão que se levanta de imediato é a de saber se fora destas previsões específicas pode haver lugar a uma indemnização que ultrapasse, por razões punitivas, o dano efetivamente sofrido, admitindo-se, assim, a condenação do agente em danos punitivos⁵⁴. A nosso ver, a resposta não poderá deixar de ser negativa. Os preceitos em causa têm caráter excecional, não podendo, por isso, ser interpretados como um afloramento de um princípio geral de admissibilidade de condenação do agente em danos punitivos. Aliás, no limite demonstram que o Código Civil Português, quando admite a possibilidade de a indemnização ser superior ao dano efetivamente sofrido, tipifica essas hipóteses⁵⁵.

Prosseguindo, são vários os argumentos que podem ser invocados contra a possibilidade de condenação de um agente em danos punitivos, no âmbito do ordenamento jurídico português. Segundo Maria Paula Ribeiro de Faria, os danos punitivos viriam a confundir os limites do Direito Civil e do Direito Penal, conduziriam a uma corrida aos tribunais, levariam à violação do princípio *ne bis in idem* e a uma pena dupla nas hipóteses em que pelo mesmo facto se aplicasse ao agente sanção

⁵⁰ Cfr. JÚLIO GOMES, *O Conceito*, *op. cit.*, p. 740.

⁵¹ PATRÍCIA GUIMARÃES, *op. cit.*, p. 161.

⁵² PAULA MEIRA LOURENÇO, “Os danos punitivos”, *op. cit.*, p. 1025.

⁵³ JÚLIO GOMES, *O Conceito*, *op. cit.*, p. 736, nota (1145) e PAULA MEIRA LOURENÇO, *A Função Punitiva*, pp. 312-313 e “Os danos punitivos”, *op. cit.*, p. 1062.

⁵⁴ CARNEIRO DA FRADA, *op. cit.*, p. 66.

⁵⁵ No mesmo sentido, PEDRO QUINTAES PERES, *op. cit.*, pp. 13-14 e nota (42).

indemnizatória e pena, não teriam o efeito preventivo e punitivo desejado visto que, nomeadamente as empresas, fariam repercutir o seu pagamento no preço do seu produto final e, ainda, seriam aplicados sem conceder ao agente as garantias que este dispõe no âmbito do processo penal, uma vez que, embora sejam verdadeiras penas, seriam aplicadas no processo civil⁵⁶.

Passemos então a analisar, de forma breve, alguns deles.

Desde logo, se partirmos da ideia de que os danos punitivos configuram uma sanção do tipo penal⁵⁷, tal significa que estarão naturalmente sujeitos aos princípios que regem este ramo do Direito. Um desses princípios é, precisamente, o princípio da tipicidade, enquanto expressão do princípio constitucional da legalidade criminal⁵⁸, protegido pelo n.º 1 do art. 29.º da CRP, e cujo conteúdo essencial consiste em não poder haver crime nem pena que não resultem de uma lei prévia, escrita e certa (*nullum crimen, nulla poena, sine lege*)⁵⁹. Ora, através dos danos punitivos estar-se-ia a violar este princípio, pois seria possível sancionar todas as condutas dolosas ou praticadas com claro desrespeito pelos direitos alheios⁶⁰, sem que tal punição se encontrasse tipificada em lei anterior. Neste contexto, Júlio Gomes adverte-nos para o facto de este princípio ter sido desenvolvido em sede de Direito Penal e ter em vista a aplicação de sanções particularmente graves, como a pena de privação da liberdade. Daí o Autor considerar ser questionável que este princípio deva valer intocado quando o que está em causa é apenas a aplicação de uma pena pecuniária⁶¹. Não concordamos com tal opinião, pois estamos aqui perante um princípio fundamental de Direito Penal que não pode ser colocado em causa, quer se trate de pena de privação da liberdade, quer se trate de pena pecuniária. Assim, seguindo de perto Mafalda Miranda Barbosa entendemos que “[...] não pode haver punição para lá da expressa previsão legal [...], a cominação de danos punitivos afigura-se totalmente distante de um princípio da tipicidade”⁶².

⁵⁶ Cfr. MARIA PAULA RIBEIRO DE FARIA, “A Reparação Punitiva – Uma “Terceira Via” na Efectivação da Responsabilidade Penal?”, *Liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, org. Manuel da Costa Andrade [et al.], Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 272. Para um maior desenvolvimento acerca das principais críticas que têm sido apontadas à imposição de danos punitivos, veja-se, JÚLIO GOMES, *O Conceito*, op. cit., p. 743 e sgs; PAULA MEIRA LOURENÇO, “Os danos punitivos”, op. cit., p. 1082 e sgs e PATRÍCIA GUIMARÃES, op. cit., p. 174 e sgs.

⁵⁷ A este propósito, veja-se, PATRÍCIA GUIMARÃES, op. cit., pp. 174-175.

⁵⁸ Cfr. MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Lições*, op. cit., p. 66 e PEDRO QUINTAES PERES, op. cit., pp. 16-17.

⁵⁹ Veja-se, a este propósito, o Ac. do STJ de 28 de setembro de 2005, Processo n.º 05P1831, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/f26cbff0474ec694802570ae006223a2?OpenDocument>.

⁶⁰ Cfr. JÚLIO GOMES, “Uma função punitiva”, op. cit., p. 110.

⁶¹ JÚLIO GOMES, *O Conceito*, op. cit., p. 750.

⁶² MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Lições*, op. cit., p. 66.

Continuando, à falta de previsão expressa de punição em danos punitivos soma-se a circunstância de se remeter a possibilidade de condenação em danos punitivos para o domínio civilístico. Tal implica que o agente não gozaria em processo civil das garantias que disporia ao nível do processo penal, ao mesmo tempo que se potenciaria o risco de violar os princípios da presunção de inocência (art. 32.º, n.º 2 da CRP), da proibição de autoincriminação (art. 32.º, n.º 10 da CRP) e o princípio *ne bis in idem* (art. 29.º, n.º 5 da CRP)⁶³. Violar-se-ia o princípio *ne bis in idem* na medida que sujeitar o agente, pela mesma conduta, a um procedimento criminal e a danos punitivos significaria aplicar-lhe uma pena dupla⁶⁴.

Do exposto, pensamos ter deixado claro o perigo da admissão de uma figura como a dos danos punitivos no ordenamento jurídico português, principalmente, quando verificamos os problemas de constitucionalidade que daí podem decorrer. Não obstante, consideramos importante fazer uma alusão àqueles que são os principais argumentos apontados pelos defensores dos danos punitivos.

Ora, a imprevisibilidade dos montantes a atribuir a título de danos punitivos e a inexistência de qualquer limite máximo destes, comumente apontadas como críticas a esta figura, são também das suas maiores vantagens uma vez que inviabilizam ou, pelos menos, dificultam, a orientação dos agentes por critérios de racionalidade estritamente económica⁶⁵. Concretizando, “[...] o lesante fica impedido de fazer cálculos económicos para apurar se o **lucro** que espera obter ultrapassa, ou não, a **indenização** que terá de pagar ao lesado, acrescida da quantia imposta a título de *punitive damages*”⁶⁶. Além de que, a condenação de um agente no pagamento de danos punitivos permitiria retirar ao lesante qualquer lucro por este obtido através da prática de um facto ilícito e, dessa forma,

⁶³ *Ibidem*, pp. 66-67; JÚLIO GOMES, *O Conceito*, *op. cit.*, p. 743 e “Uma função punitiva”, *op. cit.*, p. 110 e PAULA MEIRA LOURENÇO, “Os danos punitivos”, *op. cit.*, pp. 1082-1083.

⁶⁴ PATRÍCIA GUIMARÃES, *op. cit.*, p. 177 e JÚLIO GOMES, *O Conceito*, *op. cit.*, p. 743. Note-se que há quem considere o princípio *ne bis in idem* não seria violado pois a pena civil visa ainda prosseguir o interesse da vítima. Sufragando o entendimento de MAFALDA MIRANDA BARBOSA (*Lições*, *op. cit.*, p. 67), entendemos que a partir do momento em que deixa de existir qualquer tipo de relação entre o *quantum* indemnizatório e os prejuízos verificados, deixa-se também de prosseguir em primeira linha o interesse do lesado. Como vimos, os danos punitivos não exercem uma finalidade reparatória, mas de punição e prevenção.

⁶⁵ JÚLIO GOMES, “Uma função punitiva”, *op. cit.*, p. 114 e PAULA MEIRA LOURENÇO, “Os danos punitivos”, *op. cit.*, p. 1092.

⁶⁶ Cfr. PAULA MEIRA LOURENÇO, “A Indemnização Punitiva”, “*A Indemnização Punitiva e os Critérios Para a Sua Determinação*”, disponível em https://www.stj.pt/wp-content/uploads/2018/09/responsabilidadecivil_paulameiralourenco.pdf, consultado em 03/mar/2021, pp. 5-6.

evitar o seu enriquecimento⁶⁷. Constituiriam, portanto, um meio eficaz para desencorajar a prática de factos ilícitos e para punir as condutas ilícitas.

Ainda que aptos a dar resposta ao problema que o nosso estudo visa resolver, restamos concluir pela impossibilidade da aplicação dos danos punitivos no ordenamento jurídico português⁶⁸. Aliás, mesmo que admitíssemos a sua aplicação, não nos parece que a melhor solução para restituir o lucro ilícito obtido pelo lesante passe pela sua inclusão na figura dos danos punitivos, uma vez que estes só dependem do comportamento do agente e não da obtenção do lucro em si⁶⁹. Apesar dos danos punitivos preverem, entre outras medidas do seu cálculo, a restituição do lucro do lesante, como refere Paula Meira Lourenço, estes “[...] *podem ser impostos ao lesante quando este teve a expectativa de obter lucros, mas não logrou alcançá-los, ou quando os lucros que obteve foram inferiores à indemnização que tem de pagar ao lesado para reparar o prejuízo sofrido por este*”, dado que a sua finalidade é punir o agente⁷⁰. Na verdade, os danos punitivos não são uma forma de restituir o lucro, simplesmente pondera-se o eventual lucro auferido pelo agente, aquando da determinação da quantia a impor a título de danos punitivos, como forma de o punir, mas sem se assegurar a restituição integral do lucro⁷¹.

Assim, há que encontrar outro mecanismo capaz de retirar ao lesante o lucro por ele obtido ilicitamente pois, por muito atrativa que seja a argumentação deduzida a favor da admissão dos danos punitivos, tal não é suficiente para suplantar os restantes problemas apontados.

Importa deixar claro que reconhecer à responsabilidade civil uma finalidade punitiva, como reconhecemos, não significa admitir a condenação do agente em danos punitivos⁷². Aceitar a condenação do agente em danos punitivos é afirmar a autonomia da finalidade punitiva da responsabilidade civil, em relação à função reparadora, ou melhor, é defender a possibilidade de a indemnização ser fixada em quantia superior ao

⁶⁷ MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Lições*, *op. cit.*, p. 65, nota (133).

⁶⁸ Também MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Lições*, *op. cit.*, p. 62 e sgs e PEDRO QUINTAES PERES, *op. cit.*, p. 13, nota (40) e p. 18, rejeitam a legitimidade dos danos punitivos no ordenamento jurídico português. Já PAULA MEIRA LOURENÇO, “Os danos punitivos”, *op. cit.*, p. 1107, defende que “[a] figura dos danos punitivos é o exemplo paradigmático da finalidade punitiva da responsabilidade civil, na dupla vertente preventiva e retributiva, destrói o dogma da função meramente reparadora [...]”. A Autora sustenta, de uma perspetiva *de iure condendo*, a “[...] necessidade da imposição da figura dos danos punitivos, na jurisprudência portuguesa (quando tal seja possível), e a sua previsão pelo legislador” (p. 1026).

⁶⁹ Neste sentido, PAULA MEIRA LOURENÇO, “Os danos punitivos”, *op. cit.*, p. 1101.

⁷⁰ *Ibidem*.

⁷¹ *Ibidem*, p. 1103.

⁷² Neste sentido, MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Lições*, *op. cit.*, pp. 62-63 e PEDRO QUINTAES PERES, *op. cit.*, p. 13.

dano efetivamente sofrido pelo lesado (ou mesmo, independentemente deste). Por seu turno, aceitar que a responsabilidade civil desempenha também uma função punitiva, é aceitar que a indemnização se encontra sempre limitada pelo dano, ainda que em alguns casos a sua fixação tenha em consideração o grau de culpa do agente. Assim, embora interligados, “finalidade punitiva da responsabilidade civil” e “danos punitivos” não são conceitos sinónimos. Como refere Mafalda Miranda Barbosa, “[...] embora haja uma nítida interpenetração entre as diversas figuras, [...] a verdade é que não há uma confluência entre elas”⁷³.

⁷³ MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Lições*, *op. cit.*, p. 63.

2. Outros Institutos Civilísticos

A restituição do lucro ilícito obtido pelo lesante pode-se apresentar como um desafio aos limites e às funções exercidas pela responsabilidade civil. Por se tratar de um tema controverso, outros institutos têm sido chamados à colação, particularmente o enriquecimento sem causa e a gestão de negócios.

Assim, cumpre analisar, de forma breve e resumida, estes institutos e ver quais as limitações ou dificuldades que resultam da sua aplicação, de modo a compreender se são capazes de fazer face ao problema alvo deste estudo.

2.1 Enriquecimento Sem Causa – Enquadramento Geral

O enriquecimento sem causa, como fonte autónoma de obrigações, encontra-se regulado nos arts. 473.º a 482.º, constituindo um dos vários afloramentos de um princípio geral do nosso sistema jurídico – o princípio da proibição do locupletamento injusto à custa de outrem⁷⁴. O art. 473.º, n.º 1 dispõe que “[a]quele que, sem causa justificativa, enriquecer à custa de outrem é obrigado a restituir aquilo com que injustamente se locupletou”.

Conforme decorre desta cláusula geral, a obrigação de restituir fundada no enriquecimento sem causa pressupõe a verificação cumulativa de três requisitos: a) a existência de um enriquecimento; b) que esse enriquecimento careça de causa justificativa; c) que esse enriquecimento tenha sido obtido à custa de outrem⁷⁵.

É necessário, em primeiro lugar, que haja um enriquecimento da pessoa obrigada à restituição. Tal enriquecimento consiste na obtenção de uma vantagem de carácter patrimonial, podendo revestir várias formas: aumento do ativo patrimonial, diminuição do passivo, poupança de despesas e uso ou consumo de coisa alheia ou exercício de direito alheio, quando estes atos sejam suscetíveis de avaliação pecuniária⁷⁶.

Em segundo lugar, a obrigação de restituir pressupõe que o enriquecimento, contra o qual se reage, não tenha uma causa justificativa – ou porque nunca a teve, ou porque, entretanto, desapareceu⁷⁷. O conceito de causa do enriquecimento não se encontra definido. Porém, tem-se entendido que deve funcionar como diretriz geral a ideia de que

⁷⁴ JÚLIO GOMES, *O Conceito*, *op. cit.*, p. 853 e MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, *op. cit.*, p. 409.

⁷⁵ Veja-se, entre outros, ANTUNES VARELA, *op. cit.*, pp. 480-481; ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, p. 491; GALVÃO TELLES, *op. cit.*, p. 195 e MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, *op. cit.*, p. 410.

⁷⁶ ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, p. 492; ANTUNES VARELA, *op. cit.*, p. 481 e RUI ALARCÃO, *op. cit.*, pp. 183-184.

⁷⁷ ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, p. 499 e ANTUNES VARELA, *op. cit.*, p. 482.

o enriquecimento carece de causa justificativa quando, segundo a lei, deve pertencer a outra pessoa⁷⁸. Dito de outra forma, o enriquecimento carece de causa “[...] quando o direito o não aprova ou consente, porque não existe uma relação ou um facto que, de acordo com os princípios do sistema jurídico, justifique a deslocação patrimonial [...]”⁷⁹.

Em terceiro lugar, a obrigação de restituir pressupõe que o enriquecimento tenha sido obtido à custa de quem requer a restituição. A vantagem patrimonial obtida por um sujeito tem como contrapartida, em regra, uma desvantagem patrimonial de outro sujeito, ou seja, ao enriquecimento de um corresponde o empobrecimento de outro. Dizemos “em regra” pois não é forçoso que assim seja, pode até dar-se o caso de não existir um efetivo empobrecimento do agente e, ainda assim, o enriquecimento ser obtido à sua custa⁸⁰. Interessa, por conseguinte, saber qual o critério de qualificação das vantagens à custa de outrem que pode fundamentar a respetiva ação de enriquecimento. Prevalece entre os Autores o critério da denominada teoria do conteúdo da destinação dos bens de acordo com o qual “[...] o enriquecimento será obtido «à custa» do empobrecido quando lhe «pertencia» ou estava «reservado» para ele, em face do «conteúdo de destinação» do direito ou bem jurídico violado [...]”⁸¹.

Por sua vez, o art. 474.º consagra expressamente a chamada subsidiariedade do instituto do enriquecimento sem causa, determinando que “[n]ão há lugar à restituição por enriquecimento, quando a lei facultar ao empobrecido outro meio de ser indemnizado ou restituído, negar o direito à restituição ou atribuir outros efeitos ao enriquecimento”. A ação de enriquecimento é, ou melhor, deve ser, o último remédio a utilizar pelo empobrecido⁸².

Continuando, no enriquecimento sem causa o beneficiário é obrigado a restituir ao empobrecido, em princípio, tudo quanto haja obtido à sua custa ou, se a restituição em espécie não for possível, o valor correspondente (art. 479.º, n.º 1). Esta obrigação

⁷⁸ Cfr., entre outros, ANTUNES VARELA, *op. cit.*, p. 487; ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, p. 500; LEITE DE CAMPOS, *op. cit.*, p. 317 e RUI ALARCÃO, *op. cit.*, p. 190.

⁷⁹ Cfr. ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, p. 500.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 495; ANTUNES VARELA, *op. cit.*, pp. 488-489 e RUI ALARCÃO, *op. cit.*, pp. 185-187. Em sentido contrário, GALVÃO TELLES, *op. cit.*, pp. 198-199.

⁸¹ Cfr. PEREIRA COELHO, *O Enriquecimento e o Dano*, *op. cit.*, p. 44. Veja-se, também, ANTUNES VARELA, *op. cit.*, pp. 491-493; LEITE DE CAMPOS, *op. cit.*, p. 468; MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, *op. cit.*, pp. 437-439 e RUI ALARCÃO, *op. cit.*, p. 187.

⁸² Note-se que MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, *op. cit.*, p. 411 considera que a regra do art. 474.º não consagra uma subsidiariedade geral, mas antes uma incompatibilidade de pressupostos.

encontra-se submetida a um duplo limite: o do enriquecimento (art. 479.º, n.º 2) e o do empobrecimento⁸³.

Segundo o entendimento dominante, a obrigação de restituir mede-se pelo enriquecimento entendido em sentido patrimonial e não real^{84 85}. Além disso, a doutrina alude a um outro limite da obrigação de restituir, fundado no empobrecimento do lesado. O enriquecido deve, portanto, entregar aquilo com que efetivamente se enriqueceu à custa de outrem, mas nunca mais do que o quantitativo do empobrecimento do lesado (apreciado em termos patrimoniais⁸⁶), caso este se mostre inferior àquele⁸⁷.

A verdade é que a doutrina, após o acolhimento da teoria do conteúdo da destinação, passou a encarar de forma distinta o limite do empobrecimento, deixando para trás a tese tradicional que o definia como a perda patrimonial sofrida pelo empobrecido⁸⁸. Para Pereira Coelho, o empobrecimento deve ser apreciado em sentido real, correspondendo ao valor objetivo do uso ou dos bens consumidos ou alienados⁸⁹. Por seu turno, autores como Antunes Varela, Almeida Costa, Rui de Alarcão e Leite de Campos, entendem que o segundo limite abrangerá todos os proventos conseguidos a expensas do titular da coisa, mediante o uso, fruição e consumo indevidos dela, e que podem não coincidir com o seu valor objetivo, aceitando apenas que o enriquecido deduza ao lucro da intervenção a parte

⁸³ É o sentido da doutrina tradicional. Veja-se, ANTUNES VARELA, *op. cit.*, pp. 510-516; ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, pp. 511-514 e GALVÃO TELLES, *op. cit.*, pp. 202-203. Já MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações*, *op. cit.*, pp. 61-63, sustenta que os limites não são dois, mas três: o locupletado deve restituir o enriquecimento (em concreto) (1.º limite) até ao limite do dano *in concreto* (2.º limite) ou até ao limite do dano *in abstracto*, quando este seja mais elevado (3.º limite). A esta conceção veio posteriormente a aderir JORGE RIBEIRO DE FARIA, *op. cit.*, pp. 405-408, com a diferença de fazer uma avaliação subjetiva do enriquecimento. Sobre o tema, veja-se, ainda, a posição de MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, *op. cit.*, p. 465 e sgs.

⁸⁴ Neste sentido, ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, pp. 492-493 e 512; ANTUNES VARELA, *op. cit.*, pp. 481 e 512-513; GALVÃO TELLES, *op. cit.*, pp. 195 e 202-203; LEITE DE CAMPOS, *op. cit.*, pp. 450-455; PEREIRA COELHO, *O Enriquecimento e o Dano*, *op. cit.*, pp. 26 e 36; RUI ALARCÃO, *op. cit.*, pp. 184-185 e 198-200 e SANTOS JÚNIOR, *op. cit.*, pp. 425-426. Esta asserção (que, note-se, a letra do Art. 479.º n.º 1 não impõe nem exclui), não é, todavia, aceite de forma absoluta, há quem defenda que o objeto da obrigação de restituir é sempre o enriquecimento real, só cabendo atender ao enriquecimento patrimonial quando o enriquecido esteja de boa-fé (cfr. JÚLIO GOMES, *O Conceito*, *op. cit.*, pp. 853-854).

⁸⁵ O enriquecimento patrimonial corresponde à diferença, para mais, no património do enriquecido e que resulta da comparação entre a situação em que ele presentemente se encontra (situação real) e aquela em que se encontraria se a deslocação patrimonial que funda a obrigação de restituir não se tivesse verificado (situação hipotética) (cfr. PEREIRA COELHO, *O Enriquecimento e o Dano*, *op. cit.*, p. 26).

⁸⁶ Sobre a noção “patrimonial” e “real” de empobrecimento/dano, veja-se, PEREIRA COELHO, *O Enriquecimento e o Dano*, *op. cit.*, pp. 24-25.

⁸⁷ ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, p. 512.

⁸⁸ MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, *op. cit.*, pp. 463-464.

⁸⁹ PEREIRA COELHO, *O Enriquecimento e o Dano*, *op. cit.*, pp. 39 e 68-69.

que corresponda ao emprego dos fatores que lhe pertencem, como o seu trabalho, espírito de iniciativa, experiência ou perícia⁹⁰.

2.2.1. Posição sobre a questão

Alguns Autores convocam o instituto do enriquecimento sem causa para solucionar o problema do lucro ilícito.

Pereira Coelho delimita com precisão a problemática alvo deste estudo e denomina como “lucro da intervenção” a vantagem patrimonial que resulta para a pessoa que intervém nos direitos ou bens jurídicos alheios⁹¹. O Autor defende que os princípios do enriquecimento sem causa obrigam o interventor a entregar ao titular do direito o lucro por si obtido até ao limite do dano real sofrido por este, mas só até aí, na parte excedente o lucro não tem de ser restituído, pertencendo-lhe. Ou seja, o enriquecido só é obrigado a restituir até ao limite do valor objetivo do uso ou dos bens consumidos ou alineados⁹². Pense-se no caso em que alguém utiliza abusivamente coisa alheia, essa pessoa não teria que restituir mais do que o aluguer normal da coisa⁹³.

Não podemos concordar com esta posição. Admitir esta tese é admitir que é lícito ao intrometido expropriar os bens alheios através do pagamento do seu justo preço. O agente sentir-se-á incentivado a agir, principalmente, quando espera alcançar com a prática do facto ilícito um lucro mais elevado do que o valor objetivo dos bens alheios e do que os prejuízos causados ao titular do direito. Assim, além do facto ilícito ficar sem sanção, não se evita a sua repetição⁹⁴.

Embora Pereira Coelho sustente a aplicação do enriquecimento sem causa ao dever de restituir o lucro ilícito, assinala que a atuação do agente causará, muitas vezes, danos não patrimoniais ao titular do direito, que poderá pedir a indemnização desses danos e a ameaça dessa indemnização constituiria um eficaz contraestímulo à intervenção ilícita⁹⁵. Porém, trata-se de um contraestímulo eventual, uma vez que tais danos podem não se produzir, ou pode não se conseguir fazer a sua prova, ou até podem não ser

⁹⁰ ANTUNES VARELA, *op. cit.*, pp. 514-515; ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, pp. 512-513; RUI ALARCÃO, *op. cit.*, pp. 202-204 e LEITE DE CAMPOS, *op. cit.*, pp. 489-491.

⁹¹ PEREIRA COELHO, *O Enriquecimento e o Dano*, *op. cit.*, p. 7.

⁹² *Ibidem*, p. 68-69.

⁹³ ANTUNES VARELA, *op. cit.*, p. 514.

⁹⁴ Neste sentido, ANTUNES VARELA, *op. cit.*, p. 515, LEITE DE CAMPOS, *op. cit.*, pp. 488-493. Estes argumentos são também apresentados por PEREIRA COELHO, *O Enriquecimento e o Dano*, *op. cit.*, p. 71, contra a sua teoria.

⁹⁵ PEREIRA COELHO, *O Enriquecimento e o Dano*, *op. cit.*, p. 72.

suficientemente graves para merecerem a tutela do direito (Art. 496.º)⁹⁶. Concordamos com Henrique Sousa Antunes quando menciona que:

*Fazer depender a bondade da solução do hipotético recurso ao efeito preventivo da indemnização dos danos não patrimoniais significa reconhecer que, na ausência daquele dever, a restituição do valor objectivo do uso ou dos bens consumidos ou alienados é insatisfatória.*⁹⁷

Encontramos também em Leite de Campos a defesa da aplicação do regime do enriquecimento sem causa às situações em que a intromissão culposa em bens alheios gera, ao mesmo tempo, um dano para o lesado e um enriquecimento superior a esse dano para o intrometido. O Autor considera que o montante que excede o dano e que não é removido pela obrigação de indemnizar, deve ser restituído com base no enriquecimento sem causa do lesante⁹⁸. Afastando-se da doutrina de Pereira Coelho, afirma que a obrigação de restituir deve englobar a totalidade do lucro e não apenas o valor objectivo. Admite, no entanto, que o intrometido possa abater ao lucro por si obtido a parte correspondente a fatores que lhe pertençam (p. ex., a sua experiência ou qualidades pessoais)⁹⁹. Parece ser também este o entendimento de Antunes Varela. Porém, este Autor considera que esta solução não é aplicável a todas as situações, sendo necessário distinguir aquelas em que o autor do facto ilícito atua com dolo ou má-fé, daquelas em que atua de boa-fé. Somente nas segundas situações é que a restituição do lucro ilícito deve passar pelo instituto do enriquecimento sem causa, sendo de aplicar às primeiras situações o regime da gestão imprópria de negócios¹⁰⁰. Diga-se, desde já, antecipando conclusões que surgirão mais tarde, que não consideramos o regime da gestão imprópria de negócios como adequado a restituir o lucro ilicitamente obtido pelo lesante.

As soluções apresentadas por estes Autores apoiam-se no regime do enriquecimento sem causa afastando do alcance da responsabilidade civil a restituição do lucro ilícito. Porém, não podemos esquecer que o art. 474.º estabelece a natureza subsidiária do enriquecimento sem causa, pelo que se a restituição do lucro ilícito for

⁹⁶ LEITE DE CAMPOS, *op. cit.*, p. 489.

⁹⁷ Cfr. HENRIQUE SOUSA ANTUNES, *Da Inclusão do Lucro Ilícito e de Efeitos Punitivos entre as Consequências da Responsabilidade Civil Extracontratual: a sua Legitimação pelo Dano*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 306.

⁹⁸ LEITE DE CAMPOS, *op. cit.*, pp. 319-325, em especial, p. 322, nota (1). Adere à posição do Autor, MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Lições*, *op. cit.*, p. 70 e sgs, em especial, p. 75, nota (157) e, ainda, PEDRO QUINTAES PERES, *op. cit.*, pp. 20-21. Este último fazendo alusão ao enriquecimento sem causa, na modalidade de enriquecimento por intervenção. Veja-se, também, PAIS DE VASCONCELOS, *Direito de Personalidade*, Coimbra, Almedina, 2017 (reimpressão), pp. 147-151, que defende o instituto do enriquecimento sem causa, na modalidade do enriquecimento por intervenção, como apto a retirar ao agente o lucro obtido ilicitamente pela violação de direitos de personalidade.

⁹⁹ LEITE DE CAMPOS, *op. cit.*, pp. 489-493.

¹⁰⁰ ANTUNES VARELA, *op. cit.*, pp. 514-515 e nota (2).

possível através do instituto da responsabilidade civil, o enriquecimento sem causa é afastado.

A verdade é que o enriquecimento sem causa constitui um instituto civilístico extremamente complexo e que levanta inúmeras questões e problemas. Não podemos deixar aqui de observar que a sua aplicação às hipóteses em que alguém através da prática de um facto ilícito obtém um lucro, poderia conduzir a resultados insatisfatórios. Desde logo, a teoria do conteúdo da destinação dos bens apresenta algumas dificuldades às quais não se pode ficar indiferente. Imagine-se o caso de uma revista obter um lucro com a difamação de alguém. Nesta hipótese, não estamos, claramente, perante o aproveitamento de utilidades de um bem reservadas ao seu titular e que deste tenham sido desviadas¹⁰¹. Pereira Coelho afirma que os direitos de personalidade (nome, direito à imagem ou à intimidade da vida privada, etc.) não têm um conteúdo de destinação:

*Por não se pretender aí propriamente atribuir ao titular do direito um objecto de domínio patrimonialmente utilizável, mas antes, e justamente mediante a concessão do ius excludendi omnes alios correspondente ao respectivo direito, impor o respeito da dignidade do homem como pessoa moral.*¹⁰²

De facto, à obtenção de um benefício de carácter patrimonial à custa de outrem muitas vezes não corresponde a utilização de um bem alheio suscetível de avaliação pecuniária¹⁰³. Daí que possa ser difícil conceber-se a invocação do enriquecimento sem causa quando estejam em causa direitos de personalidade pois estes apresentam um conteúdo não patrimonial. O instituto do enriquecimento sem causa encontra-se, em princípio, pensado para situações patrimonialmente cunhadas¹⁰⁴.

Em face do exposto, pensamos que se a questão da restituição do lucro ilícito puder ser tratada no quadro do instituto da responsabilidade civil, ficará afastada a aplicação do instituto do enriquecimento sem causa, que, como já referimos, tem um carácter subsidiário.

¹⁰¹ CARNEIRO DA FRADA, *op. cit.*, p. 67.

¹⁰² Cfr. PEREIRA COELHO, *O Enriquecimento e o Dano*, *op. cit.*, p. 46, nota (105). A favor da aplicação do enriquecimento sem causa quando estejam em causa direitos de personalidade, veja-se LEITE DE CAMPOS, *op. cit.*, pp. 470-471, nota (2); MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, *op. cit.*, pp. 431-432 e *O Enriquecimento Sem Causa*, *op. cit.*, pp. 718-724.

¹⁰³ HENRIQUE SOUSA ANTUNES, *Da Inclusão*, *op. cit.*, p. 212.

¹⁰⁴ MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Lições*, *op. cit.*, p. 77, nota (158).

2.2 Gestão de Negócios – Enquadramento Geral

Chegados a este ponto, importa agora analisar se a questão da restituição do lucro ilícito deve ser resolvida no quadro do regime da gestão de negócios, concretamente, da gestão imprópria de negócios.

Começaremos por fazer uma breve alusão ao instituto em geral para perceber quais as razões que podem conduzir a esse raciocínio.

A gestão de negócios, prevista nos arts. 464.º a 472.º, constitui outra fonte de obrigações. De acordo com o art. 464.º “[d]á-se a gestão de negócios, quando uma pessoa assume a direcção de negócio alheio no interesse e por conta do respectivo dono, sem para tal estar autorizada”. Chama-se “gestor” à pessoa que interfere no negócio e “dono do negócio” ao seu titular¹⁰⁵.

É um instituto jurídico que visa alcançar um equilíbrio entre duas exigências contrárias. Por um lado, a necessidade de protecção das esferas jurídicas pessoal e patrimonial alheias contra intromissões não autorizadas. Por outro lado, a circunstância de ocorrerem, frequentemente, situações que conduzem a que terceiros, em obediência a um princípio de altruísmo e de solidariedade humana, interfiram voluntariamente nos negócios de outrem de modo a evitar-lhe prejuízos, devido ao facto de essa pessoa não poder agir por si, nem incumbir outrem de o fazer¹⁰⁶.

Para que se verifique uma gestão de negócios são necessários três requisitos: a) assunção da direcção de negócio alheio; b) atuação no interesse e por conta do dono do negócio; c) falta de autorização¹⁰⁷.

Em relação ao primeiro, exige-se a alienidade do negócio, ou seja, que este pertença a pessoa diferente do gestor¹⁰⁸. O termo “negócio” é utilizado aqui num sentido amplo correspondendo a assunto ou interesse¹⁰⁹ e não na sua aceção técnico-jurídica, abrangendo negócios jurídicos em sentido estrito (p. ex., compras e vendas, arrendamentos), atos jurídicos não negociais (p. ex., cobrança de dívidas) e simples atos materiais (p. ex., alimentação e cuidado de animais)¹¹⁰. Os atos de natureza jurídica

¹⁰⁵ ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, p. 473.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 474, ANTUNES VARELA, *op. cit.*, p. 450, GALVÃO TELLES, *op. cit.*, pp. 184-185, MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, *op. cit.*, pp. 486-487 e SANTOS JÚNIOR, *op. cit.*, pp. 392-394.

¹⁰⁷ MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, *op. cit.*, p. 487.

¹⁰⁸ Cfr. GALVÃO TELLES, *op. cit.*, p. 185. Para mais desenvolvimentos em relação à alienidade do negócio, veja-se MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, *op. cit.*, pp. 488-489.

¹⁰⁹ Cfr. ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, p. 475, ANTUNES VARELA, *op. cit.*, p. 452, GALVÃO TELLES, *op. cit.*, p. 183, JÚLIO GOMES, *O Conceito*, *op. cit.*, p. 806 e RUI ALARCÃO, *op. cit.*, p. 174.

¹¹⁰ ANTUNES VARELA, *op. cit.*, pp. 451-452 e RUI ALARCÃO, *op. cit.*, p. 175.

podem ser atos de mera administração ou mesmo de disposição, se bem que os primeiros representam a regra¹¹¹. Além de que, os atos que integram a gestão não têm, necessariamente, de revestir natureza patrimonial¹¹².

Como não poderia deixar de ser, encontram-se excluídos da gestão de negócios os atos contrários à lei, à ordem pública ou ofensivos dos bons costumes na medida em que esses constituem uma conduta proibida em relação ao gestor. Também se encontram excluídos aqueles atos que só o próprio titular do interesse tem legitimidade para efetuar¹¹³.

A lei exige, como segundo requisito, que o gestor atue no interesse e por conta do dono do negócio (com *animus negotia aliena gerendi*). A maioria da doutrina entende que esta expressão se refere à intenção de gestão: é necessário que o gestor tenha a intenção e a consciência de gerir um negócio alheio, de atuar no interesse e por conta de outrem; que a sua interferência decorra propositadamente em proveito alheio e não em exclusivo proveito próprio¹¹⁴. Ora, no caso de uma pessoa gerir um negócio alheio julgando que é próprio, está a atuar não para outrem, mas no seu exclusivo interesse, pelo que as regras da gestão de negócios só se aplicarão se houver aprovação da gestão por parte do dono do negócio (art. 472.º, n.º 1 e art. 469.º). Também não há qualquer intenção de agir para outrem na hipótese em que alguém, conscientemente, gere um negócio alheio no interesse próprio – *gestão imprópria de negócios* – aplicando-se, nesse caso, as regras disciplinadoras da responsabilidade civil, para além da possível responsabilidade criminal (art. 472.º, n.º 2)¹¹⁵.

Contudo, a lei não impõe como requisito que o gestor atue em nome alheio. Aliás, prevê expressamente no art.º 471.º a possibilidade de este agir em nome próprio (gestão não representativa) ou em nome do dono do negócio (gestão representativa)¹¹⁶. No entanto, não é suficiente que o gestor atue de modo a satisfazer um interesse alheio, é necessário ainda, como vimos, que atue por conta de outrem, isto é, com a intenção “[...]”

¹¹¹ ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, p. 475 e ANTUNES VARELA, *op. cit.*, p. 452.

¹¹² MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações, op. cit.*, p. 488 e ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, p. 475.

¹¹³ MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações, op. cit.*, p. 488, ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, p. 475 e ANTUNES VARELA, *op. cit.*, p. 452.

¹¹⁴ Cfr. ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, p. 475 e ANTUNES VARELA, *op. cit.*, pp. 453-454. No mesmo sentido, GALVÃO TELLES, *op. cit.*, p. 186 e RUI ALARCÃO, *op. cit.*, p. 175. Autores como MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações, op. cit.*, pp. 489-490 e MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações, op. cit.*, p. 16 defendem, diferentemente, que a expressão em causa abrange, para além da intenção de gestão, a utilidade da gestão.

¹¹⁵ ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, p. 477. Veja-se, também, ANTUNES VARELA, *op. cit.*, p. 454.

¹¹⁶ ANTUNES VARELA, *op. cit.*, p. 455.

de que os resultados da sua actuação, quer em termos de benefícios, quer em termos de prejuízos, não se destinem a ele, mas ao dono do negócio”¹¹⁷.

Finalmente, a lei estabelece como último pressuposto a falta de autorização. Tal significa que, entre o agente e o dono do negócio, não pode existir uma relação jurídica convencional ou legal que autorize ou imponha a intromissão do agente nos negócios do dono do negócio (p. ex., contrato de prestação de serviços, responsabilidades parentais)¹¹⁸.

Resta referir, para completar um olhar geral sob este instituto jurídico, que da sua aplicação resultam para o gestor e para o dono do negócio direitos e deveres. O art. 465.º estabelece os deveres do gestor para com o dono do negócio e o art. 466.º a eventual responsabilidade em que o gestor pode incorrer perante o dono do negócio. No caso de dois ou mais gestores terem agido conjuntamente, a sua responsabilidade será solidária (art. 467.º). O art. 468.º, por seu turno, indica quais as obrigações a que o dono do negócio se encontra adstrito¹¹⁹ ou, por outras palavras, quais os direitos que são atribuídos ao gestor caso ocorra aprovação da gestão (art. 469.º)¹²⁰. Contudo, a aprovação da gestão não confere ao gestor o direito a ser remunerado pela sua atividade, tal acontecerá apenas nos casos em que a gestão corresponda ao exercício da sua atividade profissional (art. 470.º)¹²¹.

¹¹⁷ Cfr. MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, *op. cit.*, p. 491. Veja-se, ainda, ANTUNES VARELA, *op. cit.*, p. 456, em especial, nota (2), na qual o Autor refere que “[h]averá *produção directa* desses efeitos na esfera jurídica do *dominus*, se o gestor actuar em nome deste (embora os actos praticados estejam sujeitos a ratificação); haverá simples transferência, quando o gestor, actuando em nome próprio, conta transmitir em seguida os efeitos dos seus actos para o *dominus*”.

¹¹⁸ ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, p. 477 e ANTUNES VARELA, *op. cit.*, p. 457.

¹¹⁹ Note-se que os deveres do dono do negócio para com o gestor variam consoante se trate de uma gestão regular ou irregular. A gestão é regular se tiver sido exercida em conformidade com o interesse e a vontade, real ou presumível, do dono do negócio, ou seja, se tiver sido respeitado o dever previsto no art. 465.º, alínea a), e irregular quando esse dever não tiver sido respeitado (MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, *op. cit.*, pp. 496-497). Segundo ANTUNES VARELA, *op. cit.*, p. 460, “[o] interesse, a que a lei aponta para distinguir a gestão *regular* da *irregular*, consiste na aptidão objectiva do acto (levado a cabo pelo gestor) para satisfazer qualquer necessidade real do dono do negócio”. Existindo diversas formas de satisfazer objetivamente o interesse do dono do negócio, o gestor deve optar pela que melhor se harmonize com a vontade presumível daquele. Levanta-se, no entanto, a questão de saber como deve o gestor proceder quando não há coincidência entre o interesse e a vontade do dono do negócio. Sobre o assunto veja-se, entre outras, as posições de ANTUNES VARELA, *op. cit.*, pp. 462-464; GALVÃO TELLES, *op. cit.*, p. 188 e MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, *op. cit.*, p. 493.

¹²⁰ Segundo ANTUNES VARELA, *op. cit.*, p. 467, “[a] aprovação é o juízo global, genérico, indiscriminado, de concordância com a actuação do gestor emitido pelo dono do negócio. É um acto equivalente, nos seus efeitos práticos, à declaração de que considera a gestão, no geral, conforme ao seu interesse e à sua vontade”. Ora, se faltar essa aprovação, os direitos do gestor dependem da prova que se faça acerca da regularidade da sua atuação (*Ibidem*, p. 468).

¹²¹ *Ibidem*, p. 468.

2.2.1 Gestão Imprópria de Negócios

Focaremos agora a nossa análise na figura da gestão imprópria de negócios, à qual já fizemos menção *supra*, uma vez que esta pode constituir um mecanismo apto a solucionar o problema que pretendemos resolver: a restituição do lucro obtido ilicitamente pelo lesante.

Ora, o art. 472.º estabelece que se alguém assumir a direção de um negócio alheio, convencido de que este lhe pertence, o regime da gestão de negócios apenas se aplica se houver aprovação da gestão. De facto, nesta norma exige-se uma ingerência na esfera jurídica alheia em que o agente, por falta de consciência dessa alienidade, atua não com a intenção de atribuir o resultado dos atos que pratica a outrem, mas a si mesmo. Segundo Menezes Leitão, é precisamente por essa razão que o legislador recusa qualificar esta hipótese como gestão de negócios e manda aplicar o regime do enriquecimento sem causa, desde que se respeite a regra prevista no art. 474.º¹²². Não obstante, o preceito possui um conteúdo útil na medida em que admite, através de um ato de aprovação da gestão pelo dono do negócio, a aplicação do regime da gestão de negócios. Com efeito, aquele que sofre uma ingerência na sua esfera jurídica pode ter interesse em sujeitar o caso ao regime da gestão de negócios ao invés do enriquecimento sem causa uma vez que, por essa via, o interventor terá a obrigação de restituir todos os ganhos obtidos com a sua atuação (art. 465.º, alínea e)), sem que essa obrigação esteja sujeita aos limites do art. 479.º¹²³.

Ao contrário do que sucede com a gestão de negócios alheios julgados próprios (art. 472.º), não se encontra prevista na nossa lei a figura da gestão imprópria de negócios. Esta tem lugar quando alguém gere, conscientemente, um negócio alheio como próprio e, portanto, com o objetivo de ver refletidos no seu património os proveitos decorrentes da intromissão na esfera jurídica de outrem¹²⁴. Daí que se levante a questão na doutrina

¹²² MENEZES LEITÃO, *O Enriquecimento Sem Causa no Direito Civil (Estudo dogmático sobre a viabilidade da configuração unitária do instituto, face à contraposição entre as diferentes categorias de enriquecimento sem causa)*, Coimbra, Almedina, 2005, p. 679.

¹²³ *Ibidem*, p. 680.

¹²⁴ ANTUNES VARELA, *op. cit.*, p. 454; ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, p. 477; LEITE DE CAMPOS, *op. cit.*, p. 499 e VAZ SERRA, “Gestão de Negócios”, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 66, 1957, p. 242. Segundo PEREIRA COELHO, *O Enriquecimento e o Dano*, *op. cit.*, p. 86, a gestão imprópria de negócios verifica-se quando “[...] falta o *animus negotia aliena gerendi* que caracteriza a gestão de negócios propriamente dita, e o «gestor», sabendo que os bens são alheios, age conscientemente no seu exclusivo interesse, com a intenção de gerir o seu próprio negócio e não o de outrem e de fazer seus todos os lucros que da gestão provenham”. Também MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, *op. cit.*, p. 501, alerta-nos que na gestão imprópria de negócios se verifica “[...] a ausência de *animus negotia aliena gerendi*, só que, não por falta de consciência da alienidade, mas antes pela existência de *animus depraedandi*”.

de saber se a faculdade que é atribuída ao titular do direito no art. 472.º deve ser igualmente atribuída ao agente que gere por conta própria um negócio que sabe ser alheio, ou seja, se pode este através da aprovação da gestão, sujeitar o caso ao regime da gestão de negócios¹²⁵.

Pereira Coelho entende que o princípio da gestão imprópria de negócios não foi consagrado entre nós, desde logo, porque a sua exclusão dos trabalhos preparatórios do Código Civil revela a intenção do legislador de não o querer introduzir no nosso direito. Tal princípio não tinha tradição em legislação anterior, nem resulta de outros princípios gerais de direito. O legislador terá entendido que já era suficiente a sujeição do caso às regras da responsabilidade civil e do enriquecimento sem causa¹²⁶. Para além disso, o Autor questiona se será justo a imposição ao agente de uma obrigação de restituir todo o lucro que tenha resultado da sua intervenção, quando muitas das vezes esse lucro resulta de circunstâncias especiais suas, que o dono do negócio nunca poderia ter obtido se tivesse assumido ele próprio a direção do negócio. Por um lado, afirma que parece justo, atendendo à má-fé do agente que interveio ilicitamente nos direitos alheios e que dessa forma será castigado e estimulado a não repetir tal atuação. No entanto, Pereira Coelho dá conta que este é apenas um lado do problema, que é necessário analisar ainda se a entrega da totalidade do lucro obtido será uma solução justa do ponto de vista do dono do negócio¹²⁷. Quanto a este aspeto reconhece que “[...] só pode ser justo atribuir o lucro ao titular do direito se puder admitir-se a hipótese de que este o teria feito caso assumisse pessoalmente a direcção do negócio [...]”¹²⁸. Assim, nestes casos de intervenção efetuada de má-fé na esfera jurídica alheia, o interventor, além das possíveis sanções criminais a que houver lugar, é obrigado a indemnizar ao titular do direito os prejuízos causados e é obrigado a restituir-lhe o seu enriquecimento sem causa, sendo esta obrigação agravada nos termos do art. 480.º¹²⁹. Em suma, Pereira Coelho entende não ser legítima a orientação que obrigue o interventor de má-fé a restituir ao titular do direito todo o lucro obtido, como resultaria da solução da gestão imprópria de negócios¹³⁰.

Em sentido contrário, Antunes Varela defende que há obrigações próprias do gestor, como a de restituição de tudo o que se tiver obtido no exercício da gestão e a de prestação

¹²⁵ MENEZES LEITÃO, *O Enriquecimento Sem Causa*, op. cit., pp. 680-681.

¹²⁶ PEREIRA COELHO, *O Enriquecimento e o Dano*, op. cit., pp. 88-90.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 89.

¹²⁸ *Ibidem*.

¹²⁹ *Ibidem*, p. 91.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 88.

de contas, que se aplicam perfeitamente à hipótese de gestão imprópria de negócios¹³¹. Como vimos *supra*, o Autor defende que quando o autor do facto ilícito atua com dolo ou má-fé a restituição do lucro ilícito deve ser feita através do regime da gestão imprópria de negócios¹³².

Menezes Leitão também não está de acordo com a posição de Pereira Coelho. Para o Autor, a não aplicação do princípio da gestão imprópria de negócios quando o legislador permite sujeitar o gestor de negócio alheio julgado próprio à obrigação de restituição do obtido (se o titular aprovar a gestão) representaria “[...] uma autêntica contradição valorativa, instituindo um tratamento mais benéfico para a actuação de má fé”¹³³. O Autor defende a aplicação analógica do art. 472.º à gestão imprópria de negócios, atribuindo-se ao dono do negócio a possibilidade de, caso decida aprovar a gestão, sujeitar também esta situação ao regime da gestão de negócios¹³⁴.

Júlio Gomes entende que no nosso ordenamento jurídico não se tem dado a devida atenção ao art. 472.º. O Autor considera que “[...] a possibilidade nele conferida ao titular do negócio de aprovar a gestão e chamar a si os proveitos realizados pelo «gestor» se aplicará, até por maioria de razão, a quem agiu dolosamente”¹³⁵. Acrescenta que, neste momento, a gestão imprópria de negócios é a única figura que permite, indiretamente, a restituição do lucro ilícito¹³⁶. Assim, o Autor também não concorda com a posição de Pereira Coelho, ainda que considere que alguns dos deveres acessórios do gestor não façam verdadeiramente sentido quando o gestor age com a intenção de locupletar à custa alheia, entende que isso não deve afastar a aplicação à gestão imprópria de negócios do dever de restituir tudo o que foi obtido através da gestão¹³⁷.

¹³¹ ANTUNES VARELA, *op. cit.*, p. 454, nota (3).

¹³² *Ibidem*, pp. 514-515 e nota (2).

¹³³ Cfr. MENEZES LEITÃO, *O Enriquecimento Sem Causa, op. cit.*, p. 682.

¹³⁴ *Ibidem*, p. 683 e MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações, op. cit.*, p. 502. Sufragando o entendimento do Autor, veja-se, PAULA MEIRA LOURENÇO, *A Função Punitiva*, p. 428 e “Os danos punitivos”, *op. cit.*, p. 1103. Em sentido contrário, pronuncia-se SANTOS JÚNIOR, *op. cit.*, p. 408.

¹³⁵ Cfr. JÚLIO GOMES, *O Conceito, op. cit.*, p. 801. Veja-se, ainda, as pp. 429-433.

¹³⁶ *Ibidem*, p. 857.

¹³⁷ JÚLIO GOMES, *A Gestão de Negócios: Um Instituto Jurídico Numa Encruzilhada*, Separata do Vol. XXXIX do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1993, p. 121.

2.2.2 Posição sobre a questão

Importa agora refletir se o instituto da gestão imprópria de negócios pode constituir um instrumento jurídico capaz de retirar o lucro obtido através da prática de um facto ilícito da esfera jurídica do lesante.

No ponto precedente, concluímos que uma das obrigações do gestor é a de restituir todos os ganhos obtidos com a sua atuação ao dono do negócio (art. 465.º, alínea e)). Vimos também que tal obrigação pode ser, segundo alguns Autores, imposta ao gestor impróprio, caso o dono do negócio aprove a gestão, por força da aplicação analógica do art. 472.º. Ora, nos termos do art. 469.º, a aprovação da gestão implica também a renúncia ao direito de indemnização pelos danos devidos a culpa do gestor e vale como reconhecimento dos direitos que a este são conferidos no art. 468.º, n.º 1, ou seja, o dono do negócio fica obrigado a reembolsar o gestor das despesas que ele fundadamente tenha considerado indispensáveis, com juros legais a contar do momento em que foram feitas, e a indemnizá-lo dos prejuízos que sofreu com a gestão.

Perguntamos se fará sentido que o dono do negócio para obter os lucros derivados da atuação ilícita realizada pelo gestor tenha de aprovar a gestão e ainda reembolsar o gestor das despesas e indemnizá-lo pelo prejuízo que tenha sofrido. Se houver aprovação há restituição integral do lucro; se não houver, aplicar-se-á o regime do enriquecimento sem causa, cuja restituição é medida por diferentes critérios (arts. 479.º e 480.º).

Se, aparentemente, por de trás deste instituto está presente uma ideia de proteção daquele que sofre uma ingerência alheia na sua esfera jurídica, é difícil compreender como é que neste caso se protege o lesado. Bem vistas as coisas, quem sai beneficiado é o lesante, que atuou de forma ilícita com o objetivo de obter um lucro e, em vez de sofrer algum tipo de punição e de desincentivo à repetição da conduta danosa, não só é reembolsado pelas despesas que fez, como também recebe uma indemnização se tiver sofrido prejuízos.

Assim, consideramos que a gestão imprópria de negócios não é adequada à resolução do problema em análise¹³⁸.

¹³⁸ Neste sentido, HENRIQUE SOUSA ANTUNES, *Da Inclusão, op. cit.*, pp. 244-246 e “Das funções reconstitutiva e punitiva da responsabilidade civil extracontratual”, *Novos Olhares sobre a Responsabilidade Civil*, Jurisdição Civil, Centro de Estudos Judiciários, outubro de 2018, disponível em https://www.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/pdf/eb_reponscivil_2018.pdf, consultado em 15/abril/2021, pp. 172-173.

3. A Restituição do Lucro Ilícito em Sede de Responsabilidade Civil

Como temos vindo a denunciar, a questão do lucro obtido através da prática de um facto ilícito tem suscitado dúvidas quanto ao instituto aplicável. De facto, verificando-se a prática de um facto ilícito, o instituto da responsabilidade civil é naturalmente convocado (art. 483.º), de modo a se obter o ressarcimento do lesado pelos danos sofridos. Mas será que o lucro ilícito é capaz de ser restituído através deste instituto?

Paula Meira Lourenço entende que o instituto da responsabilidade civil, alicerçado na sua função punitiva, deve ser chamado a intervir na resolução do problema do lucro ilícito através da condenação do lesante no pagamento de uma indemnização sancionatória ou punitiva, que englobe o lucro ilícito¹³⁹. A Autora propõe um modelo em que a indemnização punitiva seja dividida em partes iguais, entre o lesado e um Fundo de Garantia criado com o intuito de assegurar o pagamento de indemnizações, sempre que os lesantes não sejam proprietários de bens penhoráveis, procedendo-se, assim, à socialização do lucro e do dano¹⁴⁰.

Sem deixar de reconhecer mérito à solução proposta por Paula Meira Lourenço, preferimos, pela nossa parte, adotar uma outra perspetiva que vai de encontro à orientação de Henrique Sousa Antunes.

Henrique Sousa Antunes defende que a restituição do lucro ilícito é devida como um efeito da responsabilidade civil¹⁴¹. Para o Autor “[a] vantagem patrimonial do lesante é apta a constituir um dano autónomo, pois é um resultado do facto ilícito, um efeito causado pela acção ou omissão imputável ao agente, *alimenta-se* da utilidade alheia”¹⁴². O Autor considera ainda que o lucro é uma lesão de natureza não patrimonial porque se ofende o sentimento de justiça do lesado e, como tal, deve ser indemnizado¹⁴³. Observa que se verifica um dano não patrimonial relevante “[...] sempre que do sacrifício censurável de bens do lesado advém para terceiro um benefício económico. É um dano que deriva da ruptura do justo relacionamento patrimonial entre indivíduos”¹⁴⁴. Escreve ainda que “[o] fundamento para a atribuição ao lesado do lucro reside na intromissão no

¹³⁹ PAULA MEIRA LOURENÇO, “A Indemnização Punitiva”, *op. cit.*, p. 10.

¹⁴⁰ *Ibidem*, pp. 27, 30-31 e PAULA MEIRA LOURENÇO, *A função punitiva*, *op. cit.*, p. 406.

¹⁴¹ HENRIQUE SOUSA ANTUNES, *Da Inclusão*, *op. cit.*, pp. 241-247. Concordante com esta posição encontramos MARIA DA GRAÇA TRIGO, “Responsabilidade Civil por Violação de Direito Intelectual”, *Direito Comercial e das Sociedades: Estudos em memória do Professor Doutor Paulo M. Sendin - Direito e Justiça*, Vol. Especial, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2012, pp. 546-547.

¹⁴² Cfr. HENRIQUE SOUSA ANTUNES, *Da Inclusão*, *op. cit.*, p. 14.

¹⁴³ *Ibidem*, pp. 12-14, 33, 299, 302 e 309.

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 246.

exercício dos seus direitos. Esse é o motivo da perda, sejam os outros danos não patrimoniais, patrimoniais ou, mesmo, inexistentes”¹⁴⁵. Assim, o Autor propõe uma revisão da noção de dano não patrimonial por forma a incluir o desequilíbrio patrimonial com expressão económica na esfera do lesante, permitindo a restituição do lucro ao lesado¹⁴⁶. Porém, exclui da satisfação do lesado um escopo punitivo principal, admitindo apenas um efeito punitivo secundário relacionado com a vindicta do lesado, uma vez que apenas se retira ao lesante o que este enriqueceu ilegítimamente (restituindo a situação anterior à lesão – art. 562.º), não sendo necessário falar em *punitive damages* ou em pena privada¹⁴⁷.

Não poderíamos estar mais de acordo com a posição deste Autor. O art. 562.º estabelece um princípio geral de acordo com o qual “[q]uem estiver obrigado a reparar um dano deve reconstituir a situação que existiria, se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação”. Não vemos razão para circunscrever a reparação à reconstituição do património do lesado, antes pelo contrário, devemos conceber a reparação como a reconstituição da situação que existiria caso o evento ilícito não se tivesse produzido¹⁴⁸ e tal tem de compreender, além da posição do lesado, a posição do lesante¹⁴⁹. Como salienta Henrique Sousa Antunes, não podemos esquecer o alcance relacional que o princípio implica¹⁵⁰. Portanto, a responsabilidade civil deve repor a situação existente, não permitindo que o lesante fique com os lucros.

Claro que esta visão alargada da reparação não é suficiente face à nossa lei para, por si só, justificar a restituição do lucro como um efeito da responsabilidade civil. Considerando que o art. 562.º delimita a noção de lesante pela obrigação de reparação de um dano, percebemos que, no final de contas, se o lucro não corresponde a um prejuízo do lesado, este não pode ser reparado¹⁵¹. Deste raciocínio parece resultar a ideia de que o dano apenas tem uma dimensão patrimonial, o que não é de todo verdade, já que o Código Civil aceitou, em termos gerais, a tese da ressarcibilidade dos danos não patrimoniais (art. 496.º).

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 298.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 14.

¹⁴⁷ *Ibidem*, pp. 14 e 651.

¹⁴⁸ JÚLIO GOMES, *O Conceito*, *op. cit.*, p. 794.

¹⁴⁹ Em sentido contrário, MOTA PINTO, *op. cit.*, p. 826.

¹⁵⁰ HENRIQUE SOUSA ANTUNES, “Das funções reconstitutiva e punitiva da responsabilidade civil extracontratual”, *op. cit.*, p. 173.

¹⁵¹ *Ibidem*.

A nosso ver, a restituição do lucro ilícito obtido pelo lesante pode ser conseguida, *de iure condito*, justamente, através da via do dano não patrimonial (art. 496.º). É possível encarar o lucro do lesante como um dano não patrimonial, autonomamente sofrido pelo lesado. O lucro não existe antes da prática do facto ilícito, mas por força deste, é o resultado de uma conduta prévia do agente que viola direitos alheios. O lucro obtido pelo lesante repercute-se na esfera não patrimonial do lesado como um dano, traduzido numa perda, ainda que sem expressão patrimonial. É impossível ficar indiferente ao dano que representa para o lesado a obtenção de um lucro por um terceiro devido à violação dos seus direitos, é o próprio sentimento de justiça do lesado e até da sociedade em geral que é colocado em causa.

Concordamos com Henrique Sousa Antunes quando escreve:

*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.*¹⁵²

Creemos que esta perspetiva não introduz uma solução a favor de um sujeito em prejuízo do outro, até porque, em regra, o lesante vai poder deduzir os custos aos proveitos obtidos. Daí aceitarmos também excluir qualquer efeito punitivo na restituição do lucro. Simplesmente, repõe-se o equilíbrio entre as partes através da reconstituição da situação anterior à lesão (art. 562.º), o que implica que o lesante perca as vantagens que ilegitimamente adquiriu. Esse efeito punitivo existirá quando o comportamento do agente tiver sido gravemente censurável, o que ocorre quando este “coisificou” a pessoa, devendo nesses casos ser-lhe negada a possibilidade de dedução dos custos ao lucro obtido¹⁵³.

Apesar de não atribuímos, em regra, um escopo punitivo à restituição do lucro, não podemos esquecer que este vai ser eliminado através da via compensatória. Isto acontece pois estamos perante um dano não patrimonial e como já tivemos oportunidade de ver, o regime dos danos não patrimoniais demonstra que a responsabilidade civil exerce, ainda que acessoriamente, uma finalidade preventiva e punitiva.

¹⁵² Cfr. HENRIQUE SOUSA ANTUNES, “Das funções reconstitutiva e punitiva da responsabilidade civil extracontratual”, *op. cit.*, pp. 181-182 e *Da Inclusão*, *op. cit.*, p. 651.

¹⁵³ HENRIQUE SOUSA ANTUNES, “Das funções reconstitutiva e punitiva da responsabilidade civil extracontratual”, *op. cit.*, p. 175, nota (7) e p. 182 e *Da Inclusão*, *op. cit.*, pp. 282 e 651.

Na senda de Pereira Coelho, consideramos que o problema da restituição do lucro ilícito requer uma dupla reflexão sobre a noção de enriquecimento, bem como de dano¹⁵⁴. No entanto, o Autor considera que o instituto da responsabilidade civil não é adequado a solucionar o problema do lucro ilícito, alicerçando a sua tese no conceito de dano enquanto diferença para menos no património do lesado em consequência do facto ilícito¹⁵⁵. Pereira Coelho parece restringir em demasia o conceito de dano, esquecendo que a diferença para mais que existe no património do lesante advém da prática do facto ilícito, surgindo aos olhos do lesado como um dano que se repercute na sua esfera jurídica não patrimonial e que fere o seu sentimento de justiça. É, portanto, necessário “[...] repensar o conceito de dano não patrimonial, depurando-o da característica da insusceptibilidade de avaliação pecuniária”¹⁵⁶.

Repare-se que ao considerarmos o lucro ilícito como um dano não patrimonial (art. 496.º, n.º 1), tal significa que o montante indemnizatório a atribuir ao lesado vai ser fixado equitativamente pelo Tribunal, tendo em atenção as circunstâncias referidas no art. 494.º (ex vi art. 496.º, n.º 4). A indemnização, contudo, terá sempre o dano como pressuposto e nunca poderá ser fixada em montante superior ao dano. Isto significa que a restituição do lucro ilícito não pressupõe a admissibilidade da condenação em danos punitivos. Como já vimos, uma das características dos danos punitivos é precisamente a de poderem exceder o dano ou serem independentes deste. É então aqui que reside a divergência entre o conceito de lucro ilícito e de danos punitivos.

Mais recentemente, Henrique Sousa Antunes propôs uma reforma do Código Civil Português. O Autor propugna por uma revisão do art. 564.º, n.º 1, que deveria passar a dispor que “[o] dever de indemnizar compreende não só o prejuízo causado, como os benefícios subtraídos ao lesado e os lucros obtidos pelo lesante em consequência da lesão”¹⁵⁷.

Numa perspetiva *de iure condendo* parece-nos também ser esta a melhor solução. A responsabilidade civil, como um dos mais importantes institutos de Direito Civil, não deve ficar paralisada no tempo, deve evoluir e ser capaz de dar resposta a novas realidades. Ao fixar-se expressamente que o *quantum* indemnizatório deve atender ao proveito económico angariado pelo agente, *rectius*, lucro ilícito, coloca-se um ponto final

¹⁵⁴ PEREIRA COELHO, *O Enriquecimento e o Dano*, op. cit., p. 13.

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 67.

¹⁵⁶ Cf. HENRIQUE SOUSA ANTUNES, *Da Inclusão*, op. cit., p. 318.

¹⁵⁷ HENRIQUE SOUSA ANTUNES, “Das funções reconstitutiva e punitiva da responsabilidade civil: propostas de reforma do Código Civil Português”, *Revista de Direito Civil*, Vol. 2, Ano IV, 2019, p. 245.

em toda a problemática que motivou este trabalho e torna-se claro que o legislador não pretendeu que o lucro se mantivesse com o lesante. O agente económico vai-se sentir desincentivado a praticar factos ilícitos e sujeitar-se ao pagamento de indemnizações, pois sabe que o lucro esperado com a conduta ilícita lhe vai ser retirado.

CONCLUSÃO

O presente estudo teve por escopo encontrar um instituto capaz de fundamentar a restituição do lucro ilícito obtido pelo lesante, tendo como ponto de partida a circunstância desse lucro não dever permanecer na esfera jurídica do lesante, pois tal significaria premiá-lo pela prática do facto ilícito. Para conseguirmos atingir tal desiderato percorremos várias etapas.

Começamos por analisar as finalidades da responsabilidade civil e verificamos que a maioria da doutrina admite, atualmente, a existência de uma finalidade preventiva e punitiva da responsabilidade civil, acessória da finalidade reparadora. Concluímos, no entanto, que tal não deve conduzir a considerações de outra índole, como seja a admissibilidade da condenação de um agente em danos punitivos.

Analisamos o instituto do enriquecimento sem causa, ainda que em breves traços e identificamos algumas dificuldades que se colocam à restituição do lucro ilícito no âmbito deste instituto. Tendo presente o carácter subsidiário observamos que se a questão da restituição do lucro ilícito pudesse ser tratada no quadro do instituto da responsabilidade civil, ficaria afastada a aplicação do instituto do enriquecimento sem causa.

Afastamos, ainda, o recurso à gestão imprópria de negócios como fundamento para a restituição do lucro ilícito. O Direito não se pode conformar com um remédio que exige que o lesado tenha de se curvar perante uma atuação ilícita e dolosa do lesante de forma a conseguir a restituição do lucro.

Em nosso entender, *de iure condito*, o juiz pode lançar mão do regime dos danos não patrimoniais para resolver o problema da restituição dos lucros obtidos graças à prática de um facto ilícito. Esta solução surge como um meio de garantir uma efetiva tutela do lesado, não descurando o dano que representa para o lesado a obtenção de um lucro por um terceiro devido à violação dos seus direitos. O Direito não pode permitir que uma pessoa beneficie da prática de um facto ilícito, culposo e danoso. Por esse motivo, consideramos até que o caminho parece estar suficientemente amadurecido para uma intervenção legislativa que reveja o conceito de indemnização e neste inclua os lucros obtidos pelo lesante em consequência da lesão. Em proveito da segurança jurídica, esta parece ser, efetivamente, a solução mais adequada, pois só assim se inviabiliza de forma perene atuações de agentes movidas por critérios estritamente económicos.

BIBLIOGRAFIA

ALARCÃO, Rui, *Direito das Obrigações*, Coimbra, s.n., 1983.

ANTUNES, Henrique Sousa, *Da Inclusão do Lucro Ilícito e de Efeitos Punitivos entre as Consequências da Responsabilidade Civil Extracontratual: a sua Legitimação pelo Dano*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011.

———, “Das funções reconstitutiva e punitiva da responsabilidade civil extracontratual”, *Novos Olhares sobre a Responsabilidade Civil*, Jurisdição Civil, Centro de Estudos Judiciários, outubro de 2018, disponível em https://www.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/pdf/eb_reponscivil_2018.pdf, consultado em 15/abril/2021, pp. 171-182.

———, “Das funções reconstitutiva e punitiva da responsabilidade civil: propostas de reforma do Código Civil Português”, *Revista de Direito Civil*, Vol. 2, Ano IV, 2019, pp. 231-252.

BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda, “Reflexões em Torno da Responsabilidade Civil: Teleologia e Teleonomologia em Debate”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. 81, Coimbra, 2005, pp. 511-600.

———, *Lições de Responsabilidade Civil*, Cascais, Príncípa, 2017.

CAMPOS, Diogo José Paredes Leite de, *A Subsidiariedade da Obrigação de Restituir o Enriquecimento*, Coleção Teses, Coimbra, Almedina, 1974.

COELHO, Francisco Manuel Pereira, *O Nexo de Causalidade na Responsabilidade Civil*, Coimbra, s.n., 1950.

———, *O Problema da Causa Virtual na Responsabilidade Civil*, Coleção Teses, Coimbra, Almedina, 1998 (reimpressão).

———, *O Enriquecimento e o Dano*, Coimbra, Almedina, 2003 (2.^a reimpressão).

CORDEIRO, António Menezes, *Direito das Obrigações*, Vol. II, Lisboa, AAFDL, 1990.

———, *Tratado de Direito Civil Português I - Parte Geral - Tomo III - Pessoas*, 2.^a ed. (rev. e at.), Coimbra, Almedina, 2007.

COSTA, Inês Almeida, “O Nexo de Causalidade e o Problema da Causa Virtual: À Luz do Actual Código Civil Português”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. 87 (2), 2011, pp. 839-895.

COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Direito das Obrigações*, 12.^a ed. (rev. e at.), Coimbra, Almedina, 2009.

FARIA, Jorge Leite Areias Ribeiro de, *Direito das Obrigações*, Vol. I, Coimbra, Almedina, 1990.

FARIA, Maria Paula Ribeiro de, “A Reparação Punitiva – Uma “Terceira Via” na Efetivação da Responsabilidade Penal?”, *Liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, org. Manuel da Costa Andrade [et al.], Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pp. 259-291.

FRADA, Manuel A. Carneiro da, *Direito Civil – Responsabilidade Civil – O Método do Caso*, Coimbra, Almedina, 2010 (reimpressão).

GUIMARÃES, Patrícia Carla Monteiro, “Os danos punitivos e a função punitiva da responsabilidade civil”, *Direito e Justiça*, Vol. XV, Tomo 1, 2001, pp. 159-206.

GOMES, Júlio, “Uma função punitiva para a responsabilidade civil e uma função reparatória para a responsabilidade penal?”, *Revista de Direito e Economia*, Ano XV, 1989, pp. 105-144.

——, *A Gestão de Negócios: Um Instituto Jurídico Numa Encruzilhada*, Separata do Vol. XXXIX do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1993.

——, *O Conceito de Enriquecimento, o Enriquecimento Forçado e os vários Paradigmas do Enriquecimento sem Causa*, Coleção Teses, Porto, Universidade Católica Portuguesa, 1998.

——, “Em Torno do Dano da Perda de Chance – Algumas Reflexões”, *Studia Iuridica*, 91, *Ars Iudicandi, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor António Castanheira Neves*, Vol. II: Direito Privado, Coimbra Editora, 2008, pp. 289-327.

GONZÁLEZ, José Alberto, *Responsabilidade Civil*, 3.^a ed. (rev. e aumentada), Lisboa, Quid Juris, 2013.

JORGE, Fernando Pessoa, *Ensaio sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil*, Coimbra, Almedina, 1999 (reimpressão).

JÚNIOR, Eduardo dos Santos, *Direito das Obrigações I – Sinopse Explicativa e Ilustrativa*, 2.^a ed. (rev. e at.), Lisboa, AAFDL, 2012.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *O Enriquecimento Sem Causa no Direito Civil (Estudo dogmático sobre a viabilidade da configuração unitária do instituto, face à contraposição entre as diferentes categorias de enriquecimento sem causa)*, Coimbra, Almedina, 2005.

——, *Direito das Obrigações – Introdução – Da Constituição das Obrigações*, Vol. I, 15.^a ed., Coimbra, Almedina, 2018.

LOURENÇO, Paula Meira, “Os danos punitivos”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Vol. XLIII, n.º 2, 2002, pp. 1019-1111.

——, *A Função Punitiva da Responsabilidade Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006.

——, “*A Indemnização Punitiva e os Critérios Para a Sua Determinação*”, texto que corresponde, com as necessárias adaptações, à intervenção da Autora no Colóquio organizado pelo Supremo Tribunal de Justiça, subordinado ao tema “RESPONSABILIDADE CIVIL – NOVAS PERSPECTIVAS”, realizado nos dias 13 e 14 de Março de 2008, no âmbito do painel dedicado aos “Novos Rumos da Responsabilidade Civil e Teoria da Indemnização Sancionatória”, que decorreu no dia 13 desse mês, na Sala de Actos do Supremo Tribunal de Justiça, disponível em https://www.stj.pt/wp-content/uploads/2018/09/responsabilidadecivil_paulameiralourenco.pdf, consultado em 03/mar/2021, pp. 1-31.

MELLO, Alberto de Sá e, “Critérios de Apreciação da Culpa na Responsabilidade Civil (Breves Anotações ao Regime do Código)”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Vol. II, Ano 49, 1989, pp. 519-543.

MONTEIRO, António Pinto, *Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil*, Separata do Vol. XXVIII do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1985.

——, *Cláusula Penal e Indemnização*, Coimbra, Almedina, 1990.

PERES, Pedro Quintaes, “A exclusão do lucro ilícito do património do lesante: uma análise do lucro da intervenção nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro”, *Revista Julgar Online*, dezembro de 2019, disponível em <http://julgar.pt/a-exclusao-do-lucro-ilicito-do-patrimonio-do-lesante-uma-analise-do-lucro-da-intervencao-nos-ordenamentos-juridicos-portugues-e-brasileiro/>, consultado em 25/jan/2021, pp. 1-30.

PINTO, Paulo Mota, *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2008.

PROENÇA, José Carlos Brandão, *A Conduta do Lesado como Pressuposto e Critério de Imputação do Dano Extracontratual*, Coimbra, Almedina, 1997.

SERRA, Adriano Vaz, “Gestão de Negócios”, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 66, 1957, p. 45 e sgs.

SILVA, Manuel Gomes da, *O dever de prestar e o dever de indemnizar*, Vol. I, Lisboa, s.n., 1944.

TELLES, Inocêncio Galvão, *Direito das Obrigações*, 7.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2010 (reimpressão).

TRIGO, Maria da Graça, “Responsabilidade Civil por Violação de Direito Intelectual”, *Direito Comercial e das Sociedades: Estudos em memória do Professor Doutor Paulo M. Sendin - Direito e Justiça*, Vol. Especial, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2012, pp. 529-547.

VARELA, João de Matos Antunes, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 10.ª ed. (rev. e at.), Coimbra, Almedina, 2016.

VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Direito de Personalidade*, Coimbra, Almedina, 2017 (reimpressão).