

Católica Talks

Responsabilidade

Título Católica Talks: Responsabilidade
Coordenação Elsa Vaz de Sequeira
Coleção Investigação

© Universidade Católica Editora

Revisão Editorial António Brás
Capa Ana Luísa Bolsa | 4 ELEMENTOS
Conceção gráfica Sersilito-Empresa Gráfica, Lda.
Depósito Legal 466846/20
Data fevereiro 2020
Tiragem 500 exemplares

ISBN 9789725406809

Universidade Católica Editora
Palma de Cima 1649-023 Lisboa
Tel. (351) 217 214 020
uce@uceditora.ucp.pt | www.uceditora.ucp.pt



CATÓLICA TALKS

Católica Talks : responsabilidade / [ed. lit.] Católica Research Centre for the Future of Law ; coord. de Elsa Vaz Sequeira. – Lisboa : Universidade Católica Editora, 2020. – 244 p. ; 23 cm. – (Investigação). – ISBN 9789725406809

I - CATÓLICA RESEARCH CENTRE FOR THE FUTURE OF LAW, ed. lit. II – SEQUEIRA, Elsa Vaz de, coord. III – Col. CDU 34

Católica Talks

Responsabilidade

COORDENAÇÃO
Elsa Vaz de Sequeira

UNIVERSIDADE CATÓLICA EDITORA
Lisboa 2020

Índice

- 7 Prefácio
- 9 MARIA DA GLÓRIA F. P. D. GARCIA
Direito, responsabilidade... e o futuro?
- 17 ANTÓNIO CORTÊS
Direito e Responsabilidade – Uma reflexão introdutória
- 31 RUI MEDEIROS
Responsabilidade Civil do Estado em tempo de vacas magras
- 53 ANABELA MIRANDA RODRIGUES
A determinação da medida concreta da pena privativa de liberdade – entre a dogmática e a algoritmização
- 69 MARIA DA CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA
Aliciamento para matar: que relevância jurídico-penal?
- 93 MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA
A responsabilidade pela confiança (por ocasião do cinquentenário do Código Civil)
- 117 HENRIQUE SOUSA ANTUNES
Das funções reconstitutiva e punitiva da responsabilidade civil: propostas de reforma do Código Civil português
- 141 FILIPE ALBUQUERQUE MATOS
Modalidades Especiais da Ilícitude Extracontratual.
Breves referências em torno dos artigos 484.º, 485.º e 486.º
- 161 MAFALDA MIRANDA BARBOSA
Responsabilidade civil sem causalidade
- 185 RUI SOARES PEREIRA
Problemas atuais da responsabilidade civil obrigacional/contratual
- 227 MARIA GABRIELA PÁRIS FERNANDES
A responsabilidade civil por danos não patrimoniais: um breve excuroso sobre o tema à luz do Código Civil de 1966

Prefácio

O *Católica Research Centre for the Future of Law* nasceu, em finais de 2012, com o objetivo de imprimir à investigação desenvolvida na Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa uma natureza interdisciplinar e com dimensão internacional.

Uma das suas primeiras iniciativas foi a criação das *Católica Talks*, enquanto espaço de discussão aberta e informal sobre questões jurídicas que foram ou estejam a ser objeto de análise por parte do orador convidado. As *Católica Talks* integram-se simultaneamente no *Fórum de Debate Científico*, um dos módulos da parte escolar do programa de doutoramento, cujo objetivo é justamente fomentar a troca de ideias e pontos de vista sobre problemas complexos e de inegável relevância.

Em setembro de 2018, decidiu-se subordinar as *Talks* do ano letivo que então se iniciava a uma unidade temática, tendo a Responsabilidade como mote comum. O propósito foi, concretamente, discutir este tema central do Direito à luz das diferentes áreas do saber jurídico, nomeadamente a Filosofia do Direito, o Direito Público, o Direito Penal e o Direito Civil. O livro que agora se publica compila a generalidade das intervenções proferidas. A todos os autores que tão generosamente aceitaram o nosso desafio, um grande bem-haja!

Este passo só foi possível com o apoio da *Rogério Alves & Associados* e da *Carlos Aguiar, Ferreira de Lima & Associados*, que desde o primeiro momento têm patrocinado este projeto e a quem manifestamos publicamente o nosso reconhecimento.

Cabe também agradecer ao Dr. Gonçalo Ferreira pelo trabalho de edição dos textos.

Uma última palavra de agradecimento é ainda devida ao Dr. Tito Rendas, pela dedicação e competência que sempre colocou na coordenação executiva das *Talks*.

Direito, responsabilidade... e o futuro?

MARIA DA GLÓRIA F. P. D. GARCIA*

No texto intitulado «Direito e Responsabilidade», António Cortês parte da ideia de que o Homem é o «*centro da construção jurídica*» (Helmut Coing) e recupera o imperativo de Hegel: «*Sê pessoa e respeita os outros como pessoa.*»

Tomando como ponto de partida o Homem enquanto centro da construção jurídica e recuperando o referido imperativo hegeliano:

- a) reconhece-se o Homem como uma realidade antropológica, um ser social e político (*ubi societas, ibi ius* e, logo, também, *ubi ius, ibi societas*);
- b) reconhece-se o Homem como pessoa e, logo, detentor de dignidade e com substracto ético;
- c) reconhece-se o Homem como sujeito de liberdade e de responsabilidade, logo, como pessoa jurídica, consequentemente sujeito de direitos e de deveres;

Acrescento ser o Homem um ser cultural, que dá sentido aos seus comportamentos, enquadrando-os, sendo o Direito uma realidade criada para os enquadrar e conformar. Daí afirmar-se ser o *Direito uma realidade cultural humana*.

Dizer que o Homem é o centro da construção jurídica e que cada homem é pessoa e se reflecte nos outros como pessoa, e estes, simultaneamente, o espelham, permite dizer também que o Direito é uma realidade que expressa o modo como o Homem, antropológicamente entendido, com substracto ético, e sujeito de liberdade e autónoma responsabilidade, projecta os seus comportamentos na *polis*, moldando-a, não tanto como sujeito de direitos, mas como *sujeito do próprio Direito*.

Recupero, por esta via, o pensamento de António Castanheira Neves do *Homem como sujeito do Direito* e não meramente como pessoa jurídica, sujeito de direitos e deveres.

* Por opção da Autora, o presente artigo não segue o acordo ortográfico.

* Professora Catedrática da Escola de Lisboa da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.

Isto posto, usar ou instrumentalizar o Direito ou funcionalizá-lo a objectivos ou realidades que são estranhas ao Homem afectam o Direito e são expressão de desvios da compreensão do Homem como pessoa, como ente que se compreende como *fim e nunca como meio* (Immanuel Kant).

Compreendendo-se o homem como fim e nunca como meio, e sendo o Homem sujeito do Direito, os *limites do Direito estão no Homem*, isto é, os limites do Direito coincidem com os limites do próprio Homem.

Berthold Brecht lembrou um dia que, ao falar-se de um rio, ninguém menciona as suas margens. Porém, são estas que, enquanto limites, dão a identidade ao rio. Usando a mesma imagem para o Direito, diria que as margens ou limites do Direito se encontram no próprio Homem: o Direito evolui em espaços e tempos determinados, aos quais se adapta permanentemente, em razão do Homem e da sua cultura. O que confere identidade ao Direito é o Homem, simultaneamente o seu limite.

Quando falo do Homem como *sujeito do Direito* não pretendo falar de um ente abstracto, mas de todos e cada um de nós: a Elsa que se senta a meu lado, o John que vive numa *penthouse* em Manhattan, a Lilly da ilha das Galinhas, na Guiné-Bissau, sem luz eléctrica nem água potável, o «*Meia Lua*» de uma tribo indígena da Amazónia, o James que possui um restaurante em Sydney... Em suma, falo do *Homem concreto, com as suas fraquezas e vulnerabilidades, mas também com as suas forças, capacidades e potencialidades*. E falo ainda do Homem como ser em *permanente ultrapassagem de si próprio* (Immanuel Kant), como ser que permanentemente se reinventa.

Se é assim, então o Homem, sujeito do Direito (e não destinatário do Direito, dos seus princípios e normas, potencial sujeito de direitos e de deveres), que também é, na sua liberdade e autónoma responsabilidade (e, logo, cada um de nós), constrói comportamentos, neles reflectindo o seu modo de ser e se pensar, em sociedade de Homens iguais, todos construtores dos seus próprios comportamentos, fruto de um responsável «*pensar-se por dentro*» e aos outros como iguais, todos sujeitos da cultura humana.

Mas a cultura humana não é a única cultura na biosfera, já que até as bactérias têm comportamentos culturais, *i.e.*, organizam-se socialmente através de comportamentos, solidários, de sobrevivência, como o cientista António Damásio recentemente comprovou na obra *A Estranha Ordem das Coisas*. Em consequência, a cultura humana é uma entre muitas outras *culturas da biosfera*. Durante milénios, as diferentes culturas, entre elas a humana, interagiram equilibradamente no ecossistema terrestre.

Uma parte da cultura humana adquiriu sentido jurídico, sistemático, bem como dogmaticidade, na Antiguidade Clássica, em Roma. Mais tarde, ao longo da Idade Média, perdeu estrutura sistemática, fluindo de forma flexível, para reganhar sentido sistemático na Idade Moderna, com a centralização do poder régio. Mais tarde, na Idade Contemporânea, no pós-revoluções liberais, adquiriu progressivamente sentido democrático num Estado cujo poder emana da sociedade. Porém, com a industrialização, nasce a chamada *cultura humana da tecnosfera*, e, nos anos 40 do século XX, com o desenvolvimento da sociedade técnica, deram-se as primeiras experiências atómicas. Pela primeira vez, o Homem afectou directamente a crosta terrestre e o ecossistema em que globalmente se vive, com o que, pelo poder do Homem, se iniciou uma nova fase geológica da Terra, a *Fase do Antropoceno*, nome que lembra ser o Homem quem interferiu, deliberadamente e para seus exclusivos fins, na estrutura da casa comum que o acolhe.

Em suma, a *cultura humana, tornada cultura da tecnosfera*, subjugou ao Homem, e aos seus fins de bem-estar, a natureza, o ambiente, o planeta Terra, o próprio sistema terrestre. Às consequências nefastas, presentes, além do mais, na perda de biodiversidade e progressiva degradação da vida na Terra, acrescentaram-se, recentemente, com dramaticidade, as alterações climáticas, evidenciando que se está a comprometer o futuro da Humanidade.

Ultrapassar este estágio de evolução é, actualmente, o desafio colocado ao Homem, com toda a sabedoria e os conhecimentos que foi acumulando ao longo dos tempos, empíricos, científicos e técnicos. É esta uma responsabilidade ética, a responsabilidade de moldar uma nova cultura humana que, à força de melhor designo, com o Papa Francisco e a sua Carta Encíclica *Laudato Si'* (2015), *cultura da ecologia integral*, uma cultura que pretende defender e garantir a casa comum da Humanidade.

A síntese evolutiva enunciada tem um sentido: ao mergulhar filosoficamente na compreensão do Direito enquanto realidade cultural em que o Homem, na sua liberdade, é por ele autonomamente responsável, pois dele é seu sujeito, implica mergulhar também na compreensão do Homem e do seu agir em sociedade, enquanto ser com abstracto ético, que se compreende como ser que se sente e aos outros, aquele sentir-se e aos outros por dentro, que o afasta das emoções reflexas, inerentes aos outros seres vivos, e o torna um especial produtor de sentido no agir, e logo, do próprio Direito, capaz de ser fonte de futuro.

Neste momento, impõe-se dar um passo mais e ter presente que ser o Homem pessoa e centro do Direito, bem como ser o Homem sujeito do próprio Direito, tem de ser entendido em dois momentos da dinâmica do Direito, específicos e bem distintos (ver, da Autora, *Da Origem e Evolução da Justiça Administrativa em Portugal*):

- a) *o momento da antecipação de conflitos* que produzem uma ruptura na justiça que o Homem, reflectindo-se no futuro, pretende que nele venha a existir, momento em que, por força do Homem, o Direito é moldado legislativamente no sistema político, impondo-se depois socialmente, e para o futuro, numa específica normatividade, uma normatividade que «*acelera*» a cultura humana num certo sentido (*momento político do Direito*);
- b) *o momento da reacção aos conflitos* que produzem uma ruptura na justiça já incorporada socialmente numa normatividade, momento em que o sistema jurídico, e, nele, o judiciário, vai cerzir essa ruptura da justiça, sancionando quem incumpriu as normas, indemnizando ou compensando quem foi afectado (*momento jurídico do Direito*).

Perante estes dois momentos essenciais ao Direito, o mais importante para efeitos de ultrapassagem da *cultura da tecnosfera* por uma cultura de responsabilidade ética pelo cuidar do outro e dos outros na casa comum, a *cultura da ecologia integral*, é o *momento político*, porquanto é o que permite, conhecendo os efeitos da acção humana sobre o sistema terrestre, «*acelerar*» a construção de uma justiça que integre não só a Humanidade presente como a futura: *justiça intra e intergeracional*.

Não se conhecem receitas que assegurem a construção de um futuro de vida com qualidade. A construção do futuro será, para o Homem, a da certeza possível, em razão dos saberes e conhecimentos acumulados. Uma construção dependente de uma cada vez mais correcta leitura dos sinais da envolvente humana, do modo como o Homem sente, por dentro, o seu «*aqui e agora*», e se compreende na necessidade de dar sentido ao futuro, deixando de agir imoderadamente, «*para que a Humanidade seja!*» (Hans Jonas). Uma construção dependente, também, de uma cada vez mais correcta apreensão das múltiplas e interligadas complexidades em que age, já que sabe que «*tudo depende de tudo*» (Rachel Carson), e, conseqüentemente, não deve continuar a reproduzir comportamentos decorrentes de um sistema jurídico moldado para tempos passados – *responsabilidade pelo futuro*.

Neste enquadramento, analiso o pensamento de Fiódor Dostoiévski em *Os Irmãos Karamazov*: «Somos todos culpados de tudo e de todos perante todos, e eu mais do que os outros», trabalhado maduramente por Emmanuel Levinas.

A responsabilidade pelo futuro é uma autónoma responsabilidade, em razão de uma culpa que assumimos, que sabemos ser culturalmente nossa, pelo que fizemos e pelo que deixámos de fazer em razão do conforto e bem-estar que para nós construímos, pelas consequências que daí resultaram para o sistema terrestre, senhores da *cultura da tecnosfera*. É uma responsabilidade ética, abrangente, tendencialmente infinita, correspondente à nossa acção na sociedade técnica de que nos sentimos donos, e a que tão-pouco nos impusemos limites. Essa responsabilidade ética tende, assim o entendo, a concretizar-se em nexos causais estritos, num quotidiano de gestos simples (p. ex., não usar garrafas de água de plástico), a partir do momento em que temos conhecimento das consequências concretas, mais ou menos longínquas, dos nossos actos. Essa responsabilidade tende, também, assim o entendo, a normativizar-se legislativamente, «inundando» de ética o sistema jurídico, contrariando a teoria do «*mínimo ético*» de que falava Georg Jellinek, nascida em outros tempos e seguramente para realidades distintas das que vivemos.

O sentido da afirmação final de Dostoiévski – «e eu mais do que os outros» – é, aliás, sintomático desta postura ética acrescida. Enquanto ignorávamos as consequências dos nossos actos, não nos sentimos tão culpados como quando as conhecemos. A partir do momento em que nos deixámos interrogar pelos sinais de degradação ambiental, de alterações climáticas..., a partir do momento em que interiorizámos o conhecimento das nefastas consequências do nosso agir para o futuro, a culpa torna-se maior. E tudo porque o maior conhecimento da realidade amplia a responsabilidade que temos por ela e perante ela. E essa responsabilidade impele-nos eticamente à acção, desde logo conformando comportamentos adequados.

Neste particular, impõe-se um passo mais. Proponho, no enquadramento da responsabilidade ética, abrangente, tendencialmente infinita, que se repense a máxima *recta ratio agibilium* de S. Tomás de Aquino, que contém um apelo:

- a) À prudência enquanto arte de decidir uma acção ou uma omissão;
- b) À prudência enquanto virtude capaz de encontrar internamente, por força da razão, nas mais variadas situações, a rectidão de um concreto agir;

- c) A que o Homem, ser com abstracto ético, se deixe interpelar pelo que o rodeia, interiorize o processo de decisão e se oriente para o bem, actuando em conformidade;
- d) A que o Homem, centro da construção jurídica, sujeito do próprio Direito, actue *virtuosamente* na construção do bem comum (atitude que encontra as raízes na *virtù* de que fala Aristóteles, quando constrói o bom governo da cidade sobre o bem viver de cada um).

Uma nota ainda para lembrar que a degradação ambiental e as alterações climáticas afectam mais fortemente os mais vulneráveis, os mais frágeis, os mais pobres, os mais velhos, os mais jovens, os deficientes... São eles os que mais sofrem. Ora, se a degradação ambiental e as alterações climáticas são fruto do Homem, então *a luta por uma alteração humana comportamental é também uma luta pelo Direito*, na sua dimensão cultural e humana mais funda, na liberdade e na igualdade que humanamente o conformam, enfim e ainda, uma *luta por uma justiça intra e intergeracional*, a ter em conta, em especial, no momento político do Direito.

Por outro lado, também no momento jurídico do Direito, a normatividade exigente tende a confundir-se com um sistema de Direito que a todos abranja, uma normatividade que globalmente absorva o *suum cuique tribuere*, o *alterum non laedere*, o *honeste vivere*, o bem comum... Perante a cultura que humanamente vivemos, os «*princípios primordiais*» de que António Cortês fala só num sistema jurídico mundial faz sentido. Com efeito, pergunto: Posso sentir o meu bem-estar como bem-estar, no quadro da *recta ratio agibilium*, se ele é (pode ser) a gota que transborda o copo e desencadeia uma tempestade destruidora na Somália?

E certamente não é por acaso que à memória vem a obra de Immanuel Kant, *A Paz Perpétua*.

Realidade cultural com sentido humano e de futuro, o Direito adquire juridicidade numa vivência de direitos fundamentais e de princípios jurídicos muito amplos, aprovados internacionalmente pelos homens, agregados em Estados, representados democraticamente pelos respectivos órgãos de poder, reunidos em Conferências Internacionais (na Conferência de Estocolmo, em 1972, estiveram representados 113 Estados; na Conferência de Paris sobre o Clima, em 2015, estiveram representados 195 Estados, *i.e.*, praticamente a totalidade dos Estados existentes). Os princípios aprovados nestas conferências internacionais, no âmbito de uma complexa, incerta e movediça governança global (James N. Rosenau), são extremamente difíceis de realizar na realidade dos factos, desde logo porque se têm

de interligar com múltiplas e diversificadas políticas públicas, nos mais distintos domínios da vida social, territorial e culturalmente marcados, de que são exemplo, em Portugal, desde logo, os constantes dos artigos 3.º e 4.º da Lei de Bases do Ambiente, a Lei n.º 19/2014, de 14 de Abril.

A fixação de metas, a definição de estratégias e metodologias para cumprimento dessas metas, a permanente monitorização da acção, capaz de detectar erros e propor a sua ultrapassagem, conferem um cunho experiencial a um novo modelo de o Direito humanamente se compreender e se juridicizar a partir de amplos princípios aprovados internacionalmente, enquadrados em direitos fundamentais que progressivamente humanizam o Direito Internacional e lhe retiram o cunho de um Direito compreendido exclusivamente como Direito entre Estados.

E uma nota ainda, a finalizar. Assim como, na civilização ocidental, particularmente no sistema continental, o Direito Público recebeu do Direito Romano a sua gramática e encontrou no Estado e no poder estadual o enquadramento para acolher os direitos fundamentais das pessoas e uma específica normatividade constitucional e administrativa, assim também hoje o Direito Internacional Público, culturalmente forçado a reflectir uma cultura humana capaz de futuro, recebeu do Direito Público Estadual a sua gramática e encontrou nas Conferências Internacionais, sediadas nos mais diferentes lugares da Terra, o enquadramento que lhe permite seguir o caminho de uma paulatina humanização, multiplicando-se nos sistemas jurídicos dos diferentes Estados, que se lhe têm de adequadamente adaptar.

Agradeço ao António Cortês o profundo e bem trabalhado texto jusfilosófico, estimulante como sempre são os seus textos, bem como a vibrante exposição oral, que me permitiram dar corpo a este arrazoado que aqui vos deixo.

Direito e Responsabilidade

Uma reflexão introdutória

ANTÓNIO CORTÊS*

1. A juridicidade da responsabilidade

a) *Direito e liberdade responsável*

Se é verdade que o imperativo primordial do Direito é aquele que foi enunciado por Hegel, nos seus *Princípios de Filosofia do Direito*: «Sê pessoa e respeita os outros como pessoas»¹, então, onde está o Direito tem de estar a liberdade e a responsabilidade, pois a pessoa, que é «o centro da construção jurídica»², não é só um ente dotado de realidade corporal, psíquica, social e cultural. É antes de mais um polo originário de autonomia e, conseqüentemente, na medida dessa autonomia, um sujeito de responsabilidade. A pessoa está, na medida da sua liberdade, «investida de responsabilidade»³, isto é, de deveres. No plano específico do Direito, a responsabilidade pode ser entendida como o conjunto dos deveres juridicamente imputáveis a uma pessoa.

São estas duas categorias éticas – liberdade e responsabilidade – que fazem do homem, enquanto realidade antropológica, uma pessoa juridicamente capaz⁴, enquanto sujeito relacional de autonomia e de responsabilidade perante os outros, perante a comunidade e perante a natureza.

A chave para compreender o próprio Direito é a ideia de liberdade responsável, a ponto de podermos dizer que o que especifica o Direito é ser uma ordem de justiça fundada na liberdade responsável das pessoas.

É por isso que, em sentido jurídico, a pessoa se pode definir como um polo de imputação de direitos e deveres. Ela é, pois, titular de liberdade e de responsabilidade. Os direitos são o correlato da responsabilidade

* Professor Associado da Escola de Lisboa da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.

¹ HEGEL (1995), § 36.

² COING (1993), p. 182.

³ Cfr. CASTANHEIRA NEVES (2008), pp. 149-154.

⁴ Ver F. BRONZE (1994), p. 22.

dos outros ou do Estado perante cada um. E os deveres são aquilo que consubstancia a responsabilidade perante os outros, o bem comum e a natureza. Essa responsabilidade é o correlato da liberdade e também do poder. À luz do Direito, quanto mais liberdade e poder, mais responsabilidade; quanto menos liberdade e poder, menos responsabilidade.

A responsabilidade jurídica é inerente à categoria de sujeito jurídico, que é transcendental ao Direito, mas tem também uma dimensão histórico-cultural. O elenco dos deveres jurídicos das pessoas e os critérios de imputação de responsabilidade podem variar em função de pressuposições ético-jurídicas, jurídico-culturais e jurídico-científicas de cada tempo e de cada comunidade política. Podemos, porém, dizer que a relatividade nunca é total. O Direito Comparado demonstra isso mesmo. E os esforços pretéritos do Jusracionalismo foram capazes de formular alguns quadros sistemáticos capazes de valer de forma tendencialmente universal com apenas pequenas diferenças.

b) Responsabilidade jurídica e responsabilidade ética

A responsabilidade jurídica não se confunde com a responsabilidade ética, embora seja inerente ao «mínimo ético» que qualquer ordem jurídica necessariamente inclui. As diferenças são essencialmente duas.

Por um lado, pode haver deveres éticos que não são suscetíveis de ser impostos coercivamente. Pense-se nos exemplos paradigmáticos das chamadas «obrigações naturais» no direito civil ou, mais em geral, na «subsidiariedade» do direito penal e do direito no seu todo. Diga-se, aliás, que é, desde logo, por razões éticas que não se podem «juridificar» todos os deveres éticos. O cumprimento coercivo dum dever não tem o mesmo nível de moralidade ou eticidade que o seu cumprimento voluntário e há deveres éticos que, em nome da liberdade, não é admissível impor juridicamente. É o que sucede, designadamente, com muitos deveres decorrentes da «regra de ouro» da ética na sua fórmula positiva: faz ao outro o que gostarias que te fizessem (se estivesse colocado numa situação semelhante).

Por outro lado, a imputação de deveres a cada pessoa e eventuais sanções jurídicas pelo seu não cumprimento obedece a pressupostos rigorosamente delimitados que não se compadecem com a ideia de uma responsabilidade infinita do género da convocada por Levinas, que nos diz: «Vós conheceis esta frase de Dostoiévski: “Nós somos todos culpados de tudo, todos perante todos, e eu mais que os outros.” Não por causa

desta ou daquela culpabilidade efetivamente minha, devido a faltas que tenha cometido, mas porque sou responsável duma responsabilidade total, que responde por todos os outros e por tudo perante os outros, mesmo pela responsabilidade deles.»⁵ Pois bem, a responsabilidade jurídica não é esta responsabilidade infinita própria da ética, mas é uma responsabilidade finita e limitada⁶.

c) A juridicidade dos pressupostos da responsabilidade

Os pressupostos da responsabilidade jurídica, isto é, dos deveres e sanções juridicamente imputáveis a uma pessoa, são normativa, dogmática e jurisprudencialmente definidos no âmbito do «sistema jurídico» com a dinâmica própria de cada um dos seus diferentes patamares ou estratos⁷.

Em primeiro lugar, temos os princípios jurídicos fundamentais, enquanto parâmetros ético-jurídicos ou exigências básicas de justiça que, não tipificando especificamente os pressupostos da sua aplicação, justificam ou fundamentam as normas, as decisões e até os sistemas jurídicos. Podemos dar alguns exemplos relevantes na responsabilidade jurídica: o princípio da autonomia privada, o princípio *pacta sunt servanda*, o princípio da indemnização de danos causados a outrem, o princípio *ubi commoda, ibi incommoda*, o princípio da igualdade na repartição de encargos e benefícios, o princípio da proteção da confiança, o princípio da proporcionalidade, o princípio da culpa no direito penal, no direito civil e no direito administrativo, o princípio do poluidor-pagador e o princípio da precaução em direito ambiental e o princípio da vinculação das entidades públicas e privadas aos direitos fundamentais.

Em segundo lugar, temos as normas que dão determinação prescritiva a tais princípios, tipificando pressupostos de facto e consequências jurídicas, segundo nexos de imputação jurídica. Até certo ponto, podemos dizer que se muitas normas visam atribuir poderes ou conferir e reconhecer direitos, todas as outras visam definir os pressupostos positivos e negativos da responsabilidade jurídica.

Em terceiro lugar, é de considerar a dogmática jurídica, a ciência do direito, que afina, em vista da prática e de forma sistemática, os parâmetros normativos (princípios e normas) de imputação de deveres e sanções,

⁵ LEVINAS (1982), p. 95.

⁶ Assim, AROSO LINHARES (2007), p. 35.

⁷ CASTANHEIRA NEVES (2011), p. 65.

formulando «teorias» e «critérios» que são relevantes em especial para resolver «problemas de fronteira», em que a questão está em saber se existe ou não um determinado dever jurídico e se se justifica ou não uma determinada sanção.

Em quarto e último lugar, há que considerar a jurisprudência, o momento judicativo-decisório de experimentação casuística, em que os pressupostos e os limites da responsabilidade são testados em concreto.

2. Os deveres ético-jurídicos primordiais

a) *Não lesar outrem*

A primeira responsabilidade imputável às pessoas é evitar a lesão de outrem. É não prejudicar outrem – *alterum non laedere*⁸. Dizia, a este respeito, o jusnaturalista Pufendorf: «Este é o mais abrangente dos deveres [...] e o mais fácil, pois consiste na mera omissão de agir.»⁹ O Direito começa por proteger o corpo, a vida, a liberdade, a honra e a memória, a privacidade, as relações familiares, o desenvolvimento da personalidade e os outros bens ou valores de natureza pessoal. Protege também, de múltiplas formas, o património das pessoas e os diferentes interesses associados a bens de natureza económica. As pessoas têm o dever jurídico de omitir o que possa lesar esses bens quando se encontrem na esfera jurídica de outrem. Em determinados termos, devem mesmo evitar colocar em risco esses bens, podendo ser responsabilizadas pelo risco ou pelo perigo a que deem origem. Por seu turno, o Estado, que tem o monopólio da força, deve garantir esta responsabilidade, através de meios civis, administrativos e penais que previnam a lesão de outrem¹⁰.

b) *Dar a cada um o que é seu*

A segunda responsabilidade jurídica fundamental é dar a cada um o que é seu – *suum cuique tribuere*¹¹. A justiça implica um *suum cuique tribuere*, isto é, reconhecer a cada um os seus direitos e agir em conformidade.

Isto significa, desde logo, garantir o aproveitamento (o gozo, uso e fruição) dos bens que pertencem a cada um por direito; garantir a

⁸ D. 1.1.10.1 – ULPiano.

⁹ PUFENDORF (1995), liv. I, cap. I. 6. 2.

¹⁰ Cfr. MACCORMICK (2005), p. 115.

¹¹ Novamente, D. 1.1.10.1.

realização efetiva das prestações necessárias ao cumprimento dos contratos; e, ainda, garantir a restauração ou reconstituição da esfera jurídica resultante duma prévia alocação jurídica de bens.

Pode, além disso, existir um dever de dar ou prestar ao outro aquilo que lhe é juridicamente devido em termos de solidariedade humana. Na verdade, existe um «dever natural» de salvamento ou de auxílio, e, mais especificamente, «o dever de ajudar o outro que esteja em situação de necessidade ou perigo, desde que se possa fazê-lo sem excessivo risco ou perda para si próprio»¹². Os deveres de auxílio têm um círculo delimitado de destinatários e podem depender de um prévio nexo de proximidade relacional.

Dar a cada um o que é seu implica, a título final e principal, o respeito pelos direitos humanos e/ou direitos fundamentais de cada um¹³. Pois, dar a cada um o que lhe pertence significa, em primeiro lugar, dar a cada um o que lhe pertence por força da sua inalienável dignidade enquanto pessoa.

c) Viver honestamente

Este preceito tinha em Cícero, que terá certamente influenciado Ulpiano, um sentido abrangente. Dizia Cícero: «tudo o que é honesto dimana destas quatro fontes: preocupa-se ou com a perceção completa e desenvolvimento inteligente da verdade; ou com a preservação da sociedade organizada, concedendo a cada homem o que lhe é devido, e estabelecendo um clima de confiança nos negócios [...]; ou com a grandeza e potência de um espírito nobre e invencível; ou com a ordem e moderação de tudo aquilo que se diz e se faz, no qual a modéstia e a confiança subsistem»¹⁴.

Esta honestidade tem um sentido ético-jurídico, exceto no que diz respeito à referência, de sabor estoico, à “grandeza e potência de um espírito nobre e invencível”, que parece apelar para um heroísmo, para uma virtude acima de todo o condicionamento que não pode ser padrão de comportamento a impor pela força coerciva do Direito. Com efeito, a responsabilidade jurídica nunca se confunde com o heroísmo virtuoso duma ética estoica.

¹² RAWLS (1973), § 19, p. 114.

¹³ Cfr. MACCORMICK (2005), p. 115.

¹⁴ CÍCERO (2000), I. 15.

Podemos dizer que a enunciação da honestidade é, antes de mais, uma afirmação de que a verdade e a confiança são eticamente relevantes e devem ser acauteladas. Mas a honestidade pode também ser vista, mais amplamente, como uma vontade determinada (ainda que porventura condicionada) em cumprir os deveres que ético-juridicamente vinculam cada pessoa.

d) Salvar o bem comum

Como vimos, há um dever ético-jurídico fundamental de não lesão e um dever de dar a cada um o que é seu. Mas há também deveres em relação à comunidade e ao bem comum – o *bonum commune*. A pessoa tem o dever de omitir, sob pena de ser sancionada, aquilo que lese o bem comum, entendido aqui como o bem da comunidade em que as pessoas se integram, e por contribuir para esse mesmo bem comum, nomeadamente através de tributos equitativos¹⁵.

O bem comum são as condições sociais objetivas de realização ou livre desenvolvimento das pessoas. Assim, o Direito protege bens sociais ou públicos como sejam: a saúde pública e a qualidade do ambiente, a credibilidade dos documentos e da moeda, o património cultural, a segurança do tráfego automóvel, a paz e a segurança públicas ou a autoridade do Estado.

Há interesses supraindividuais e há uma danosidade social que ultrapassa o plano pessoal. Mas mesmo estas condições sociais que devem ser salvaguardadas compreendem-se em vista dos interesses das pessoas que indireta ou reflexamente beneficiam delas. São as pessoas que vão usufruir da qualidade do ambiente e da ausência em sociedade de doenças contagiosas, é a vida e a integridade física das pessoas que fica a salvo como a segurança do tráfego automóvel, são as pessoas concretas que beneficiam do facto de ser diminuto o risco de ataques terroristas ou de violência nas ruas, são as pessoas que beneficiam da autoridade de um Estado que esteja ao serviço dessas mesmas pessoas.

e) Salvar a natureza

Um lugar especial, que dada a sua relevância atual autonomizamos, ocupa a responsabilidade do homem perante a natureza. O Direito protege,

¹⁵ Cfr. CASTANHEIRA NEVES (2008), pp. 156 s.

de modo crescente o ambiente e a biodiversidade enquanto condições da sobrevivência e qualidade de vida das pessoas.

O homem tem uma responsabilidade sobre o ambiente natural – a terra, as águas e o ar, bem como o clima e a biodiversidade – pois de tudo isto depende a sua própria sobrevivência e a qualidade de vida sobre a Terra. Foi para isto que de forma exemplar chamou a atenção Hans Jonas com a sua reformulação do imperativo categórico kantiano, num imperativo de responsabilidade perante a natureza de que depende a humanidade: «Age de tal modo que as consequências da tua ação sejam compatíveis com a permanência duma vida autenticamente humana sobre a Terra.»¹⁶ É um imperativo de respeito e de não lesão dirigido não apenas ao próximo, mas ao outro distante, desconhecido ou de uma geração futura.

3. A imputação jurídica de deveres e sanções

a) Imputação objetiva: ação e efeito (factual e jurídico)

O Direito visa regular comportamentos. Permite, mas também proíbe ou impõe condutas, estatuidos deveres ou condutas. E são estas proibições e imposições que referidas à ação humana são o cerne da responsabilidade jurídica. Foi Kelsen quem, na sua *Teoria Pura do Direito*, claramente explicou que característico do Direito seria o princípio da imputação¹⁷, próprio duma ordem de dever ser, por contraposição ao princípio da causalidade, próprio da ordem natural. É claro que lhe faltou ver que as leis causais próprias da natureza devem ter relevância na determinação do dever ser jurídico. Mas esta seria outra discussão.

As normas, decisões, teorias e princípios, englobadas no sistema jurídico, estabelecem consequências jurídicas para as ações e omissões e para as situações humanas. Quem matar outrem, é punido com prisão; se alguém conduzir em excesso de velocidade, pode ser multado e inibido de conduzir; se alguém celebra um contrato, tem o dever de o cumprir; quem tiver a qualidade de pai ou mãe tem o dever de cuidar dos respetivos filhos.

Deve sempre existir uma relação de proporcionalidade objetiva entre pressupostos factuais e consequências jurídicas. Esta relação de proporcionalidade é possível de estabelecer – apesar de os factos e o

¹⁶ JONAS (1984), p. 36.

¹⁷ KELSEN (1984), 119.

Direito estarem respetivamente no plano do ser e do dever ser – pois as consequências jurídicas também remetem para um acontecimento factual – pagamento de uma quantia, entrega de uma coisa, cumprimento de prestações de facto, encarceramento numa prisão.

O sistema jurídico define os deveres juridicamente imputáveis às pessoas e as sanções resultantes do seu incumprimento. E todo o Direito se rege pelo princípio da imputação. Mas essa imputação não depende apenas da ação ou da omissão relevante. Depende também das suas consequências, do seu resultado factual. Assim, o dever ou a sanção jurídica são imputados à pessoa não apenas por ela ter praticado uma ação ou por ter omitido uma ação devida, mas também por essa ação ter produzido um resultado, seja uma situação de confiança, uma injustiça objetiva, um dano ou até um risco ou um perigo para determinado bem ou interesse.

Além disso, o nexó de imputação objetiva tem de ser suficientemente justificativo da imputação. É por isso, por exemplo, que no direito penal só se punem, por regra, situações em que tenha havido «atos de execução» e que a omissão só é punida se existir um prévio «dever de garante» ou, nas situações de omissão de auxílio, se esse auxílio puder efetuar-se sem grave risco para o omitente. É por isso, também, por exemplo, que por regra os simples conselhos ou informações não geram responsabilidade civil ou que alguns negócios e atos jurídicos só geram efeitos jurídicos (direitos e deveres) se submetidos a determinada forma legal. Do mesmo modo, não basta a qualidade de amigo para gerar uma obrigação jurídica de alimentos ou a qualidade de concidadão para gerar um dever jurídico diretamente exigível de auxílio aos mais pobres.

b) Imputação subjetiva: entendimento, vontade e exigibilidade

Muitos deveres são imputáveis objetivamente apenas pela qualidade de uma pessoa ou pela situação que ela gera. Mas há deveres e sanções que pressupõem uma imputação subjetiva, isto é, a verificação da existência de entendimento, vontade e por vezes até emoções, por parte do sujeito ou agente.

A imputação subjetiva é, antes de mais, uma questão de uso das faculdades racionais e volitivas, que tão bem foram analisadas na doutrina do Direito natural de Pufendorf¹⁸. As nossas ações e omissões, na medida em que estejam sob o domínio da nossa razão, da nossa vontade ou, em

¹⁸ PUFENDORF (1995), liv. I, cap. I.

certos casos, da nossa esfera de cuidado e diligência, são-nos imputáveis. O mesmo se diga dos bons ou maus resultados ou consequências dessas ações ou omissões.

A imputação subjetiva depende, em primeiro lugar, da capacidade real de uso da razão e de domínio da vontade. E este uso da razão e este domínio da vontade fazem com que a pessoa tenha, segundo a «natureza das coisas», a capacidade jurídica para cumprir os seus deveres e seja imputável para efeitos de sujeição a sanções.

A imputação subjetiva pode fazer-se também por uma falta de cuidado exigível. Poderíamos porventura aqui dizer, aludindo ao existencialismo de Heidegger, que o direito assume o *Homem* enquanto ser livre que está vocacionado para o «cuidado» do mundo e dos outros.

A «exigibilidade» é o último critério de imputação subjetiva e afere-se de forma diferenciada para efeitos penais ou civis. Enquanto padrão ético-jurídico de cariz prático-normativo, a exigibilidade tem de ser determinada através dum ato judicativo-decisório com referência à qualidade específica do agente e ao circunstancialismo concreto em que a lesão de bens ou interesses ocorre.

Numa ordem jurídica que assuma a centralidade da pessoa, esta nunca é vista apenas como mero sujeito duma autonomia numenal. A pessoa é, na lição de Henkel, um «todo psicossomático»¹⁹ que vive a sua liberdade (e autorresponsabilidade) no mundo real da experiência prática, isto é, no contexto de reais circunstancialismos e reais condicionamentos²⁰. Como explica Paul Ricoeur, a liberdade das pessoas pode estar condicionada por diversas formas de vulnerabilidade inerentes à condição existencial²¹.

Isto não significa que abduquemos de padrões normativos exigentes. Significa, antes, que esses padrões têm de ser contextualizados numa situação prática. E que sem essa contextualização não é legítima a imputação jurídica de responsabilidades.

Afinal a responsabilidade faz parte da essência do direito, mas só se compreende como consequência da dignidade da pessoa humana, uma pessoa que mais do que um instrumento duma função preventiva ou retributiva do direito, é um ser em relação cuja liberdade ou autonomia é sempre, em alguma medida, circunstancial, contextual ou situacional,

¹⁹ HENKEL (1977), p. 250.

²⁰ Cfr. HENKEL (1977), p. 240.

²¹ RICOEUR (2001), p. 91.

isto é, referida à prática. A responsabilidade corresponde a uma normatividade ético-jurídica simultaneamente exigente e realista.

4. A responsabilidade na construção do Direito

Diálogo com Maria da Glória Garcia

Este último ponto do meu texto é um acrescento que resultou do diálogo ocorrido, na Católica Talk, com Maria da Glória Garcia, com quem tenho tido o privilégio único de uma salutar e próxima convivência académica, preenchida por inúmeras enriquecedoras conversas que sempre muito me beneficiaram, na constante aprendizagem de novas perspetivas, e com quem partilho, no essencial, uma mesma mundividência firmada num sentido exigente de humanidade.

Neste momento, tenho de lhe agradecer, de forma penhorada, ter aceitado participar comigo nesta Católica Talk sobre um tema amplamente englobante: Direito e Responsabilidade. E gostaria de aproveitar, muito gratamente, para fazer aqui uma pequena nota final sobre o comentário que, da forma amável que a caracteriza, endereçou à minha breve reflexão sobre Direito e Responsabilidade, constante deste texto e resultante também de um outro texto meu em fase de publicação, conexo com este, que se intitula «A pessoa como centro da construção jurídica».

Eu diria que o ponto essencial do interpelante comentário de Maria da Glória Garcia é a ideia de que o Homem, enquanto centro da construção jurídica, «não [é] meramente pessoa jurídica, sujeito de direito e deveres». É também, na linha do pensamento de Castanheira Neves, «sujeito do próprio Direito». O Homem não é apenas destinatário do Direito e dos deveres que este implica, mas é também, ele próprio, enquanto «ser cultural», sujeito do Direito, isto é, *construtor do próprio Direito que o vincula*.

É por esta via, tendo sempre por referência o Homem como construtor do próprio Direito que o vincula, que se afirma e se compreende a diferente visão protagonizada por Maria da Glória Garcia sobre a problemática do Direito e Responsabilidade, relativamente àquela que foi por mim apresentada e que parte essencialmente da ideia de que a responsabilidade é o conjunto dos deveres que são juridicamente imputáveis a uma pessoa.

Maria da Glória Garcia apresentou uma abordagem mais abrangente da responsabilidade jurídica.

Por um lado, destaca o «momento político» de construção do direito, salientando aliás que a construção do direito e o desenvolvimento da responsabilidade centrada nos «deveres ético-jurídicos primordiais» que sumariei (os três *iuris praecepta* de Ulpiano, *honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*, assim como a salvaguarda do «bem comum» e da «natureza») não se pode fazer adequadamente sem a referência a um sistema jurídico internacional, de nível mundial.

Por outro lado, sob inspiração de Levinas, apela para uma «responsabilidade tendencialmente infinita», com a consciência de que em última análise «tudo depende de tudo» (Rachel Carson), e com sentido de futuro. O Direito teria, pois, de, na complexidade, orientar-se para o futuro, teria de «*acelerar*» a construção de uma justiça que integre não só a humanidade presente como a futura: *justiça intra e intergeracional*».

Devo dizer que merecem o meu inteiro acordo as seguintes ideias: (i) o direito tem um momento político e cultural sendo o homem construtor do direito que o vincula, (ii) é necessário construir um Direito que atenda aos problemas globais e (iii) impõe-se um apelo ético último a uma responsabilidade tendencialmente infinita, com sentido de futuro.

O pensamento desenvolvido por Maria da Glória Garcia não me parece estar em contradição com o meu, mas julgo ser, acima de tudo, complementar, integrador e enriquecedor da perspectiva mais especificamente jurídica em que me situei, conferindo-lhe, digamos assim, um «acréscimo de sentido».

Fiz um elenco de cinco «deveres ético-jurídicos primordiais», que estão subjacentes à ideia de responsabilidade inerente ao sistema jurídico, incluindo não apenas uma releitura dos clássicos *iuris praecepta*, mas também a «salvaguarda do bem comum» e a «salvaguarda da natureza». São deveres que vinculam cada pessoa humana, mas também, por analogia, as pessoas coletivas, incluindo nomeadamente os Estados.

É verdade que destaquei os condicionalismos contextuais e os circunstancialismos concretos que é necessário ponderar, com realismo, na imputação de responsabilidades às pessoas. E entendo que, de igual modo, pode haver fatores circunstanciais e contextos específicos que sejam relevantes no momento da construção «política» do direito, e na adesão prática e cultural aos apelos a exigências éticas abrangentes de último patamar. Mas isto não pode, de facto, excluir que a construção política do direito pressuponha um exigente sentido de responsabilidade, com um horizonte amplo «tendencialmente infinito», perante o carácter global dos problemas e a sua dimensão de futuro.

Circunscrevendo o meu pensamento ao momento mais especificamente jurídico da responsabilidade, falei da dinâmica própria do sistema jurídico, com a consciência de que este não é estático e se vai sucessivamente reconstruindo e reconstituindo, não apenas no plano jurisprudencial e científico, mas também no plano normativo, onde podem, de facto, ser especialmente relevantes as considerações jurídico-filosóficas sobre a necessidade de globalizar, no espaço e no tempo, o Direito (o Direito Global, tão caro à nossa Faculdade, tem de ser um Direito não apenas universalizável no espaço, mas também englobante do tempo futuro).

Em suma, o Direito no seu todo e na multiplicidade das suas dimensões constrói-se com base em pressupostos ontológicos e antropológicos, mas é essencialmente o resultado da autonomia humana e do exigente sentido de responsabilidade que esta implica. Se não salvuardarmos – com sentido de dever e através do Direito – o bem, a justiça e a humanidade, as possíveis consequências daí resultantes só a nós serão imputáveis.

Bibliografia

- BRONZE, Fernando, *A metodonologia entre a semelhança e a diferença (Reflexão problematizante dos pólos da radical matriz analógica do discurso jurídico)*, Coimbra Editora, Coimbra, 1994.
- CASTANHEIRA NEVES, António, «Pessoa, Direito e Responsabilidade», in *Digesta – Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, 3.º vol., Coimbra Editora, Coimbra, 2008.
- CASTANHEIRA NEVES, «O Jurisprudencialismo – Proposta de uma Reconstituição Crítica», in Nuno Coelho e António Sá da Silva, *Teoria do Direito. Direito interrogado hoje – o jurisprudencialismo: uma resposta possível?*, Editora Lumen Iuris, Rio de Janeiro, 2011.
- CÍCERO, *Dos Deveres (De officiis)*, tradução e introdução de Carlos Humberto Gomes, Edições 70, Lisboa, 2000.
- COING, Helmut, *Rechtsphilosophie*, 5. Aufl., Walter de Gruyter, Berlin, NewYork, 1993.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Felix Meiner Verlag, Hamburg, 1995.
- HENKEL, Heinrich, *Einführung in die Rechtsphilosophie. Grundlagen des Rechts*, 2. Aufl., Beck, München, 1977.
- JONAS, Hans, *Das Prinzip Verantwortung; Versuch einer Ethik für die technologische Zivilisation*, 4. Aufl., Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1984.
- KELSEN, Hans, *Teoria Pura do Direito*, tradução de Baptista Machado, Arménio Amado Editora, Coimbra, 1984.
- LEVINAS, Emmanuel, *Étique et Infini*, Fayard, Paris, 1982.

- LINHARES, José Manuel Aroso, «O Dito do Direito e o Dizer da Justiça. Diálogos com Lévinas e Derrida», in *Themis*, Revista da Faculdade de Direito da UNL, Ano VIII, n.º 14, 2007.
- MACCORMICK, Neil, *Rhetoric and the Rule of Law – A Theory of Legal Reasoning*, Oxford University Press, Oxford, NewYork, 2005.
- PUFENDORF, Samuel, *On the Duty of Man and Citizen*, ed. by James Tully, transl. by Michael Silverthorne, Cambridge University Press, 1991, reprint 1995.
- RAWLS, John, *A Theory of Justice*, Oxford University Press paperback, Oxford/New York, 1973.
- RICOEUR, Paul, «Autonomie et vulnérabilité», in *Le Juste 2*, Editions Esprit, Paris, 2001.

Responsabilidade Civil do Estado em tempo de vacas magras¹

RUI MEDEIROS*

1. A intenção restritiva inicial

É bem sabido que a afirmação da responsabilidade civil do Estado por atos de gestão pública em Portugal, num domínio historicamente influenciado pelo direito francês, foi marcada por um «nascimento “traumático”, decorrente da recusa da jurisdição comum em atribuir uma indemnização a uma criança de 5 anos de idade, Agnès Blanco, atropelada por um vagão carregado de tabaco, empurrado por quatro operários de uma empresa tabaqueira pública, e da posterior afirmação do Tribunal de Conflitos da “especificidade” das normas a aplicar à responsabilidade civil, com o intuito de minorar aquela última em nome da proteção do serviço público». Esta «“certidão de nascimento” [...] passada pelo Tribunal de Conflitos francês», em 1873, no *Arrêt Blanco*, se por um lado assumiu a possibilidade de a Administração ser responsabilizada civilmente pelos danos que causa, não deixou de sublinhar, por outro, que a responsabilidade que podia recair sobre a Administração não era «nem geral nem absoluta», estando submetida a regras especiais em função das exigências do serviço público e da necessidade de conciliar os interesses do Estado com os direitos dos particulares. Por isso, historicamente, também em Portugal, a afirmação do princípio da autonomia da responsabilidade da Administração por atos de gestão pública teve claramente um propósito restritivo².

* Professor Catedrático da Escola de Lisboa da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.

¹ O texto que agora se publica desenvolve a *Talk* sobre o tema realizada no dia 18 de janeiro de 2019 e que foi objeto de publicação nos Estudos de Homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva.

² Cfr., sobre todo este parágrafo, V. PEREIRA DA SILVA (1997), p. 7.

2. O novo paradigma responsabilizante subjacente ao regime em vigor

I. A evolução posterior é conhecida³. Basta, por isso, recordar que a consagração do artigo 22.º da Constituição, os novos desenvolvimentos do direito da União Europeia e a evolução da conceção jurídica dominante, entre outros fatores, levaram a maioria da doutrina e a própria jurisprudência a admitir, muito antes da publicação da nova lei em 2007, novas pretensões indemnizatórias sem cobertura no velho Decreto-Lei n.º 48.051, tendo uma tal evolução culminado com a aprovação, através da Lei n.º 67/2007, de um novo regime de responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas que admite com grande latitude a responsabilidade civil dos poderes públicos.

II. O sistema tem, em qualquer caso, uma matriz dualista básica, havendo que distinguir entre, de um lado, o regime particularmente generoso (na perspetiva dos particulares lesados) aplicável à responsabilidade civil da Administração e, do outro, as soluções mais cautelosas consagradas para a responsabilidade por danos resultantes do exercício das funções político-legislativa e jurisdicional.

III. O novo paradigma responsabilizante tem manifestações muito diversas no âmbito da responsabilidade civil da Administração.

Desde logo, embora continue a recusar a consagração de um princípio geral de responsabilidade objetiva, o novo regime consagra soluções tendencialmente objetivantes em matéria de apreciação da culpa. Assim, mesmo sem falar do regime próprio aplicável à responsabilidade no âmbito do procedimento de formação de contratos públicos (artigo 7.º, n.º 2, do RRCEEP), é significativo desta tendência a substituição, no critério de apreciação da culpa, da «*diligência de um bom pai de família, em face das circunstâncias de cada caso*» pela «*diligência e aptidão que seja razoável exigir, em função das circunstâncias de cada caso, de um titular de órgão, funcionário ou agente zeloso e cumpridor*» (artigo 10.º, n.º 1, do RRCEEP). O mesmo se diga da consagração de presunções de culpa leve, quer pela prática de atos jurídicos ilícitos (artigo 10.º, n.º 2, do RRCEEP) quer por aplicação dos princípios gerais da responsabilidade

³ Cfr. R. MEDEIROS (2013), pp. 341 ss.

civil nas situações de incumprimento de deveres de vigilância (artigo 10.º, n.º 3, do RRCEEP).

Digno de referência é igualmente a autonomização da responsabilidade civil pelo funcionamento anormal de um serviço público. Numa solução que também concorre para a tendencial objetivação da responsabilidade, o novo regime, rompendo com o modelo clássico de imputação – o Estado responde (independentemente agora da natureza da imputação) por atos ou omissões dos titulares dos seus órgãos, funcionários e agentes –, admite uma obrigação de indemnizar «quando os danos não tenham resultado do comportamento concreto de um titular de órgão, funcionário ou agente determinado, ou não seja possível provar a autoria pessoal da ação ou omissão, mas devam ser atribuídos a um funcionamento anormal do serviço» (artigo 7.º, n.ºs 3 e 4, do RRCEEP).

Simultaneamente, o novo regime alarga a responsabilidade objetiva, pois, além de flexibilizar os requisitos da responsabilidade pelo risco – admitindo entre outras alterações, uma pretensão de indemnização por danos resultantes de atividades, coisas ou serviços administrativos *especialmente* perigosos (artigo 11.º do RRCEEP) e já não apenas *excepcionalmente* perigosos (artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 48.051) –, regulamenta em termos substancialmente mais abertos a indemnização por sacrifício, a qual deixa de pressupor que os encargos ou os danos especiais e anormais resultem de atos administrativos ou atos materiais, podendo designadamente resultar de atos normativos, desde logo regulamentares.

Enfim, no plano processual, numa solução que se iniciou ainda na vigência do Decreto-Lei n.º 48.051, com a *releitura* do disposto no artigo 7.º desse diploma, o regime atual consagra a autonomia da ação de indemnização, admitindo que, numa ação de responsabilidade civil da Administração, o tribunal conheça, a título incidental, da ilegalidade de um ato administrativo que já não possa ser impugnado (artigo 38.º do CPTA), relevando o comportamento do lesado que não utilize a via processual adequada à eliminação do ato administrativo lesivo apenas em sede do instituto da culpa do lesado (artigo 4.º do RRCEEP).

IV. Em contrapartida, e deixando a responsabilidade pelo exercício da função política (que não está regulada na lei), o novo regime substantivo é bastante mais cauteloso na afirmação da responsabilidade civil do Estado por danos decorrentes do exercício da função legislativa ou por erro judiciário.

Em rigor, antes de prosseguir, importa abrir parênteses para acrescentar que as soluções adotadas em matéria de responsabilidade pelo ilícito legislativo por ação, responsabilidade por omissões legislativas e responsabilidade por erro judiciário são muito diferentes entre si. É duvidoso, inclusivamente, que haja um fundamento unitário a justificar as soluções cautelosas adotadas nesses três diferentes regimes. Mas, em todas elas, em maior ou menor medida, manifesta-se uma cautela especial do legislador. Cautela que, aliás, também explica que, no plano processual, em matéria de arbitrabilidade dos conflitos administrativos, apesar de a lei admitir em geral a constituição de um tribunal arbitral para o julgamento de *«questões respeitantes a responsabilidade civil extracontratual, incluindo a efetivação do direito de regresso, ou indemnizações devidas nos termos da lei, no âmbito das relações jurídicas administrativas»* [artigo 180.º, n.º 1, alínea b), do CPTA], a mesma lei estabeleça um importante limite à arbitrabilidade nas questões de responsabilidade que envolvam o exercício das *funções política, legislativa ou jurisdicional* (artigo 185.º, n.º 1, do CPTA).

Fechados os parênteses, a nova lei consagra, sem dúvida com grande amplitude, a responsabilidade civil do Estado e das Regiões Autónomas pelos danos anormais causados por atos legislativos desconformes *«com a Constituição, o direito internacional, o direito comunitário ou ato legislativo de valor reforçado»* (artigo 15.º, n.º 1, do RRCEEP). Ainda assim, dentro da matriz dualista básica do sistema, não vale neste domínio a presunção *«de culpa leve na prática de atos jurídicos ilícitos»* (artigo 10.º, n.º 1, do RRCEEP), ficando, pelo contrário, a própria existência e a extensão da responsabilidade pelo ilícito legislativo dependente da censurabilidade da conduta do legislador em face das circunstâncias do caso, aferida, designadamente, em função do maior ou menor grau de clareza e precisão da norma violada, do tipo de inconstitucionalidade e do facto de terem sido adotadas ou omitidas no caso concreto diligências pelo legislador suscetíveis de evitar a situação de ilicitude (artigo 15.º, n.º 4, do RRCEEP). E, porque os danos anormais causados pelo ilícito legislativo podem afetar numerosos lesados, prevê-se ainda que, *«quando os lesados forem em tal número que, por razões de interesse público de excecional relevo, se justifique a limitação do âmbito da obrigação de indemnizar, esta pode ser fixada equitativamente em montante inferior ao que corresponderia à reparação integral dos danos causados»* (artigo 15.º, n.º 6, do RRCEEP).

Noutro plano, a lei em vigor é manifestamente restritiva em relação aos danos resultantes de omissões legislativas. Na verdade, o novo regime

atende apenas a uma das situações típicas de omissões legislativas ilícitas – aquela em que está em causa a «*omissão de providências legislativas necessárias para tornar executáveis normas constitucionais*» (artigo 15.º, n.º 3, do RRCEEP) –, deixando assim por regular outras situações em que o problema da responsabilidade por omissões legislativas ilícitas se coloca com especial acuidade (v.g., violação do dever de proteção dos direitos fundamentais ou não transposição de diretivas comunitárias). Por outro lado, ao estabelecer que «*a constituição em responsabilidade fundada na omissão de providências legislativas necessárias para tornar executáveis normas constitucionais depende da prévia verificação de inconstitucionalidade por omissão pelo Tribunal Constitucional*» (artigo 15.º, n.º 5, do RRCEEP), o legislador, numa solução restritiva que suscita dúvidas sérias de constitucionalidade, faz depender a propositura da ação de responsabilidade da prévia verificação da inconstitucionalidade por omissão pelo Tribunal Constitucional, apesar de o ordenamento constitucional português não abrir aos particulares lesados a possibilidade de requererem a fiscalização abstrata da inconstitucionalidade por omissão.

Da mesma forma, e deixando de lado a obrigação de indemnizar em caso de sentença penal condenatória injusta ou de privação da liberdade ilegal ou injustificada, o legislador foi especialmente cauteloso na regulamentação da responsabilidade civil do Estado por erro judiciário em geral. Com efeito, o novo diploma não se limita a exigir, para que o Estado possa ser civilmente responsável, que os danos decorram de «*decisões jurisdicionais manifestamente inconstitucionais ou ilegais ou injustificadas por erro grosseiro na apreciação dos respetivos pressupostos de facto*» (artigo 14.º, n.º 1, do RRCEEP). A lei impõe ainda, numa solução já validada pelo Tribunal Constitucional⁴, que a decisão danosa seja previamente revogada e, além disso, que essa revogação seja efetuada pela mesma jurisdição em que se integra o tribunal que a proferiu (artigo 14.º, n.º 2, do RRCEEP).

3. O regime da responsabilidade civil dos poderes públicos em tempos de crise

I. O autor destas linhas tem defendido desde há muito que a afirmação de um novo paradigma responsabilizante não significa que se deva substituir uma sociedade caracterizada por um *excesso de irresponsabilidade* por

⁴ Cfr. Acórdão do TC n.º 363/2015.

uma nova fase de *abuso da responsabilidade*, não se podendo obliterar a autonomia e o espaço próprio da responsabilidade político-democrática e devendo rejeitar-se a diluição do instituto da responsabilidade civil num instrumento de segurança social ou (na expressão de Gomes Canotilho) a transformação do Estado numa espécie de *Big-Brother*, responsável, de forma global, integral e providencial, por quaisquer ações e omissões danosas⁵. Não se justifica, pois, nos quadros de um Estado de Direito e de uma ordem de liberdade, que a responsabilidade civil pública assuma «uma função previdencialista de danos e riscos sociais», com a consequente oneração do *povo fiscal* que paga os impostos e que suporta, em última análise, o pagamento da indemnização (para continuar a empregar as palavras do Mestre de Coimbra)⁶.

Em qualquer caso, para além da compreensão geral do instituto da responsabilidade civil dos poderes públicos que está subjacente a um tal entendimento, hoje está também em cima da mesa a discussão em torno de saber em que medida o atual paradigma – tendencialmente responsabilizante – em matéria de responsabilidade civil dos poderes públicos, plasmado na Lei n.º 67/2007, resiste a um tempo de *vacas magras*.

O problema tornou-se particularmente atual durante o Programa de Assistência Económica e Financeira a que Portugal esteve submetido no tempo da Troika, visto que um paradigma responsabilizante – pensado como se vivêssemos «em tempo de *vacas gordas*...»⁷ – se casava mal com um período «de absoluta excecionalidade, do ponto de vista da gestão financeira dos recursos públicos», e na qual existiam «riscos sérios de abalo dos alicerces (senão, mesmo, colapso) do sistema económico-financeiro nacional»^{8/9}. No fundo, a crise tornou claro que Portugal estava «a viver acima das suas possibilidades» e que não era possível pretender «o melhor dos mundos possíveis: limitar danos e custos»¹⁰.

A verdade, porém, é que as preocupações financeiras vinham de trás e não se encontram dissipadas hoje. Recorde-se que, na mensagem em que fundamentou o veto inicial daquela que viria a ser a Lei n.º 67/2007, o Presidente da República, Cavaco Silva, alertou para as «consequências,

⁵ Cfr., com as respetivas referências bibliográficas, R. MEDEIROS (1992), pp. 74-79; (2005) pp. 11-12.

⁶ Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO (2002), p. 222.

⁷ Cfr. M. J. ESTORNINHO (2011), p. 38.

⁸ Cfr. Acórdão do TC n.º 396/2011.

⁹ Cfr. R. MEDEIROS (2013), p. 345.

¹⁰ Cfr. J. M. GONÇALVES MACHADO (2011), pp. 61 e 63.

maxime no plano financeiro», associadas a «um acréscimo significativo das despesas do Estado», sustentando que várias soluções do diploma eram «de molde a produzirem consequências financeiras cuja razoabilidade em termos de esforço fiscal é questionável»¹¹. E, atualmente, mesmo num contexto pós-Troika, ninguém certamente questionará a debilidade da situação económico-financeira de Portugal ou as limitações orçamentais que continuam a recair sobre o Estado português, impondo, num contexto de crise do Estado de bem-estar, escolhas seletivas e criteriosas. Daí que tenha sentido questionar se o regime aplicável à responsabilidade civil dos poderes públicos é compatível com um Estado depauperado.

II. A resposta, para o autor destas linhas, não passa por afirmar que as soluções generosas da lei são totalmente inadequadas em tempos de crise e conduzem a soluções perversas do ponto de vista dos dinheiros públicos¹². Com efeito, para além das razões ponderosas que justificam o princípio da responsabilidade civil do Estado e das demais entidades públicas – tema que extravasa do objeto deste texto –, o regime em vigor não conduz, de modo algum, à transformação do Estado «numa gigantesca empresa de seguros»^{13/14}.

A análise sumária, que se vai fazer de seguida, de três domínios sensíveis da responsabilidade civil da Administração (onde se manifesta de forma inequívoca o novo paradigma responsabilizante) – mas o mesmo exercício poderia ser feito em relação a outros aspetos estruturantes do regime atual¹⁵ – permite ilustrar este entendimento. Não se trata, nesta sede, de desenvolver cada um desses três tópicos. O que se pretende, neste contributo, é tão-somente exemplificar, com estes três domínios relevantes para a determinação do âmbito e da extensão da obrigação de indemnizar da Administração, como é possível por via hermenêutica

¹¹ Cfr. Mensagem do Presidente da República, Aníbal Cavaco Silva, referente ao diploma que «Aprova o regime de responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas», de 24 de agosto de 2007.

¹² Cfr., porém, M. J. ESTORNINHO (2011), p. 42.

¹³ Cfr. A. CASTANHEIRA NEVES (1977), pp. 388-389.

¹⁴ Cfr. R. MEDEIROS (2005), pp. 11-12.

¹⁵ Cfr., por exemplo, a propósito da responsabilidade pelo risco – em que também se discute «se a lei atual não acolhe [...] uma solução [...] demasiado generosa para os lesados e demasiado onerosa para os contribuintes» [J. C. VIEIRA DE ANDRADE (2013), p. 66] –, J. M. GONÇALVES MACHADO (2011), pp. 61 ss.

alcançar soluções ponderadas e equilibradas e que se mostram compatíveis com um tempo (longo) de *vacas magras*.

4. Alguns domínios sensíveis em que se joga a extensão do dever de indemnizar da Administração

a) Responsabilidade pelo funcionamento anormal do serviço

Um dos traços mais marcantes – e meritórios – do regime da responsabilidade civil do Estado em vigor traduz-se, como já foi assinalado, na admissibilidade de uma obrigação de indemnizar mesmo que «*os danos não tenham resultado do comportamento concreto de um titular de órgão, funcionário ou agente determinado, ou não seja possível provar a autoria pessoal da ação ou omissão*», bastando para o efeito que tais danos «*devam ser atribuídos a um funcionamento anormal do serviço*» (artigo 7.º, n.º 3, do RRCEEP). E, nos termos da lei, «*existe funcionamento anormal do serviço quando, atendendo às circunstâncias e a padrões médios de resultado, fosse razoavelmente exigível ao serviço uma atuação suscetível de evitar os danos produzidos*» (artigo 7.º, n.ºs 3 e 4, do RRCEEP).

A responsabilidade pelo funcionamento anormal do serviço é particularmente relevante num país em que, como alguns acontecimentos recentes trouxeram à luz do dia (desde os flagelos dos incêndios aos casos de violação dos tempos máximos de espera garantidos, incluindo em casos graves como os das doenças oncológicas, passando pela derrocada de pontes ou de estradas), os serviços públicos frequentemente não funcionam como seria devido. A responsabilidade pelo funcionamento anormal do serviço é, assim, chamada a cumprir, não apenas uma evidente e relevante função reparadora, mas também uma importante função preventiva e de controlo do bom funcionamento dos serviços públicos, constituindo, assim, um instrumento de controlo dos poderes públicos suscetível de contribuir decisivamente para a própria melhoria dos serviços públicos¹⁶.

Em qualquer caso, na qualificação do funcionamento anormal do serviço joga-se um dos «pontos fundamentais para aferir da sustentabilidade financeira e da justiça do regime da responsabilidade civil

¹⁶ Cfr. R. MEDEIROS (2005), p. 9.

extracontratual do Estado»¹⁷. Ora, nesta perspectiva, é significativo, desde logo, «a existência de uma diretriz para a standardização da qualidade dos serviços a um *nível* médio»¹⁸. Sobretudo – e deixando agora de lado o funcionamento anormal da administração da justiça, designadamente por violação do direito a uma decisão jurisdicional em prazo razoável, uma vez que, neste domínio, não obstante a remissão do artigo 12.º do RRCEEP, há que ter em conta também a abundante jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos –, para que haja em geral responsabilidade civil pelo funcionamento anormal do serviço é preciso que, atendendo às circunstâncias, se possa afirmar que era razoavelmente exigível ao serviço uma atuação suscetível de evitar o dano. Subjacente a uma tal afirmação está «um juízo de censura ao serviço que funciona mal», traduzindo-se no «reconhecimento de que, nas circunstâncias do caso, *era exigível a um serviço que funcionasse bem* (ou seja, que funcionasse segundo padrões médios de resultado)»¹⁹.

Significa isto que, à partida, «quando os danos possam ser atribuídos à falta de recursos humanos, materiais ou financeiros»²⁰, haverá que atender aos meios ao dispor dos serviços²¹.

Naturalmente, num Estado de Direito fundado na dignidade da pessoa humana, e mesmo não falando dos serviços básicos, há que «moderar o alcance do tradicional argumento defensivo da falta de recursos humanos, materiais e financeiros», não sendo, designadamente, «de afastar juízos comparativos com serviços congéneres»²² ou a responsabilidade por funcionamento anormal do serviço quando a falta de meios for imputável aos próprios responsáveis pelo concreto serviço²³. A insuficiência de meios não é, pois, necessariamente absolutória²⁴.

Todavia, sem prejuízo das distinções e atenuações a que haja lugar, o que importa reter neste contexto – para efeitos de aferir se a formulação

¹⁷ Cfr. S. TAVARES DA SILVA (2009), p. 47.

¹⁸ Cfr. J. C. VIEIRA DE ANDRADE (2008), p. 366.

¹⁹ Cfr. M. AROSO DE ALMEIDA (2013), p. 224.

²⁰ Cfr. C. CADILHA (2011), p. 165.

²¹ Cfr. MICHEL PAILLET, *La faute du service public en droit administratif français*, Paris: LGDJ, 1980, pp. 157 ss.

²² Cfr. M. CORTEZ (2003), p. 35.

²³ Cfr., no sentido de que deve ser exigido que os serviços disponham dos recursos mínimos necessários para funcionar, M. AROSO DE ALMEIDA (2013), p. 223.

²⁴ Cfr., sublinhando ainda que, se as autoridades públicas «*n'ont pas les moyens de le faire, elles doivent les trouver*», M. PAILLET (1980), p. 368.

do artigo 7.º, n.º 4, do RRCEEP compromete ou não a «sustentabilidade financeira deste regime jurídico»²⁵ – é que a necessidade de um «juízo de censura [...] do próprio serviço»²⁶ constitui um importante limite à utilização deste instituto quando na base do funcionamento anormal estejam decisões tomadas a montante – no limite, pelo próprio legislador orçamental. É que, nestes casos, uma eventual obrigação de indemnizar ter-se-á de fundar, consoante o caso, nas regras gerais aplicáveis à responsabilidade civil da Administração ou no regime em vigor para a responsabilidade civil pelo ilícito legislativo.

b) Indemnização pelo sacrifício

I. A questão da sustentabilidade financeira do regime da responsabilidade civil do Estado encontra, naturalmente, um espaço de eleição no campo da chamada indemnização pelo sacrifício²⁷.

O artigo 16.º do RRCEEP, sob a epígrafe «*indemnização pelo sacrifício*», limita-se a dispor, a este propósito, que «*o Estado e as demais pessoas coletivas de direito público indemnizam os particulares a quem, por razões de interesse público, imponham encargos ou causem danos especiais e anormais, devendo, para o cálculo da indemnização, atender-se, designadamente, ao grau de afetação do conteúdo substancial do direito ou interesse violado ou sacrificado*».

São inúmeros os problemas que esta formulação geral suscita e, por isso, sem surpresa, a interpretação do artigo 16.º tem sido objeto de larga discussão na doutrina²⁸. Nesta sede, porém, e tendo presente o objetivo que subjaz a este texto, que não tem o propósito de analisar as diversas questões que o regime da indemnização pelo sacrifício coloca, interessa tão-somente sublinhar que, apesar da formulação unitária da lei, se mostra imperioso reconhecer que as diversas hipóteses em que pode haver responsabilidade indemnizatória dos poderes públicos não estão necessariamente submetidas ao mesmo regime, havendo que separar jurídico-dogmaticamente diversos tipos de situações²⁹.

²⁵ Cfr. S. TAVARES DA SILVA (2009), p. 46.

²⁶ Cfr. A. FERNANDA NEVES (2017), p. 458.

²⁷ Cfr. S. TAVARES DA SILVA (2009), pp. 48-49.

²⁸ Cfr., por último, para uma descrição do estado da doutrina, A. ESPÍRITO SANTO COSTA (2016), pp. 114 ss.

²⁹ Cfr. J. C. VIEIRA DE ANDRADE (2013), pp. 67 ss. – cfr., porém, no sentido da «unidade teleológica do instituto da indemnização pelo sacrifício», P. MACHETE (2013), p. 439.

II. Impõe-se, antes de mais, sublinhar que a adoção de um amplo conceito constitucional de propriedade privada³⁰, compreendendo a generalidade das posições jurídicas subjetivas de conteúdo patrimonial, não obsta à adoção de um *conceito restrito de expropriação* (que de resto, no texto constitucional, não se confunde com outras formas típicas de ablação do direito de propriedade como a requisição ou a nacionalização).

Com efeito, «a dimensão simultaneamente *subtrativa e apropriativa* da expropriação não constitui um aspeto secundário, mas justamente a *característica específica* que a distingue estruturalmente» dos demais sacrifícios de direitos patrimoniais³¹. Só a expropriação assim caracterizada exige como requisito de validade, por imperativo constitucional e, mais concretamente, por força do disposto no artigo 62.º, n.º 2, da Constituição, o pagamento de uma «justa indemnização»³². Por isso, em relação à expropriação em sentido restrito – classicamente caracterizada como a *extinção* de um direito de propriedade existente «sobre determinados bens, para o efeito da *transferência desses bens* para outro património a fim de nele produzirem maior utilidade pública»³³ –, pode dizer-se que a indemnização não «surge como *consequência de um facto danoso*», sendo antes «*condição de validade do próprio ato ablativo do direito, sendo prévia ou contemporânea da lesão*»³⁴.

A recusa de um conceito alargado de expropriação permite, em qualquer caso, recusar a afirmação segundo a qual «a indemnização por sacrifício de direitos patrimoniais privados» em geral «tem que ser contemporânea desse sacrifício»³⁵. Por outro lado, em coerência com a autonomização

³⁰ Cfr. R. MEDEIROS (2017), pp. 901 ss. – cfr., porém, criticamente, J. C. VIEIRA DE ANDRADE (2013), pp. 74-75.

³¹ Cfr. J. C. VIEIRA DE ANDRADE (2013), p. 77.

³² Cfr., neste sentido, analisando a jurisprudência constitucional portuguesa, P. MACHETE (2013), p. 445.

³³ Cfr. M. CAETANO (1983), pp. 1020-1021 – cfr. ainda, a propósito de uma expropriação por utilidade particular, no sentido de que a expropriação «é um modo de aquisição de direitos sobre coisas que tem em vista proporcionar o aproveitamento direto dos bens pela entidade expropriante», sendo a «sua causa ou razão determinante [...] o interesse do sujeito em favor do qual se verifica a aquisição do direito», Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 205/2000; cfr., por fim, no sentido de que o «retorno» a um conceito formal de expropriação não implica necessariamente a adesão ao seu sentido clássico, J. C. VIEIRA DE ANDRADE (2013), p. 78, nota.

³⁴ Cfr. A. ESPÍRITO SANTO COSTA (2016), p. 79.

³⁵ Cfr., mas defendendo que existe a exigência de uma indemnização contemporânea do sacrifício, M. REBELO DE SOUSA / A. SALGADO DE MATOS (2008), pp. 62-63; (2009),

proposta, a indemnização por expropriação por utilidade pública não se encontra regulada no artigo 16.º do RRCEEP, mas sim no Código das Expropriações³⁶, e, por imposição constitucional, deve «considerar, como ponto de referência, o valor adequado que permita ressarcir o expropriado da perda do bem que lhe pertencia»³⁷.

III. O reconhecimento de um direito de indemnização por danos resultantes de outros sacrifícios de direitos patrimoniais cobertos pela garantia constitucional da propriedade privada não pressupõe, como foi assinalado, «o alargamento e a dissolução do conceito de expropriação. O problema [...] resolve-se, entre nós, [...] reconhecendo “que a garantia constitucional da propriedade impõe que esta não possa ser sacrificada sem indemnização, mesmo em casos em que formalmente a titularidade privada se mantém e não há, pois, tecnicamente expropriação”³⁸. Em qualquer caso, a noção *constitucional* de sacrifício da propriedade deve ser recortada a partir dos traços fundamentais presentes nos principais atos ablativos da propriedade previstos na Lei Fundamental».

Assim, e desde logo, para que se esteja perante um sacrifício indemnizável à luz da garantia constitucional da propriedade privada, é preciso, que se esteja perante uma «privação *deliberada e querida* de direitos patrimoniais». Com efeito, «os conceitos de expropriação, requisição e nacionalização “tem, seguramente, um elemento identificador comum”: a presença de um ato jurídico-público dirigido intencionalmente contra direitos patrimoniais dos particulares». A Constituição limitou-se, pois, «a constitucionalizar o direito de indemnização em caso de sacrifício intencional da propriedade privada, deixando ao legislador ordinário o poder de estabelecer diferentes tipos de responsabilidade objetiva e de fixar os especiais pressupostos de cada um deles»³⁹.

Além disso, o sacrifício do direito de propriedade indemnizável por força do disposto no artigo 62.º da Constituição envolve tão-somente atos jurídico-públicos que determinam uma afetação do «conteúdo essencial de direitos subjetivos patrimoniais»⁴⁰, isto é, tem em vista unicamente «aquelas limitações, proibições ou restrições do direito de propriedade

pp. 454-455.

³⁶ Cfr. C. CADILHA (2011), p. 368.

³⁷ Cfr. R. MEDEIROS (2017), pp. 920 ss.

³⁸ Cfr. R. MEDEIROS (1992), p. 302.

³⁹ Cfr. R. MEDEIROS (1992), pp. 308-309 e 313.

⁴⁰ Cfr. R. MEDEIROS (1992), pp. 327 ss.

que, embora não suprimindo a titularidade do bem, anulam o seu valor económico ou inviabilizam a sua utilidade global»⁴¹. Verificando-se um sacrifício da propriedade privada na aceção constitucional, «a garantia individual da propriedade transforma-se numa garantia do valor da propriedade»⁴².

Por fim, nos termos do artigo 62.º, a indemnização não depende da especialidade do dano. Obviamente, em relação ao fenómeno expropriativo clássico, pode afirmar-se que a expropriação «é *sempre* um sacrifício grave e especial (ou na terminologia da presente lei, um “dano especial e anormal” – aliás, é o exemplo acabado de danos dessa natureza) que, como tal, não pode deixar de ser indemnizado»⁴³. Mas, no caso de outros sacrifícios análogos, o problema pode colocar-se. Ora, «a própria previsão constitucional de que a apropriação pública de toda uma categoria de bens, *maxime* por via da nacionalização de todo um sector da atividade económica por razões de interesse público, obriga ao pagamento de uma indemnização (artigo 83.º da Constituição) revela que a Constituição não faz depender a operatividade da garantia do valor da propriedade da imposição de encargos desiguais. Ou seja, mesmo quando as medidas ablativas incidem sobre categorias de meios de produção e atingem todos os proprietários que exerçam, em condições semelhantes, a mesma atividade económica, é possível afirmar que se está ainda perante um sacrifício patrimonial indemnizável»⁴⁴.

IV. Prosseguindo, e deixando agora as duas hipóteses assinaladas – nas quais, mesmo que se faça também apelo ao princípio da justa distribuição dos encargos públicos, o artigo 62.º da Constituição constitui uma «disposição-chave»⁴⁵ –, o instituto da indemnização pelo sacrifício previsto no artigo 16.º do RRCEP compreende, ainda, um conjunto diversificado de outras situações.

a) Assim, mesmo não mencionando aqui, e para usar a terminologia alemã, a *Enteignungsgleicher Eingriff* ou a *Aufopferungsgleicher Eingriff*, isto é, casos de expropriação ou sacrifício *ilícito* (ainda que não culposos) de direitos patrimoniais ou pessoais (é significativo que a parte final do

⁴¹ Cf. P. MACHETE (2013), pp. 458-459.

⁴² Cf. R. MEDEIROS (2017), pp. 911 ss.

⁴³ Cf. P. MACHETE (2013), pp. 441-442.

⁴⁴ Cf. R. MEDEIROS (2017), pp. 917-918.

⁴⁵ Cf. M. REBELO DE SOUSA / A. SALGADO DE MATOS (2008); (2009), 450-451.

artigo 16.º se refira também à possibilidade de existência de um direito ou interesse *violado*, visto que, como é sabido, «se a atuação é lícita, pode haver danos, mas não direitos violados»⁴⁶...), o artigo 16.º abrange, desde logo, restrições intencionais de direitos patrimoniais que, não se limitando a concretizar a vinculação social do direito de propriedade, não envolvam, apesar de tudo, a eliminação ou a restrição do conteúdo essencial desse direito.

Em causa estão «limitações, proibições ou restrições do direito de propriedade que, além de não suprimirem a titularidade do bem, também não anulam o seu valor económico nem inviabilizam a sua utilidade global», mas que, apesar de tudo, e «na falta de lei especial, são indemnizáveis nos termos do artigo 16.º [...], com base no aludido “princípio geral igualdade dos cidadãos perante os encargos públicos”»⁴⁷.

O artigo 167.º, n.º 5, do CPA enquadra-se, justamente, nesta perspectiva. Com efeito, nos casos de revogação de atos constitutivos de direitos «*com fundamento na superveniência de conhecimentos técnicos e científicos ou em alteração objetiva das circunstâncias de facto, em face das quais, num ou noutro caso, não poderiam ter sido praticados*», a lei estabelece que «*os beneficiários de boa-fé do ato revogado têm direito a ser indemnizados, nos termos do regime geral aplicável às situações de indemnização pelo sacrifício, mas quando a afetação do direito, pela sua gravidade ou intensidade, elimine ou restrinja o conteúdo essencial desse direito, o beneficiário de boa-fé do ato revogado tem direito a uma indemnização correspondente ao valor económico do direito eliminado ou da parte do direito que tiver sido restringida*».

b) Noutro plano, o artigo 16.º compreende ainda sacrifícios não intencionais ou não queridos de direitos patrimoniais ou o sacrifício lícito de direitos pessoais, «designadamente a vida, a integridade física, a saúde e a qualidade de vida»⁴⁸.

c) Ora, e esta é a nota fundamental a reter no âmbito deste texto, nestes casos não cobertos pelo artigo 62.º da Constituição, «a indemnização pelo sacrifício não tem uma função reparadora de danos, mas, sim, uma *função compensadora de prejuízos* e mede-se em função da *intensidade*

⁴⁶ Cfr. A. MENEZES CORDEIRO (2010), p. 918.

⁴⁷ Cfr. P. MACHETE (2013), pp. 457-458.

⁴⁸ Cfr. M. REBELO DE SOUSA / A. SALGADO DE MATOS (2008), p. 42; (2009), p. 437.

do sacrifício ou prejuízo, tendo em conta a sua *especialidade* [...] e a sua *anormalidade*».

O próprio apelo da parte final do artigo 16.º do RRCEEP, em sede de cálculo da indemnização, ao *grau de afetação do interesse sacrificado* confirma que a indemnização pode ser de montante inferior ao que corresponderia aos danos causados, «correspondendo a uma compensação equitativa e não a uma reparação integral»⁴⁹. Está-se, pois, longe da *justa indemnização* prevista no artigo 62.º, n.º 2, da Constituição⁵⁰.

Significa isto que, em todo este universo, «o modelo de compensação pelo sacrifício [...] há de conduzir a resultados balizados entre a proibição de irressarcibilidade de prejuízo privado intolerável e a aceitação de irrestrita socialização de todo e qualquer prejuízo privado motivado em razões de interesse público, numa espécie de equação fortemente enraizada na equidade»⁵¹.

c) Zonas cinzentas no quadro da matriz dualista básica do RRCEEP

I. Como já foi assinalado, o regime em vigor assenta numa matriz dualista básica.

Aparentemente, dentro da matriz dualista da lei, e não estando em causa o exercício da função político-legislativa ou da função jurisdicional, quaisquer situações de responsabilidade civil por facto ilícito culposo imputáveis a autoridades administrativas deveriam ser aferidas à luz do regime da responsabilidade civil da Administração.

A verdade, porém, é que a lei não parece ter tido em conta, na repartição binária que traçou, algumas *zonas cinzentas*. Isto mesmo pode ser exemplificado com dois tipos de situações. É o caso, antes de mais, da responsabilidade civil adveniente da aprovação de regulamentos independentes, *maxime* sob a forma de decretos regulamentares do Governo. Em segundo lugar, ainda que sem entrar na problemática da responsabilidade civil das autoridades administrativas independentes em geral, o mesmo se diga da responsabilidade civil do Banco de Portugal⁵² na sua atividade de supervisão bancária.

⁴⁹ Cfr. J. C. VIEIRA DE ANDRADE (2013), pp. 70-71.

⁵⁰ Cfr. J. VALLE (2017), p. 808.

⁵¹ Cfr. C. AMADO GOMES (2012), pp. 159-160.

⁵² Independentemente do regime especial aplicável à responsabilidade pessoal do Governador ou dos demais membros do Conselho de Administração – artigo 12.º, n.º 3, do RGICSF.

Naturalmente, a lei, consciente de que o artigo 22.º da Constituição se aplica a todas as funções do Estado, procurou «concretizar a garantia da responsabilidade direta do Estado, de modo a adequá-la à diferente tipologia de atuações que pode estar em causa». Concretamente, a diferença entre o regime aplicável à responsabilidade civil por prejuízos resultantes do exercício da função administrativa e à responsabilidade civil por danos decorrentes do exercício da função legislativa resulta, justamente, da verificação de que «são diferentes os problemas suscitados por atos concretos ou atos normativos, assim como também são diferentes as questões colocadas pela ilicitude dos atos típicos de cada função estadual»⁵³.

Contudo, da mesma forma que omitiu regulamentação para as situações de responsabilidade civil por danos resultantes do exercício da função política *stricto sensu* (uma vez que o artigo 15.º do RRCEEP, não obstante aludir à responsabilidade no «*exercício da função político-legislativa*», está todo pensado para a responsabilidade do legislador), a lei não parece ter ponderado que o poder regulamentar independente, *maxime* sob a forma de decreto regulamentar do Governo, se enquadra mal na distinção rígida de regimes associada à repartição clássica das funções do Estado em que assenta o regime aprovado pela Lei n.º 67/2007. Do mesmo modo, a regulamentação plasmada no RRCEEP em matéria de responsabilidade civil da Administração não parece considerar «a especial dificuldade da atividade de supervisão, o risco da atividade financeira e a magnitude das crises que podem ocorrer no sector financeiro em geral e, em especial, no bancário»⁵⁴ ou os efeitos em massa que podem resultar de uma ação ou omissão da entidade de supervisão.

II. Importa desenvolver este tópico. Uma via possível para ensaiar uma argumentação no sentido de que as duas hipóteses assinaladas não se reconduzem às situações típicas de responsabilidade civil da Administração objeto de regulação pelo legislador passaria pela convocação da Constituição. Neste sentido, poder-se-ia invocar «o princípio da *proporcionalidade*, designadamente na sua dimensão de equilíbrio, bem como o princípio da *sustentabilidade financeira*, que se afirma hoje como expressão de um valor constitucional relevante nesta matéria»⁵⁵.

⁵³ Cfr. Acórdão do TC n.º 363/2015.

⁵⁴ Cfr. F. MAÇAS (2011), p. 61.

⁵⁵ Cfr. J. C. VIEIRA DE ANDRADE (2013), p. 78.

A verdade, porém, é que – ainda por cima numa ordem constitucional que consagra no artigo 22.º um direito fundamental à reparação dos danos causados pelo Estado e demais entidades públicas ou que estabelece um princípio geral de responsabilidade civil dos poderes públicos – não se devem convocar princípios constitucionais tomados isoladamente, não se podendo ignorar que as ponderações constitucionalmente comprometidas obrigam a convocar os diversos princípios relevantes e não são, por isso, unidirecionais.

III. O argumento deve antes ser construído a partir da própria teleologia global da regulamentação legal. Com efeito, pode concluir-se, com base na própria estrutura interna do RRCEEP, que as razões que justificam as especiais cautelas que a lei revela quando regula a responsabilidade civil dos poderes públicos designadamente no domínio mais sensível da função legislativa também podem valer em grande medida – sem que a lei tenha ponderado este aspeto – quando esteja em causa a obrigação de reparação dos danos causados por regulamentos independentes do Governo ou no âmbito da atividade de supervisão bancária.

a) A conclusão impõe-se, desde logo, em relação ao disposto no n.º 2 do artigo 15.º do RRCEEP.

Recorde-se que, segundo este preceito, em matéria de responsabilidade pelo ilícito legislativo, *«a decisão do tribunal que se pronuncie sobre a inconstitucionalidade ou ilegalidade de norma jurídica ou sobre a sua desconformidade com convenção internacional, para efeitos do número anterior, equivale, para os devidos efeitos legais, a decisão de recusa de aplicação ou a decisão de aplicação de norma cuja inconstitucionalidade, ilegalidade ou desconformidade com convenção internacional haja sido suscitada durante o processo, consoante o caso»*.

Ora, atendendo à preocupação (que subjaz a esta regra) de que a ação de responsabilidade não afete a posição do Tribunal Constitucional no sistema português de fiscalização da constitucionalidade, uma tal opção legal não pode deixar de valer para quaisquer normas regulamentares danosas diretamente inconstitucionais (sendo, neste caso, indiferente que esteja ou não em causa uma norma inconstitucional de um regulamento independente). Ou seja, pelas mesmas razões constitucionais que justificam o disposto no n.º 2 do artigo 15.º, deve concluir-se que da decisão do tribunal administrativo que condene a Administração ao ressarcimento dos danos causados por uma norma regulamentar diretamente contrária à Constituição cabe também recurso para o Tribunal Constitucional.

b) O problema não se esgota no aspeto específico assinalado. É sabido que um dos traços do regime substantivo mais cauteloso de responsabilidade civil pelo ilícito legislativo se prende com os termos de apreciação da censurabilidade da conduta do legislador (artigo 15.º, n.º 4, do RRCEEP). Uma tal solução normativa contrasta com aquelas que se extraem do regime aplicável à responsabilidade civil da Administração, onde vigora uma presunção de culpa «*na prática de atos jurídicos ilícitos*» ou «*sempre que tenha havido incumprimento de deveres de vigilância*» (artigo 10.º, n.º 2 e 3, do RRCEEP) e a culpa é em geral apreciada em função da «*diligência e aptidão que seja razoável exigir, em função das circunstâncias de cada caso, de um titular de órgão, funcionário ou agente zeloso e cumpridor*» (artigo 10.º, n.º 1, do RRCEEP).

Aparentemente, mesmo em *zonas cinzentas* como aquelas aqui em apreciação, a diferença entre a função administrativa e a função legislativa justificaria uma tal contraposição de regimes.

A verdade, porém, é que uma tal justificação não é linear. A lição do direito da União Europeia a este propósito merece ser objeto de reflexão. É que também aí se consagra uma dualidade de regimes. De facto, numa solução que traduz diferentes níveis de exigência, embora a obrigação de indemnizar pressuponha em regra uma ilegalidade simples, há muito que se entende que, quando está em causa um ato lesivo consubstanciado num instrumento normativo que expresse opções de política económica, deve existir uma ilegalidade agravada e, concretamente, uma violação manifesta e grave dos limites que se impunham ao poder de apreciação do decisor⁵⁶. Todavia, se durante muito tempo o Tribunal de Justiça estabeleceu uma ligação entre as opções normativas que expressem opções de política económica e os atos legislativos estaduais⁵⁷, a verdade é que, com o Acórdão Bergaderm, de 4 de julho de 2000, passou a entender-se que «*the general or individual nature of a measure taken by an institution is not a decisive criterion for identifying the limits of the discretion enjoyed by the institution in question [...]. In removing the legislative/administrative distinction [...], the advantage of the ECJ' approach is that the true focus of the investigation – the discretion of the institution – is emphasized, rather than being obscured by the art of arbitrary categorization*»⁵⁸.

⁵⁶ Cfr. A. N. FIGUEIREDO PATRÃO (2008), pp. 258 ss.

⁵⁷ Cfr. A. N. FIGUEIREDO PATRÃO (2008), p. 313.

⁵⁸ Cfr. A. BIONDI / M. FARLEY (2009), pp. 126-127 e 132.

A adesão a um tal entendimento pressupõe, no caso português, que as razões que justificam a norma que faz depender a própria existência e a extensão da responsabilidade pelo ilícito legislativo da censurabilidade da conduta do legislador em face das circunstâncias do caso (artigo 15.º, n.º 4, do RRCEEP) também possam valer em *zonas cinzentas* da atividade administrativa como aquelas aqui identificadas. Ora, embora se reconheça – à semelhança, aliás, do que sucede quando se procura indagar os fundamentos dos requisitos mais severos que no direito da União Europeia são adotados quando estão em causa opções normativas que expressem opções de política económica ou atos análogos⁵⁹ – que pode haver diversas justificações para explicar as cautelas do legislador português em matéria de responsabilidade civil pelo ilícito legislativo, muitas dessas razões valem também, ainda que com adaptações, nas *zonas cinzentas* de que se está aqui a falar.

Assim, e desde logo, embora a liberdade de conformação do legislador não se confunda com a discricionariedade administrativa, pode dizer-se que, nas hipóteses aqui em equação, as autoridades administrativas «*may enjoy ample discretion and may be required to make choices that are equally difficult, complexe and sensitive to those of the legislature*»⁶⁰.

O mesmo se diga quando se argumenta que «*le pouvoir législatif, même la ou existe un contrôle juridictionnel sur la validité the ses actes, ne doit pas être entravé dans ses dispositions par la perspective d'actions en dommages-intérêts chaque fois qu' il est dans le cas de prendre, dans l'intérêt général, des mesure normatives susceptibles de porter atteinte aux intérêts de particuliers*»⁶¹. Também este argumento pode ser transposto sem dificuldade para situações em que estejam em causa decisões do Banco de Portugal no âmbito da sua atividade de supervisão bancária ou regulamentos independentes do Governo (sob a forma de decretos regulamentares).

Ligado ao argumento anterior – e ao risco de inibição da atuação do decisor público – está também a preocupação – que claramente subjaz ao regime da responsabilidade civil do legislador por factos ilícitos plasmado no artigo 15.º do RRCEEP – de evitar a multiplicação e «a massificação de

⁵⁹ Cfr. A. N. FIGUEIREDO PATRÃO (2008), pp. 316 ss.; A. BIONDI / M. FARLEY (2009), pp. 121 ss.

⁶⁰ Cfr. A. BIONDI / M. FARLEY (2009), pp. 127 e 161.

⁶¹ Cfr., citando um aresto do Tribunal de Justiça, A. N. FIGUEIREDO PATRÃO (2008), pp. 366-367.

ações de indemnização contra o Estado⁶². Também por isso, e não apenas com fundamento no artigo 282.º, n.º 4, da Constituição (que autoriza a limitação dos efeitos das decisões de inconstitucionalidade), a lei prevê, em matéria de responsabilidade civil do Estado por danos decorrentes do exercício da função legislativa, a possibilidade de se reduzir a indemnização quando os lesados forem em tal número que, por razões de interesse público de excepcional relevo, se justifique uma tal redução (artigo 15.º, n.º 6, do RRCEEP)⁶³. Este é mais um traço específico do regime da responsabilidade civil do legislador. A solução, como é sabido, contrasta com aquela que vale para a responsabilidade civil da Administração em geral, visto que, neste caso, falta habilitação legal para uma limitação da obrigação de indemnizar, sendo também inaplicável o disposto no artigo 494.º do Código Civil, pelo que a Administração civilmente responsável deve reparar todos os danos por ela causados. Acontece, porém, que nas *zonas cinzentas* aqui em causa ninguém, certamente, duvidará que também se pode colocar um risco para o erário público semelhante ao que pode derivar da responsabilidade pelo ilícito legislativo.

Ora, chegados a este ponto, poder-se-ia entender que o legislador, apesar de consciente de que as razões que justificam um regime mais cauteloso para a responsabilidade por danos decorrentes do exercício da função legislativa também poderem valer em certas *zonas cinzentas* da atividade administrativa, não quis, ainda assim, abrir exceções à aplicação do regime geral da responsabilidade civil da Administração.

A verdade, porém, é que uma tal intenção do legislador histórico não é descortinável. E, não obstante as duas situações problemáticas aqui em equação caberem na formulação literal das regras sobre responsabilidade civil da Administração por facto ilícito (artigos 7.º a 10.º do RRCEEP), as razões que justificam as soluções adotadas nos n.ºs 4 e 6 do artigo 15.º do RRCEEP valem também em grande medida em situações como aquelas que têm sido aqui mencionadas. Há base, portanto, para admitir, no quadro de um desenvolvimento criativo do direito, que a responsabilidade do Banco de Portugal no âmbito da sua atividade de supervisão ou do Governo quando aprova regulamentos independentes não pode ser pura e simplesmente enquadrada por uma remissão cega para o regime da responsabilidade civil da Administração. A jurisprudência portuguesa, tão relevante no passado na reconstrução do regime da responsabilidade

⁶² Cfr. M. L. AMARAL (1998), p. 674.

⁶³ Cfr. R. MEDEIROS (1992), pp. 158 ss.

civil legalmente plasmado no velho Decreto-Lei n.º 48.051⁶⁴, terá, pois, no futuro um papel fundamental neste domínio. Em qualquer caso, e neste momento, basta somente concluir que há boas razões para afirmar que, também em *zonas cinzentas* como aquelas que aqui foram referidas, o RRCEEP não conduz forçosamente a soluções irrazoáveis em tempos de *vacas magras*.

Bibliografia

- ALMEIDA, Mário Aroso de, «Anotação ao artigo 7.º, n.ºs 3 e 4», *Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas*, UCE, Lisboa, 2013.
- AMARAL, Maria Lúcia, *Responsabilidade do Estado e dever de indemnizar do legislador*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998.
- ANDRADE, J. C. Vieira de, «A responsabilidade indemnizatória dos poderes públicos em 3D: Estado de Direito, Estado Fiscal, Estado Social», *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, I, Coimbra Editora, Coimbra, 2013.
- ANDRADE, J. C. Vieira de, «A responsabilidade por danos decorrentes do exercício da função administrativa na nova lei sobre responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entes públicos», *RLJ*, n.º 3951, 2008, p. 366.
- BIONDI, Andrea / MARTIN FARLEY, *The Right to Damages in European Law*, Kluwer Law International, 2009.
- CADILHA, Carlos, *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011.
- CAETANO, Marcello, *Manual de Direito Administrativo*, II, Almedina, 9.ª ed. (reimp.), Coimbra, 1983.
- CANOTILHO, J. J. Gomes, «Anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 7 de Maio de 2002», *RLJ*, ano 134.º, 2002, p. 222.
- CORDEIRO, A. Menezes, «A responsabilidade civil do Estado», *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral*, Almedina, Coimbra, 2010.
- CORTEZ, Margarida, «A responsabilidade civil da Administração por omissões», *CJA*, n.º 40 (2003), p. 35.
- COSTA, António Espírito Santo, *A indemnização pelo sacrifício (seu sentido e alcance) (polic.)*, Coimbra, 2016.
- ESTORNINHO, Maria João, «Responsabilidade das entidades públicas na formação dos contratos: tópicos de reflexão, em tempos de crise», *CJA*, n.º 88 (2011), pp. 38 e 42.
- GOMES, Carla Amado, «A compensação administrativa pelo sacrifício: reflexões breves e notas de jurisprudência», *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, IV, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 159-160.

⁶⁴ Cfr. R. MEDEIROS (2005), pp. 22-24.

- MAÇAS, Fernanda, «Responsabilidade civil das entidades reguladoras», *CJA*, n.º 88 (2011), p. 61.
- MACHADO, José Manuel Gonçalves, «A (r)evolução dos pressupostos da responsabilidade administrativa pelo risco em face da crise financeira», *Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas*, n.º 20, 2011, pp. 61 e 63.
- MACHETE, Pedro, «Anotação ao artigo 16.º», *Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas*, UCE, Lisboa, 2013, pp. 439 e ss.
- MEDEIROS, Rui, *Responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas*, Quid Iuris, Lisboa, 2013, pp. 341, 345.
- MEDEIROS, Rui, *Ensaio sobre a responsabilidade civil do Estado por atos legislativos*, Almedina, Coimbra, 1992.
- MEDEIROS, Rui, *Responsabilidade Civil dos Poderes Públicos*, UCE, Lisboa, 2005.
- MEDEIROS, Rui, «Anotação ao artigo 62.º», *Constituição Portuguesa anotada* (ed. Jorge Miranda / Rui Medeiros), I, UCE, Lisboa, 2017, pp. 901 e ss.
- Neves, A. Castanheira, «Nótula a propósito do estudo sobre a responsabilidade civil de Guilherme Moreira», *BFDUC*, 1977, pp. 388-389.
- NEVES, Ana Fernanda, «Anotação ao artigo 7.º, n.ºs 3 e 4», *Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas: comentários à luz da jurisprudência*, AAFDL, Lisboa, 2017, p. 458.
- PAILLET, Michel, *La faute du service public en droit administratif français*, LGDJ, Paris, 1980.
- PATRÃO, Afonso Nunes de Figueiredo, *Responsabilidade extracontratual da Comunidade Europeia*, Almedina, Coimbra, 2008.
- SILVA, Aníbal Cavaco, Mensagem do Presidente da República, referente ao diploma que «Aprova o regime de responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas», de 24 de agosto de 2007.
- SILVA, Suzana Tavares da, «A “linha maginot” da sustentabilidade financeira. Perigo, risco, responsabilidade e compensação de sacrifícios: uma revisão da dogmática a pretexto da gestão do litoral», *Revista Cedoua*, n.º 23, ano XII (2009), pp. 46-49.
- SILVA, Vasco Pereira da, *Responsabilidade Administrativa em Matéria de Ambiente*, Príncipeia, Lisboa, 1997.
- SOUSA, Marcelo Rebelo de / MATOS, André Salgado de, *Direito Administrativo Geral*, III, Dom Quixote, Lisboa, 2009.
- SOUSA, Marcelo Rebelo de / MATOS, André Salgado de, *Responsabilidade civil administrativa*, Dom Quixote, Lisboa, 2008.
- VALLE, Jaime, «Anotação ao artigo 7.º, n.ºs 3 e 4», *Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas: comentários à luz da jurisprudência*, AAFDL, Lisboa, 2017, p. 808.

A determinação da medida concreta da pena privativa de liberdade – entre a dogmática e a algoritmização

ANABELA MIRANDA RODRIGUES*

Introdução

As questões atinentes às finalidades da punição e à determinação da pena encontram-se entre as que porventura maiores diferenças suscitam entre um sistema continental e anglo-saxónico de justiça penal. O primeiro, mais preocupado com a lei e a criação sempre de mais e mais leis, e, o segundo, com a aplicação da lei para resolver os casos concretos.

É a partir daqui que, no domínio específico da determinação da medida concreta da pena privativa de liberdade¹, a doutrina penal se preocupa, nos sistemas romano-germânicos, em elaborar modelos teóricos de medida da pena, e, nos sistemas de direito comum, nos deparamos com *sentencing guidelines* ou com a existência de *Sentencing Comissions*.

Proponho-me, assim, nesta aproximação ao problema, começar por analisar a que razões respondem uma e outra forma de abordagem da questão, quais os principais desenvolvimentos na matéria em ambos os sistemas e que utilidade pode ter a construção de um «tipo de medida da pena» ou de um qualquer «substrato orientador da medida da pena». A concluir, procurarei evidenciar como o desafio reside em que o nosso tempo é – *deve ser* – o tempo da política criminal.

1. A teorização sobre a medida concreta da pena: objetivos

Embora em ambos os sistemas jurídicos possamos dizer que o que se busca é a *racionalização* do processo de decisão sobre a medida da pena, as vias para alcançar este objetivo têm sido diferentes.

* Professora Catedrática da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

¹ Neste artigo, as considerações que se fazem têm por referência a pena principal de prisão ou privativa de liberdade.

O exemplo do caminho seguido pelos sistemas continentais pode encontrar-se, entre nós, no *modelo* racional de determinação da medida concreta da pena que desde cedo se procurou edificar². Na base da indicação – legal – dos critérios e da forma como se relacionam entre si procurou subtrair-se a decisão sobre a medida da pena ao arbítrio e à *arte* do julgador. O processo de *juridificação* que assim se almejava permitiria um controlo da discricionariedade jurisdicional, cuja utilização seria suscetível de apreciação em via de recurso pelos tribunais superiores. Embora não se deixasse de reconhecer que aos poderes de controlo «escapavam certos componentes individuais do julgador, não inteiramente controláveis de modo racional»³, a verdade é que, a partir um dispositivo legal⁴, se alcançaria uma assinalável base de certeza e segurança na determinação da medida da pena.

É sabido como este entendimento das coisas é devedor de uma posição, também legislativa, que se tem por clarificadora em matéria de sentido, limites e finalidades da punição. O que está agora em causa é a previsão contida numa norma que dispõe sobre as finalidades da punição – introduzida na revisão do Código Penal de 1995⁵ – e que é a forma plástica de um programa político-criminal, cujo conteúdo e principais proposições cabe indiscutivelmente ao legislador fixar⁶. Neste dispositivo

² Sobre a evolução doutrinal, legislativa e jurisprudencial do tema da determinação da medida da pena, entre nós, até à entrada em vigor do Código Penal de 1982, cf. RODRIGUES (1995), pp. 107 s.

³ Acórdão do STJ de 24.02.1988 (Manso Preto), *BMJ*, n.º 374, p. 239, apontado como uma decisão que abria caminho a uma louvável jurisprudência, onde claramente a atividade judicial de determinação da pena foi vista como uma atividade juridicamente vinculada: «O juiz penal dispõe de uma larga margem de poder discricionário que, todavia, não é ilimitado nem incontrolável: trata-se de uma discricionariedade juridicamente vinculada, sendo o seu uso suscetível de apreciação em via de recurso, pelos tribunais superiores, incluindo o Supremo Tribunal de Justiça, a cujos poderes de censura apenas escapam certos componentes individuais do julgador, não inteiramente controláveis de um modo racional» [cf. RODRIGUES (2002), p. 151].

⁴ Cf. artigo 71.º, n.º 1, do CP (ao tempo da versão originária do Código Penal de 1982, a referência era ao artigo 72.º, n.º 1). Sobre a conjugação necessária com o disposto sobre as finalidades da punição no artigo 40.º, n.ºs 1 e 2, do CP, cf., *infra*, o que a seguir se diz.

⁵ Cf. artigo 40.º, n.ºs 1 e 2, CP.

⁶ Neste sentido, RODRIGUES (1995), pp. 517 s.; RODRIGUES (1996), pp. 27 s., desde sempre acentuando o facto de não se poder assacar ao disposto pelo legislador no artigo 40.º o propósito de solucionar por via legislativa a questão dogmática dos fins das penas. Refira-se o apelo ao Projeto de Preâmbulo do Decreto-Lei contendo as alterações ao

contêm-se imposições normativas muito concretas que devem ser levadas à prática pelo julgador. Nesta base, entende-se que algumas questões fundamentais do processo de determinação da medida concreta da pena – que relação existe entre culpa e prevenção, por um lado e, pelo que se refere às necessidades de prevenção, qual a relação entre prevenção geral e especial, por outro – têm implícita a resolução na forma por que se compõem as finalidades da pena. É esta composição que oferece o legislador, ao condensar em três proposições fundamentais o programa político-criminal – a de que o direito penal é um direito de proteção de bens jurídicos, de que a culpa é tão-só limite da pena, mas não seu fundamento, e a de que a socialização é a finalidade de aplicação da pena –, vinculando os tribunais à sua observância.

Entretanto, do lado anglo-saxónico, a preocupação de racionalização no âmbito da justiça penal implicou, sobretudo, o reconhecimento de que a política criminal é mais uma das políticas públicas que deve ser levada a efeito com eficácia, utilizando as mais modernas técnicas de gestão pública. Uma *New Public Management*⁷, que tem em vista uma louvável melhor gestão dos recursos públicos que se reconhece – muito por força da crise financeira e económica de 2008 – que não são inesgotáveis, utiliza os instrumentos de avaliação e de auditoria do cumprimento de expectativas de *performance* das políticas, também penais, plasmadas em indicadores que «medem» o funcionamento interno do sistema de justiça penal⁸.

Esta tendência está ligada ao desenvolvimento de uma racionalidade penal marcadamente tecnocrática, de cunho economicista. É sabido como esta corrente penológica – «nova penologia»⁹, como ficou conhecida – prosseguiu um desejo muito antigo de erradicação do crime, incorporando

Código Penal, ponto n.º 5, onde se refere, a este respeito: «Trata-se [...] de controvérsia tão velha quanto o próprio direito penal e que por certo continuará o seu curso, atraindo e mobilizando os penalistas para os debates no foro próprio da reflexão dogmática.»

⁷ Sobre o tema, cf. BRANDARIZ GARCIA (2016), pp. 181 s.

⁸ Apontam-se como indicadores utilizados no sistema penal britânico, no âmbito policial e jurisdicional, o indicador *OB TJ* (*Offences Brought to Justice*); e, no contexto penitenciário, os indicadores *KPI* (*Key Performance Indicators*) e *KPT* (*Key Performance Targets*). No domínio das penas não privativas de liberdade, com a *Offender Management Act 2007* surgiram os *National Standards (NS)*, estabelecidas anualmente pelo Ministério da Justiça para o serviço de *probation*, também orientadas pela eficácia BRANDARIZ GARCIA (2016), pp. 193 e 194.

⁹ Sobre o tema, cf. RODRIGUES (2003), pp. 216 s.; RODRIGUES (2006), pp. 51 s.; RODRIGUES (2015), pp. 24 s.

a ponderação custos-benefícios (económicos) na discussão sobre a finalidade da punição. Absolutizado o conceito de segurança e reinterpretado o de perigosidade à luz da racionalidade económica – típica do enfoque neoliberal que abdica da solidariedade –, fez ressurgir, assim, o conceito, velho, de *inocuidade*, então chamado de *incapacitação*, e, além do mais, *seletiva*, já que apresentava significativas vantagens económicas perante a incapacitação indiscriminada. O que a incapacitação seletiva significa é a manutenção na prisão, pelo máximo de tempo possível, de um número de delinquentes escolhidos em função da sua perigosidade. A identificação dos indivíduos perigosos (*risk offenders*) é feita mediante a utilização de instrumentos de avaliação do risco (*risk assessment tools*) para gerir o risco (*risk management*).

Não sendo nova, para o efeito, a utilização de modelos estatísticos e de programas de *software*, nos últimos tempos cresceu a sofisticação algorítmica. De acordo com estimativas recentes, mais de sessenta instrumentos de avaliação do risco são atualmente usados nos Estados Unidos da América e permeiam todas as fases do sistema de justiça penal. Aliás, irradiaram além-fronteiras e são desenvolvidos e licenciados no Canadá, Austrália e Reino Unido¹⁰. Do que se trata¹¹ é da possibilidade de, a partir de quantidades ingentes de informação da mais variada qualidade, gerar conhecimento a um nível até agora inimaginável. É de Inteligência Artificial (*IA*) que se está a falar. Numa definição simples¹², esta é apresentada como «uma disciplina que tem por objetivo o estudo e a construção de entidades artificiais com capacidades cognitivas semelhantes às dos seres humano». Assim, afirma-se que «os sistemas inteligentes têm como um dos seus propósitos habilitar o computador a executar funções que são desempenhadas pelo ser humano, fazendo uso do conhecimento e do raciocínio. [...] Os investigadores e cientistas têm aplicado os seus esforços no desenvolvimento de sistemas de computação com o objetivo de executarem tarefas similares às que um humano realiza, sendo que tais sistemas possuem um certo grau de inteligência, isto é, uma inteligência Artificial».

O recurso a análise de dados e algoritmos, baseados em variáveis atinentes à pessoa, quer pelo que diz respeito à sua história (registo criminal ou tipo de crimes cometidos) quer às suas características sociodemográficas

¹⁰ Cf. CHRISTIN (2018), *passim*; KEMSHALL (2003), p. 53.

¹¹ Segue-se NOVAIS e FREITAS (2018), pp. 11 s.

¹² Cf. NOVAIS e FREITAS (2018), pp. 14 e 15.

(idade, género ou situação profissional), e a aplicação desta inteligência «artificial» à política punitiva permite a tomada de decisões, designadamente e para o que aqui interessa, na determinação da medida concreta da pena, baseadas no risco de reincidência do agente.

Segundo os seus defensores¹³, a racionalização do processo de decisão sobre a medida da pena que aqui está implícita tem que ver com o facto de que os algoritmos preditivos sumariam a informação relevante de uma maneira mais eficiente do que o cérebro humano. Desta forma, acreditam que é possível alcançar mais facilmente o equilíbrio entre diminuição da população prisional e segurança. A redução dos níveis de utilização da prisão e do seu tempo de duração que esta técnica de gestão permitiria – algo que de uma perspectiva economicista não deixam de valorar –, juntamente com uma diminuição da discriminação, designadamente racial, seriam também objetivos alcançáveis, quer porque seria possível identificar os indivíduos com baixo risco de reincidência quer porque se reduziriam as disparidades na interpretação da informação à disposição os tribunais.

2. Determinação da medida da pena e «tipo de medida da pena» ou «substrato orientador de medida da pena»

Do lado continental, é de valorizar a dogmatização da matéria da determinação da medida concreta da pena que marcou as últimas décadas. Todavia, uma teorização sobre a questão centrada sobretudo nos *modelos* a que deve obedecer não resolve os problemas práticos fundamentais que o processo suscita.

Não é de hoje a denúncia do carácter esotérico das discussões científicas sobre as diversas propostas dogmáticas de determinação da concreta da pena, fechadas a um aproveitamento pela *praxis*, salientando-se que entre a teoria e a prática é necessário um melhor entendimento¹⁴. Nem se compreende que na fundamentação das sentenças, quanto à determinação da medida da pena, se elabore exaustivamente sobre a questão dos modelos teoricamente em confronto. A não ser – isso sim – quando e se for o caso de se fundamentar uma divergência em relação ao modelo que, numa interpretação maioritária, deriva da interpretação conjunta das disposições do Código Penal já referidas. E que passa por encontrar

¹³ Cf. CHRISTIN, ROSENBLAT e BOYD (2015), pp.1 e 2.

¹⁴ Assim, LACKNER (1978), pp. 6 e 9.

a medida concreta da pena, que tem na culpa do agente o pressuposto e limite da sua aplicação, no âmbito de uma moldura de pena preventiva geral, em função das exigências concretamente identificadas de prevenção especial, de socialização ou de mera advertência¹⁵.

Só que, dito isto, é preciso acentuar que é a partir daqui que tem início, para o juiz, a determinação da medida concreta da pena. Dito de outro modo: a questão da determinação da medida da pena é uma questão eminentemente prática. Cabe ao magistrado judicial a concretização do substrato da medida da pena – ou, como já defendi, de um «tipo de medida da pena» ou «facto para efeito de medida da pena»¹⁶ –, para o qual vão relevar, pela via da culpa e da prevenção, fatores de medida da pena. E, assim, quer num caso quer noutra, fatores atinentes ao facto e ao agente, que, de um ponto de vista dogmático, integram a categoria da «punição»¹⁷ e não da infração; e que, de um ponto de vista prático, devem ser valorados e ponderados para, a partir daí, se retirarem as indicações capazes de determinar a *quantidade* de pena adequada ao caso concreto.

A este propósito, importa começar por salientar um primeiro aspeto, que se prende com a identificação, que o juiz deve levar a efeito, dos fatores de medida da pena que relevam no caso concreto.

Desde logo, deve sublinhar-se que, no âmbito de um direito penal preventivo, há outros pressupostos da punição¹⁸ para além dos do crime – justificados à luz das exigências de prevenção geral e especial que constituem fundamento de relevância dos fatores de medida da pena. Depois, enfatizar que é à luz das exigências de prevenção e da culpa no caso concreto que se logra a identificação dos fatores em função dos quais vai o juiz medir a pena. E, por fim, não esquecer que, diferentemente do

¹⁵ Sobre a valoração da prevenção na determinação da moldura de prevenção e da pena final, *vide* RODRIGUES (1995), pp. 570 s. Cf., também, DIAS (1993), pp. 227 s.

¹⁶ Assim, RODRIGUES (1995), pp. 580 s. [cf. p. 646; nota 126 (p. 646), e p. 657 e nota 165], onde se salienta que o «facto» que está em causa apreciar «para efeitos de determinação da medida da pena é outro, cujo sentido e alcance/delimitação se origina ao nível da pena, diferente do facto “material”, “substantivo”». Com o que se destaca que o momento temporal da sua consideração, para efeitos de determinação da medida da pena preventiva, é o da decisão judicial.

¹⁷ Assim, RODRIGUES (1995), p. 657. É esta ordem de considerações que coloca decisivamente os fatores de medida da pena ao nível da doutrina da medida da pena como fatores que contendem diretamente com a teoria da consequência jurídica do crime (cf., também, p. 646).

¹⁸ No sentido de pressupostos da concreta intervenção punitiva que se analisa na «aplicação» de uma pena.

que é o caso com o juízo de culpa – que impõe a consideração de fatores que se referem unicamente ao facto cometido e, assim, a circunstâncias que apenas têm que ver com a gravidade do ilícito típico cometido pelo agente e com a culpa que manifesta na sua prática¹⁹ –, a avaliação das necessidades preventivas a satisfazer com a aplicação em julgamento da pena concreta implica a valoração de circunstâncias alheias ao facto, isto é, atípicas ou extratípicas e atinentes à pessoa do agente, que são valoradas daquele ponto de vista (preventivo)²⁰.

Depois – segundo aspeto –, importa assumir que, sendo agora este o momento em que o juiz deve proceder às verdadeiras operações de quantificação da pena, é aqui que as exigências ínsitas no princípio da legalidade da pena e de subordinação da sua aplicação (*apenas*) à lei têm levantado mais dificuldades a um progresso no sentido da racionalização do processo de determinação da medida concreta da pena. A racionalidade «normativa» tem aqui limites que vêm sendo apontados pela doutrina e experimentados pela jurisprudência. Referem-se²¹ as inelimináveis componentes e variáveis subjetivas que caracterizam este último e decisivo momento, que constituem o principal argumento daqueles que, conservando uma atitude de essencial ceticismo quanto aos esforços de dogmatização da atividade de determinação judicial da pena, insistem em sublinhar-lhe o carácter francamente intuitivo. É difícil vincular a decisão judicial de encontrar a grandeza numérica da pena a qualquer critério normativo que a submeta a uma única e correta correspondência entre a gravidade do caso – do ponto de vista da culpa do agente e das necessidades preventivas – e a sua expressão aritmética. Este é o momento em que o juiz está sozinho – em solidão com a sua subjetividade –, sem quaisquer «orientações» que o auxiliem na tarefa de quantificar as circunstâncias concretas que devem entrar – que entram – na valoração do facto praticado por aquele agente e *descobrir* a pena correta.

Mas entre a pura matematização, a pretender tornar exatamente calculável a medida da pena adequada ao caso concreto, e a arbitrariedade que roça a impossibilidade de normativização da quantificação da medida da pena, poderá situar-se uma discricionariedade – que não abdica de ser

¹⁹ Cf. RODRIGUES (1995), pp. 658 s.

²⁰ Cf. RODRIGUES (1995), pp. 671 s.

²¹ Assim, RODRIGUES (1995), pp. 585 s. Sobre a questão da determinação da pena como aplicação do direito, cf. RODRIGUES (1995), pp. 81 s.; também FREITAS (2015), pp. 28 s.

uma discricionariedade na aplicação da lei ou do direito²² – que tenha um guia num «tipo de medida da pena» ou num «substrato orientador da medida da pena» que poderiam auxiliar o juiz na sua atividade de encontrar a pena final.

Os esforços de racionalização da determinação da medida da pena não são de hoje. Nem se pode dizer que a doutrina se tenha alheado da tentativa de alcançar uma *formalização*²³ dos procedimentos e resultados da determinação da medida da pena, quer com o apoio de regras de cálculo²⁴ ou de modelos analíticos²⁵, que deviam permitir exatamente calcular a medida da pena adequada ao caso concreto, quer mediante a utilização de modelos de decisão desenvolvidos no âmbito das ciências económicas (*operations research*)²⁶, aplicando um modelo de programação matemática à determinação da medida da pena. A redução do Direito à tecnologia que aqui se esconde leva, todavia, à reorientação, em outro sentido, da preocupação, que não se atenuou, em reduzir as indesejáveis disparidades da concreta medida da pena aplicada em casos semelhantes. E de que fez eco, já em 1992, o Comité de Ministros do Conselho da Europa²⁷. Crê-se que pela recomendação²⁸ da utilização – tendo por pano de fundo o princípio da independência do poder judicial e no âmbito do respeito pelos princípios constitucionais e tradições jurídicas dos Estados-partes – de duas técnicas para melhorar a coerência na determinação das penas – as *sentencing orientations* e os *starting points*²⁹ – passa hoje

²² Cf. RODRIGUES (1995), pp. 93 e 94.

²³ HASSEMER (1978), pp. 71 s.

²⁴ Assim, Grassberger, em 1932, *Die Strafzumessung*, pp. 80 s. [citado por HASSEMER (1978), p. 65].

²⁵ DUBS (1963), pp. 20 s.

²⁶ HAAG (1970), pp. 14 s.

²⁷ O Conselho da Europa, na sequência do 8.º Colóquio de Criminologia do Conselho da Europa, realizado em Estrasburgo, em 1987, sobre o tema «Disparidades na aplicação das penas: causas e soluções», aprovou, em reunião do Comité de Ministros, de 19 de setembro de 1992, a Recomendação n.º R (92) 17, relativa à coerência na aplicação das penas.

²⁸ Cf. Recomendação n.º R (92) 17, cit., *Appendix*, B, 3., a., b., c. e d. Cf., ainda, Recomendação, sexto parágrafo.

²⁹ No caso das *sentencing orientations*, trata-se de níveis de medidas da pena para diferentes variantes de um crime, em função da presença ou da ausência de diversos fatores agravantes ou atenuantes, deixando aos tribunais a liberdade de partirem das orientações; quanto aos *starting points*, está em causa a indicação, para diferentes variantes de um crime, de uma medida de pena, que poderá ser aumentada ou diminuída pelo juiz, de acordo com a consideração de fatores agravantes e atenuantes. Em qualquer

a cada vez mais instante necessidade de evitar o descrédito e fomentar a coerência da *praxis* da determinação da medida da pena.

3. O nosso tempo: o tempo da dogmática e da política criminal

É aqui que vale a pena um olhar mais atento ao sistema anglo-saxónico, o que faremos por referência aos EUA.

Foi em 1984 que a *Sentencing Reform Act* criou a *US Sentencing Commission* e as *Sentencing Tables*, cujo objetivo era simultaneamente alcançar a «punição justa» e «defender a comunidade da prática de outros crimes pelo agente»³⁰. Apesar de se terem tornado meramente «indicativas» (*advisory*) em 2005³¹, não deixaram de surgir muitos outros instrumentos de avaliação do risco desde então. Em qualquer caso, entretanto, o objetivo sempre presente é a expectativa de que estes novos instrumentos tenham um impacto positivo na justiça (*fairness*) do sistema em geral e na redução de injustificadas disparidades na fase de *sentencing*³². De acordo, afinal, com uma ideia de racionalização do processo de determinação da medida concreta da pena, uma preocupação comum aos dois lados do Atlântico.

São conhecidas as objeções – em muitos casos, as dúvidas – levantadas à utilização destes instrumentos de avaliação de risco³³. O rápido crescimento da sua utilização na justiça penal surge descrito como um pesadelo tornado realidade. Não é surpresa que referências distópicas como as postas em tela pelo *Minority Report* venham à mente. Os instrumentos de avaliação de risco repercutem as nossas piores ansiedades sobre os algoritmos e a robotização e automatização na era digital. Eles capturam o lado obscuro da nossa imaginação relativamente às mudanças tecnológicas da 4.^a revolução industrial que estamos a viver.

caso, sublinha-se, não se trata de defender um *guideline system*, «do género daquele que existe em algumas jurisdições dos Estados Unidos da América» [Conselho da Europa, «Consistency in Sentencing Recommendation to Member States and Explanatory Memorandum», *Criminal Law Forum* 4, n.º 2 (1993), p. 370]. E prossegue-se (*ibidem*): o que se propõe é «o desenvolvimento de outras técnicas mais consentâneas com as tradições jurídicas europeias. A coerência na abordagem é o objetivo, mais do que a coerência aritmética dos resultados».

³⁰ Cf. CHRISTIN, ROSENBLAT, BOYD (2015), pp. 3 e 7; HAMILTON (2017), pp. 182 s.

³¹ A referência é ao caso seminal *United States v. Booker*. Sobre isto, cf. HAMILTON (2017), pp. 183 e 184.

³² Sobre a questão da redução das disparidades cf. HAMILTON (2017), pp. 187 s.

³³ Cf. CHRISTIN (2017), pp. 5 s.

Assim, denuncia-se a opacidade do funcionamento dos sistemas de inteligência artificial, particularmente quando, como é o caso, «se esteja perante decisões tomadas por estes sistemas cujo impacto na vida das pessoas seja substancial»³⁴. Os algoritmos determinam o risco de reincidência de um arguido e, com base neste «conhecimento» são tomadas decisões «sem que, e aqui se situa o *punctum crucis* do problema, se conheçam as variáveis que fundamentaram o sentido da decisão da “máquina”». O que acontece porque «habitualmente estes sistemas inteligentes são produtos comprados a empresas privadas que, por razões que facilmente se adivinham, não querem ver revelados os segredos do seu funcionamento». As perguntas quanto ao conhecimento gerado podem formular-se assim: «Quem o vai produzir e para que fins? Quem o vai deter? Como se vai disseminar? Que uso se vai dar a este conhecimento?...». A questão que aqui perpassa é ainda a da propriedade da informação, que deixa de ser vista como um bem público e se transforma numa «mercadoria transacionada», uma «propriedade privada»³⁵. As empresas que constroem algoritmos preditivos recusam, em muitos casos, partilhar os dados com que os construíram (*training data*) e os códigos usados nos seus produtos. Este é o caso do instrumento COMPAS (*Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions*), construído pela *Northpointe*, uma companhia com fins lucrativos. Não partilhou os dados e os códigos, argumentando que eram propriedade sua.

O segredo e a privatização de algoritmos preditivos tornam-nos particularmente assustadores no contexto da justiça criminal, já que a opacidade que lhes anda ligada significa um obstáculo ao controlo público da decisão a que o julgador chega, que tende a deslizar para os atores no sector privado. De um lado, os arguidos e a defesa muitas vezes não conhecem a sua pontuação de risco, sendo-lhes aplicada uma pena com base em fatores que não conhecem e não podem controlar, agora numa situação não muito diferente de *Josef K.* no julgamento de *Kafka*. Estes instrumentos de avaliação do risco tomam em consideração³⁶ fatores como idade, género, localização geográfica, circunstâncias familiares ou condições socioeconómicas, mas torna-se praticamente impossível analisar a ponderação que foi feita dessas variáveis e validar os resultados

³⁴ Assim, e no que se segue, NOVAIS e FREITAS (2018), p. 35; Cf., também, pp. 9 e 10.

³⁵ Alertando para a opacidade dos algoritmos preditivos, que se tornam, além disso, propriedade de empresas privadas, CHRISTHIN (2018), pp. 2 e 3; CHRISTIN (2017), p. 5.

³⁶ Assim, NOVAIS e FREITAS (2018), p. 35.

obtidos, exatamente porque, na maior parte das vezes, estamos perante *software* secreto, propriedade de uma empresa. Por outro lado, o juiz tende a desresponsabilizar-se da decisão que toma, «por não a considerar sua, pelo menos na totalidade». Na verdade, estes instrumentos podem ter impacto sobre como os juízes exercem a sua discricionariedade, influenciando a sua decisão mesmo que eles não se percebam disso, sendo que a avaliação de risco dos algoritmos pode ser enviesada devido às variáveis utilizadas.

Apesar de os algoritmos não substituírem os juízes, ainda não é claro³⁷ como é que estes os incorporam no processo de decisão que levam a efeito, como é que o algoritmo influencia as suas decisões ou como é que estes novos instrumentos colocam em causa ou reforçam preconceitos preexistentes ou distorções nos processos de decisão. E se, como dizem os seus defensores, os juízes não os seguem cegamente, constituindo eles apenas indicações preditivas, a verdade é que lhes é psicologicamente difícil anular a prognose fornecida pelo algoritmo.

É neste quadro que se tem levantado, nos EUA, a questão da inconstitucionalidade dos algoritmos preditivos³⁸, devido ao método utilizado na sua construção. Assim, designadamente, embora nenhum dos instrumentos utilizados na medida da pena utilize a raça como variável, acontece que muitas variáveis incluídas nos modelos desempenham o papel de substitutos da raça – por exemplo, zona de residência –, na medida em que se correlacionam fortemente com raça e refletem prejuízos raciais. A partir daqui, denunciam-se casos de discriminação racial pelos algoritmos³⁹. Nesta linha, em 2003, a *American Civil Liberties Union of Virginia* suscitou a questão da constitucionalidade de *Guidelines* de análise de risco relativas a crimes sexuais com fundamento em que as pessoas têm o direito de ser tratadas e punidas como «indivíduos» e não por causa das suas características de risco de um grupo a que pertencem, argumentando que a determinação da medida da pena baseada em generalizações estatísticas «colocam em causa o núcleo essencial dos princípios constitucionais fundamentais da “equality” e “fairness”»⁴⁰.

³⁷ Neste sentido, CHRISTIN, ROSENBLAT, BOYD (2015), pp. 6 e 8. Os Autores salientam a dificuldade em os juízes, apesar da formação profissional, ultrapassarem as «recomendações» de um algoritmo. *Vide*, também, HAMILTON (2017), p. 186.

³⁸ Cf. STARR (2014), p. 827; também CHRISTIN, ROSENBLAT, BOYD (2015), p. 6; CHRISTIN (2017), p. 6.

³⁹ Cf. ANGIN, LARSON, MATTU *et al.* (2016), *passim*.

⁴⁰ Cf. CHRISTIN, ROSENBLAT, BOYD (2015), p. 6.

O que se evidencia é que está aqui em causa algo mais profundo, que significa uma alteração substancial na compreensão da política punitiva. Os novos instrumentos, que têm por objetivo estabelecer níveis de risco e prever a perigosidade, adequam o controlo ao risco apresentado pelo grupo em que o indivíduo se insere e não pela perigosidade do indivíduo. Uma política punitiva baseada no indivíduo e preocupada com as causas do crime é substituída por outra em que passa a interessar o grupo de risco em que o indivíduo se insere, para o incapacitar, vigiar e controlar. Além disso, em sede de segurança, substitui-se a culpa pela perigosidade e ao Estado exige-se que faça a gestão do risco (o crime) no pressuposto de que a sociedade renuncia a suportar qualquer percentagem desse risco. Quando a culpa define a fronteira absoluta da distribuição de riscos entre o indivíduo e a sociedade, recai sobre a sociedade o risco de reincidência; já na gestão tecnológica do risco, todo o risco recai sobre o indivíduo, submetendo-o a uma intervenção de segurança e controlo de máxima intensidade. À luz desta lógica de segurança, promove-se, aliás, a ideia de que «a prisão funciona» e fomenta-se uma estratégia punitiva institucional. Contraria-se, de resto, um dos objetivos pretendidos com a utilização dos novos instrumentos de avaliação de risco que, numa lógica economicista, de custos-benefícios, pretendia reduzir a utilização da pena de prisão.

A determinação da medida concreta da pena é um especial momento de aplicação do direito, em que o peso da exigência de segurança se faz sentir de um modo particular nas sociedades contemporâneas. Em vez da pretensão, que sempre seria impossível de lograr, de alcançar uma justiça «ideal» que, por terrena, sempre seria imperfeita e facilmente manipulável, reconhece-se hoje, sem falsos pudores, que a satisfação daquela exigência é uma finalidade legítima da política criminal. O que está em causa é que, ao serviço desta política criminal – e também da medida da pena – podem e devem estar modernas técnicas de gestão de riscos, em ordem, exatamente, na base da sua avaliação, a alcançar uma sociedade mais segura. Na determinação da medida concreta da pena – reforça-se –, isto significa utilizar instrumentos de avaliação e medição do risco, estando nós hoje perante a possibilidade de utilizar, nesta tarefa, sistemas cada vez mais inteligentes, com capacidade de gerar conhecimento para servir de base à tomada de decisões.

Parece não haver dúvidas de que, até ao momento, estas dinâmicas se fizeram sentir mais nos sistemas anglo-saxónicos. E isto provavelmente por duas ordens de razões que se interpenetram: nestes, a menor referência

normativa da função judicial, em relação aos países de tradição de *civil law*, onde a força do princípio da legalidade se impõe, o que implica, ao mesmo tempo, que os juízes sejam mais refratários a quaisquer «orientações» que limitem a independência (e liberdade?) do seu poder de decisão (de acordo com a lei).

Acrescente-se, ainda, que nunca poderá ser o caso de simplesmente reduzir o fundamento de uma decisão de medida da pena ao facto de esta ter sido tomada com recurso a um sistema inteligente. Esta preocupação está presente em países onde o recurso a algoritmos para tomadas de decisões, por exemplo, sobre a medida da pena, é já uma realidade.

Com efeito, as críticas a modelos de medida da pena mais chegados a orientações político-criminais eficientistas de gestão de riscos prendem-se, sem dúvida, como se procurou colocar em evidência, com a própria tecnologia do sistema e com as disfunções em relação aos valores que os fundamentam: a racionalidade e a eficácia dos resultados pretendidos. Para referir só dois aspetos muito simples: a criminalidade não decresceu e a população prisional continua a aumentar, por um lado; por outro lado, as disparidades na determinação da medida concreta da pena não desapareceram.

Mas não devemos contrariar o mantra de *Silicon Valley* de que a tecnologia fornece a solução para qualquer problema com o argumento de que não resolve qualquer problema⁴¹. Ou com argumentos apenas procedentes do seu próprio terreno e desconsiderando a questão política – de política criminal – que aqui está em causa. Em vez de nos focarmos só em confrontar uma justiça atuarial no campo da sua própria racionalidade – o que nos coloca muito perto, praticamente, de responder à crença na gestão tecnológica (*managerial techniques*) com a desconfiança em relação a ela –, devia prestar-se mais atenção às insuficiências epistémicas das correntes atuariais em que se integram. Uma *nova gestão pública* entrou no domínio da política criminal e tudo leva a crer que a sua influência não vai ser passageira. A crise de 2008, cujas consequências ainda estamos a sofrer, são o cadinho perfeito para o germinar desta *nova* política pública de gestão criminal. Uma melhor gestão dos recursos públicos é uma exigência que pode ter por efeito uma melhor gestão ao nível do sistema punitivo, em ordem à realização do seu objetivo de segurança. Mas só a discussão aberta e sem preconceitos das *linhas de força orientadoras*

⁴¹ Assim, CHRISTIN (2018), p. 5.

da gestão do sistema punitivo permitirá acantonar as técnicas de gestão ao lugar que, como tal, lhes compete.

Uma tecnologia não é positiva ou negativa em si mesma, antes a sua valoração depende do uso concreto que se faça dela ou, neste caso, da *orientação política criminal* em que se inscreve. É a política, não é a tecnologia, que é responsável por criar um sistema de justiça penal fortemente punitivo ou seletivo. Transformar este sistema é uma tarefa política, não tecnológica. E nesta transformação, a tecnologia pode, afinal, ter um papel importante a desempenhar. Com poder político, os algoritmos que ajudam a sustentar a prisão, além disso seletiva e discriminatória, podem ser reorientados como instrumentos de apoio a uma prisão menos excludente, designadamente.

Não se pode, simplesmente, fechar a porta ao desenvolvimento tecnológico, também na medida da pena. Mas com a consciência de que conceitos como os de risco não são neutros ou unidimensionais. E de que as práticas penais que se organizam em função do risco são produto de decisões políticas em matéria criminal. Por isso, o tempo da tecnologia é – deve ser –, ao mesmo tempo, de novo, o tempo da política criminal.

O que isto significa na medida da pena é um desafio. Ontem como hoje, de acordo com a política criminal consagrada e definida: decidir sobre a responsabilidade de pessoas concretas, procurando a sua socialização e garantindo a segurança da comunidade. E, neste contexto, político-reflexivo e não tecnocrático sobre o direito penal, recusar entregar o direito da medida da pena à tecnologia, mas não abdicar da tecnologia ao serviço da medida da pena.

É nesta base que hoje se pede mais à *dogmática* da medida da pena: que enverede, decididamente, no esforço de construção do tipo ou substrato de medida da pena.

Bibliografia

- ANGWIN, J., LARSON, J., MATTU, S., *et al.*, «Machine bias», *ProPublica*, May 23, 2016.
- BRANDARIZ GARCIA, José Ángel, «El New Public Management y las políticas penales/ /The new Public Management and the criminal politics», *Revista Nuevo Foro Penal*, Vol 12, No. 87, julio-diciembre, 2016, pp. 181-219.
- CHRISTIN, Angèle, «Algorithms in Practice: Comparing web journalism and criminal justice», *Big Data and Society*, July-December, 2017, pp. 1-14.
- CHRISTIN, Angèle, «The Mistrials of Algorithmic Sentencing», *Logic 03: Justice*, 2018, pp. 1-5.

- CHRISTIN, Angèle, ROSENBLAT, Alex, e BOYD, Danah, «Courts and Predictive Algorithms», *Data and Civil Rights: a New Era of Policing and Justice*, datacivilrights.org, 10.27.2015, pp. 1-13.
- DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal Português. Parte Geral, II. As consequências jurídicas do crime*, Editorial Notícias, 1993 (reimpressão, Coimbra Editora, 1993).
- DUBS, Hans, «Analytische Bewertung als Grundlage richterlicher Strafzumessung», *Festgabe zum schweizerischen Juristentag*, Basel, 1963, pp. 9-23.
- FREITAS, Pedro Miguel Fernandes, *Determinação da medida da pena privativa de liberdade: um olhar crítico a partir do direito anglo-saxónico*, Universidade do Minho, Escola de Direito, 2015.
- HAAG, K., *Rationale Strafzumessung. Ein entscheidungstheoretische Modell der strafrechtlichen Entscheidung*, Köln-Berlin-Bohn-München, 1970.
- HAMILTON, Melissa, «Sentencing Disparities», *British Journal of American Legal Studies*, 6 (2), 2017, pp. 177-224.
- HASSEMER, W., «Die Formalisierung der Strafzumessungsentscheidung», *Zeitschrift für Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, 90, 1978, pp. 71-89.
- KEMSHALL, Hazel, «Understand Risk in Criminal Justice», *McGraw – Hill Education*, UK, 2003.
- LACKNER, K., *Über neue Entwicklungen in der Strafzumessungslhre und ihre Bedeutung für die richteliche Praxis*, Heidelberg-Karlsruhe, 1978.
- NOVAIS, Paulo, e FREITAS, Pedro Miguel, «Inteligência Artificial e Regulação de Algoritmos», *Diálogos União Europeia-Brasil*, maio 2018.
- RODRIGUES, Anabela Miranda, *A determinação da medida da pena privativa de liberdade (os critérios da culpa e da prevenção)*, Coimbra Editora, 1995 (reimpressão 2014).
- RODRIGUES, Anabela Miranda, «O modelo de prevenção na determinação da medida concreta da pena», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 12, 2002, pp. 151-182.
- RODRIGUES, Anabela Miranda, «Sistema punitivo português. Principais alterações ao Código Penal revisto», *Sub Judice, Justiça e Sociedade*, 1996, pp. 27-39.
- RODRIGUES, Anabela Miranda, «Política criminal – novos desafios, velhos rumos», *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, 2003, pp. 207-234.
- RODRIGUES, Anabela Miranda, «L'exécution de la peine privative de liberte. Problèmes de politique criminelle», *L'exécution des sanctions privatives de liberte et les impératifs de la sécurité/The implementation of prison sentences and aspects of security* (sous la direction/under the direction of Peter Take t Manon Jendly), *Actes du Colloque de La FIPP, Budapest, Hongrie 16-19 février 2006/Proceedings of the Colloquium of the IPPF*, Budapest, Hungary, 16-19 February, 2006, pp. 43-72.
- RODRIGUES, Anabela Miranda, «Execução penal socializadora e o novo capitalismo – uma relação (im)possível?»/«Socializing criminal enforcement and new capitalismo – is this an (im)possible relationship?», *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Ano 23, Vol. 112, jan.-fev., 2015, pp. 17-32.
- STARR, Sonja B., «Evidence-Based Sentencing and the Scientific Rationalization of Discrimination», *Stanford Law Review*, 66 (4), 2014, pp. 803-871.

Aliciamento para matar: que relevância jurídico-penal?

MARIA DA CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA*

I. Introdução

I.1. O Problema

Para surpresa de muitos (onde me incluo) têm ocorrido em Portugal, nos últimos anos, vários casos de «aliciamento para matar» ou «mandato criminoso»¹, que se reconduzem, nos seus traços essenciais, ao seguinte:

A decide e planeia a morte de B, contactando C para executar tal homicídio, sob promessa de recompensa patrimonial e dando indicações concretas de como executar o crime (local, data, modo de execução). C finge aceitar tal «proposta», mas, na verdade, não pratica qualquer ato de execução e, nalguns casos, acaba mesmo por denunciar a situação (o problema também se colocaria se C começasse por intimamente aceitar tal proposta e, depois, decidisse nada fazer)².

* Professora Associada da Escola do Porto da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.

¹ Estas situações têm ocorrido também noutros países, não resistindo a salientar o caricato caso espanhol, referido no jornal *Expresso* de 28/6/2019, com este título: «Duas mulheres vão à polícia queixar-se de terem pago 7 mil euros por um homicídio não executado»; tratou-se de duas senhoras (mãe e filha), que incumbiram o namorado de uma delas de matar o ex-namorado da outra, mediante recompensa económica, que lhe foi entregue. Não tendo o suposto executor cumprido o prometido, foram as senhoras queixar-se à polícia, tendo sido imediatamente detidas! Note-se ainda que, em Espanha, a situação de aliciamento ou mandato para matar está claramente criminalizada.

² Segundo VALDÁGUA, as situações de aliciamento abrangem o acordo, ajuste ou pacto criminoso, em que o «agente da retaguarda» se compromete a uma contraprestação, o pedido, a promessa, a ordem e, talvez, a dádiva (2001), p. 928; (2003), pp. 664, 670.

Na verdade, são vários os acórdãos que se têm pronunciado sobre este tipo de casos, em sentidos divergentes, o que deu mesmo origem a um acórdão uniformizador de jurisprudência³, segundo o qual:

«É autor de crime de homicídio na forma tentada pelas disposições conjugadas dos arts. 22.º, 1.2., c), 23.º, 26.º, 131.º, todos do Código Penal, quem decidiu e planeou a morte de uma pessoa, contactando outrem para a sua concretização, que manifestou aceitar, mediante pagamento de determinada quantia, vindo em consequência o mandante a entregar-lhe parte dessa quantia e a dar-lhe indicações relacionadas com a prática do facto, na convicção e expectativa dessa efetivação, ainda que esse outro não viesse a praticar qualquer ato de execução do facto.»

Porém, a questão mantém-se controversa: este acórdão de fixação de jurisprudência teve vários votos de vencido e houve, entretanto, um outro acórdão para resolver um recurso contra esta jurisprudência fixada⁴, decidindo este acórdão no sentido de manter a jurisprudência fixada e revogando a decisão recorrida⁵, por ser contrária ao acórdão de fixação de jurisprudência.

Também a doutrina se tem pronunciado sobre esta questão: destacamos o comentário ao Acórdão do STJ de 16/10/2008⁶ – BRANDÃO (2008), pp. 531 e ss., em sentido divergente do defendido no acórdão (e, assim, em sentido também divergente do acórdão de fixação de jurisprudência).

1.2. O problema relaciona-se essencialmente com as seguintes questões:

1. Distinção entre instigação e autoria mediata, questionando-se a inserção deste tipo de casos (de «aliciamento» para matar) numa categoria ou na outra⁷;

³ Acórdão do STJ de 18/6/2009 (Pires da Graça) – DR, 139, 2009, pp. 4566-4599.

⁴ Acórdão do STJ de 24/5/2017 (Pires de da Graça), in www.dgsi.pt.

⁵ Do Acórdão do TRP de 10/2/2016 (Nuno Ribeiro Coelho), in www.dgsi.pt.

⁶ Acórdão do STJ de 16/10/2008 (António Colaço), in www.dgsi.pt.

⁷ Partindo do pressuposto de que existe (e de que deverá continuar a existir) esta distinção. Recorde-se que, para CORREIA não haveria interesse em distinguir estas figuras, qualificando tal distinção de um «luxo de conceitos» (CORREIA, 1948, pp. 1 e ss.). Recentemente, COSTA vem defender uma tese em que resume a participação às categorias da autoria (enquanto «domínio concomitante e não concomitante») e participação, não sobrando espaço para a figura da instigação (COSTA, 2014, p. 1206). Não poderemos,

2. Distinção entre as várias fases do *iter criminis* (resolução criminosa, atos preparatórios e atos de execução) e averiguação do momento a partir do qual se poderá responsabilizar o instigador e o autor mediato por um crime que não chegou a consumar-se: a resposta, no caso da instigação, é mais clara, porquanto a lei exige especificamente que o instigado já tenha iniciado a execução do crime para que o instigador possa responder pela tentativa desse crime (art. 26.º do CP⁸, última parte); mas já surgem dúvidas e posições diversas quanto ao momento a partir do qual o autor mediato poderá responder por tentativa;
3. A *ratio* da não punibilidade da tentativa de instigação e o questionamento acerca da bondade desta solução mesmo face a crimes muito graves, como é o caso do homicídio. Este problema relaciona-se com o grau de antecipação da tutela penal que se poderá considerar legítimo num Estado de Direito Democrático, atenta a necessidade de proteção dos bens jurídicos, em especial dos mais fundamentais, como é o caso da vida humana, mas, por outro lado, tendo também em consideração os princípios da mínima restrição de direitos, da necessidade e proporcionalidade (Direito Penal como *ultima ratio* – cf. art. 18.º, n.º 2, da CRP⁹).

II. Distinção entre autoria mediata e instigação: princípio da autor-responsabilidade ou relação de «subordinação»?

Para conseguirem condenar o mandante, os Tribunais portugueses tiveram de transpor dois obstáculos difíceis de superar: não qualificar o mandante como «instigador», mas como «autor mediato»; não considerar que a tentativa do crime se inicia com a prática de atos de execução por parte do «executor», mas sim com a prática de *certos* atos por parte do mandante¹⁰.

Ora, para a qualificação do mandante/aliciante como «autor mediato», a nossa jurisprudência baseou-se na conceção de VALDÁGUA, que alarga

porém, no presente contexto, aprofundar esta conceção; para uma síntese do pensamento deste autor, *Idem*, pp. 1194 e ss.

⁸ Abreviatura de Código Penal; sempre que nos referirmos a um artigo sem indicação de proveniência, estamos a reportar-nos ao Código Penal.

⁹ Abreviatura de Constituição da República Portuguesa.

¹⁰ Neste sentido já o Acórdão do TRC de 12/9/2007 (Gabriel Catarino), *in* www.dgsi.pt.

o conceito de autoria mediata a situações de «subordinação voluntária» do agente imediato ao «agente da retaguarda».

Para VALDÁGUA existe autoria mediata se o agente mediato detiver o «domínio da vontade do agente imediato», caracterizando este domínio como a «subordinação voluntária do agente imediato a uma eventual decisão posterior do agente mediato», mediante promessa de uma determinada contraprestação¹¹. Assim, esta autora parte do princípio de que, havendo um acordo criminoso baseado numa contraprestação, o agente imediato estará subordinado à vontade do agente da «retaguarda»¹² (para praticar o crime, mas também para deixar de o praticar¹³), fundando nesta subordinação o enquadramento de tais casos na autoria mediata. Distingue estas situações daquelas outras em que alguém convence outrem a cometer um crime, sem que haja «domínio da vontade» – ou seja, quando «não resulte, expressa ou concludentemente, que o agente imediato se compromete a não executar o facto punível, no caso de o agente da retaguarda vir a mudar de desígnio a esse respeito»¹⁴.

Porém, quem nos garante que o «agente imediato» vai mesmo cometer o crime ou vai deixar de o cometer face a uma ordem nesse sentido? Afinal, como saber se o agente se deixou subordinar ou não à vontade do agente mediato? A existência do referido acordo (geralmente com contraprestação ou promessa de contraprestação) poderá garantir tal

¹¹ VALDÁGUA (2003), pp. 663, 664.

¹² A expressão, que preferimos à de «homem de trás», é da autora cujo pensamento estamos a analisar.

¹³ Podendo falar-se de um «domínio positivo do facto» e de um «domínio negativo» (capacidade para fazer «gorar» o facto) – sobre estas capacidades DIAS (2007), p. 765, nota 17.

¹⁴ VALDÁGUA (2003), p. 665. Note-se que há autores (como PUPPE e JAKOBS) que se referem a esta subordinação da vontade, mas enquadram tais casos na instigação (*apud, Idem*, p. 666). Saliente-se ainda que a posição de VALDÁGUA também se relaciona com a sua conceção no sentido de a instigação ser uma forma de participação e não de autoria (2001, p. 930), considerando que, nos casos de pacto criminoso, sendo o mandante «senhor» do processo, deveria ser considerado autor (mediato). Porém, sendo esta a conceção perfilhada pela maioria da doutrina alemã, todavia não parece estar em sintonia com o art. 26.º do nosso CP, relativo à «autoria» e onde se refere a instigação. Considerando que o instigador detém o «domínio da decisão» DIAS (2007), p. 816, § 78. Note-se ainda que, na Alemanha, apesar de se considerar a instigação uma forma de «participação» ao invés de uma forma de «autoria», a pena do instigador é a mesma da do autor, o que acaba por demonstrar, tal como bem assinala FARIA (2017), o «reconhecimento de idêntico conteúdo de ilicitude à atuação do autor e do instigador» (p. 327, nota 438).

subordinação? Como enquadrar a situação se, afinal, o agente imediato mudar de ideias e não cometer o crime¹⁵ ou, inversamente, se persistir na decisão de o cometer mesmo perante uma ordem contrária do agente da retaguarda¹⁶?

Na verdade, se o agente imediato é um adulto responsável, que não está a ser instrumentalizado (por exemplo, por coação ou indução em erro), ele é livre para mudar de ideias e desobedecer ao «agente da retaguarda», livre para quebrar o pacto, daí, não nos parecer que haja uma verdadeira relação de subordinação, mas apenas um «domínio da decisão»¹⁷, sendo então mais correto enquadrar este tipo de situações no âmbito da instigação, mantendo-nos fiéis ao princípio da autorresponsabilidade¹⁸.

¹⁵ Situação que se enquadra ainda no problema que temos em vista tratar.

¹⁶ VALDÁGUA (2003), pp. 664, 668, 669, considera que, se o agente imediato cometer o crime desobedecendo a uma «contraordem» (a expressão é minha) do agente mediato, já haveria uma nova resolução que apenas a si pertenceria, ou seja, parece que o agente que executasse o facto teria de responder a título individual... No entanto, esta solução suscita-nos muitas dúvidas. Tendo em consideração que a resolução criminoso fora «gerada»/criada pelo «agente da retaguarda», este não deveria ser punido como instigador, a menos que tivesse ativamente desistido? Poderia considerar-se a «ordem de parar ou de não iniciar a execução» uma desistência ativa (art. 25.º do CP)? Tal desistência ativa, perante a insistência do executor, não exigiria um outro esforço (tal como alertar a polícia, se necessário) para evitar a consumação do crime? Se é certo que, no momento em que o agente imediato inicia os atos de execução, já houve uma «contraordem» do «agente da retaguarda», podendo sustentar-se (tal como VALDÁGUA) que o executor já não está a ser «determinado ou codeterminado» pelo agente da «retaguarda», por outro, é inegável que o executor foi, à partida, determinado pelo agente da «retaguarda»; assim, se este agente teve um papel determinante na decisão de o agente imediato (na nossa perspetiva, o instigado) cometer o crime, cremos que não deixará de ser responsabilizado a menos que desista ativamente.

¹⁷ Na verdade, haverá «domínio da decisão» se, de facto, o agente da retaguarda conseguiu convencê-lo a cometer o crime. Segundo DIAS, o instigador tem o «domínio da decisão», «acompanhando de perto e ao pormenor a tomada de decisão definitiva pelo executor» (2007, p. 799, § 46); já o autor mediato tem o «domínio da vontade», fazendo parte da autoria mediata as situações em que o executor é um instrumento «não totalmente responsável» (2007), p. 803, § 54. Também neste sentido, FARIA (2017), p. 325 – a propósito da questão de CORREIA acerca da vantagem do conceito de instigação – considerando que o instigado, diferentemente do agente imediato, tem o «domínio do facto». Recorde-se que, para EDUARDO CORREIA, não haveria interesse em distinguir estas figuras [cf. *supra* nota 7, onde se refere ainda a tese de COSTA (2014), que não deixa espaço para a instigação].

¹⁸ Neste sentido, DIAS (2007), p. 807, §§ 61 e 62, enquadrando os casos de aliciamento na instigação.

Verdadeira subordinação e domínio da vontade haverá face a situações de instrumentalização, seja ou não no âmbito de pactos criminosos ou de organizações de poder; mas, para tal, o pacto não poderá ser firmado entre pessoas livres e responsáveis, mas terá de haver coação¹⁹ ou provocação de engano ou aproveitamento de erro, de situação de inexigibilidade ou de incapacidade de culpa, sendo estes, de facto, casos tradicionalmente qualificados como de «autoria mediata»²⁰.

Daqui decorre que o cerne da distinção entre instigação e autoria mediata residirá no princípio da autorresponsabilidade²¹ – enquanto na instigação ambos os agentes são pessoas livres e responsáveis pelos seus atos, tendo ambos o «domínio do facto», na autoria mediata apenas o

¹⁹ Segundo VALDÁGUA (2001), p. 928, «o aliciamento pode ser uma forma de dominar a vontade do executor tão, ou mais, eficaz do que a coação...», comparando a coação através de ameaças à integridade física com o aliciamento de receber uma avultada quantia de dinheiro que tire a pessoa e a sua família da miséria. Reconhecendo a impressividade da comparação, não podemos todavia concordar integralmente. Na verdade, pensamos que o que está verdadeiramente em causa é saber quando é que o executor é instrumentalizado e quando ainda é uma pessoa livre e responsável, reiterando, assim, o critério da autorresponsabilidade. Ora, só a coação que provoque uma situação de inexigibilidade (para além, obviamente, da coação absoluta e da coação que conduza a situação de exclusão da ilicitude do coagido) se poderá considerar instrumentalizadora do executor, conduzindo, assim, ao enquadramento do caso na autoria mediata: uma ameaça de ofensas corporais conduzirá, em regra, a tal situação, mas tudo depende também do crime a praticar – a ameaça de uma bofetada caso o executor não mate alguém não nos parece suficiente; por outro lado, o executor que se deixa aliciar pela promessa de uma avultada soma de dinheiro para assim poder pagar um tratamento vital ou para sair de uma situação de indigência, com perigo grave para a vida ou saúde substancial (sua e/ou de familiares próximos) poderá ver a sua culpa excluída por estado de necessidade desculpante (art. 35.º), caindo tal caso no âmbito da autoria mediata – pois haveria aqui uma instrumentalização e, conseqüentemente, uma irresponsabilidade do agente imediato. Esta conclusão será ainda menos controversa se o aliciamento for para a prática de um crime menos grave do que o homicídio (p. ex., ofensas à integridade física simples ou um crime patrimonial). Cf., porém, em sentido diverso, DIAS, 2007, p. 785, § 19.

²⁰ DIAS (2007), pp. 776 e ss., §§ 3 e ss.; FARIA (2017), pp. 305-312; estes serão os casos mais frequentes de autoria mediata, mas outras situações existem, também referidas por estes autores, tais como, quando o comportamento do agente imediato é atípico ou lícito; também MONTEIRO (2014), nomeadamente, nas conclusões, p. 37. Note-se que, segundo ROXIN, a autoria mediata funda-se no «domínio da vontade», mas este apenas existirá nos casos de coação, erro (induzido ou aproveitado) e de ordens no âmbito de um aparelho organizado de poder; Sobre a conceção de ROXIN, VALDÁGUA (2001), pp. 917 e ss., esp. 921 e ss.; DIAS (2007), pp. 765, §§ 16 e ss., em especial, quanto à autoria mediata, pp. 776, § 3 e pp. 788 e ss., §§ 25 e ss. (quanto ao «domínio da organização»).

²¹ Assim, DIAS (2007), pp. 803, 804, §§ 54, 55.

autor mediato poderá ser plenamente responsabilizado, pois o agente é um instrumento, que nunca poderá responder a título de culpa dolosa.

Pensamos mesmo que o interesse da distinção entre instigação e autoria mediata reside em saber quando é que o agente imediato é plenamente responsável e quando é que tal plena responsabilidade cabe apenas ao agente da «retaguarda» e tal distinção só se poderá fundar na existência ou não de instrumentalização do agente imediato. Ou seja, saber quando estamos perante dois autores plenamente responsáveis, porque livres nas suas decisões, ambos com o «domínio do facto»²² e quando é que apenas o agente da retaguarda detém o «domínio do facto», porque apenas ele é livre e responsável, tendo instrumentalizado o outro agente para conseguir os seus intentos²³. Nas palavras de DIAS (2007), p. 777, § 5 «a autoria mediata termina – e começa eventualmente a instigação – em função daquilo que chamamos “princípio da (auto)responsabilidade”».

III. Averiguação do momento a partir do qual se poderá responsabilizar o instigador e o autor mediato pela tentativa do crime «projetado»

Poderemos ainda perguntar qual o interesse/utilidade do alargamento da autoria mediata a casos de pacto criminoso com pretensa «subordinação da vontade» do agente imediato. Segundo VALDÁGUA tal poderia resolver o problema da impunidade da instigação em cadeia. Não cremos, porém, que a nossa ordem jurídica afaste a possibilidade da punição da instigação em cadeia, concordando com DIAS (2007), p. 814, § 75, quando afirma: «Ponto é (apenas, mas necessariamente!) que, relativamente a cada um dos elos da cadeia, se possa afirmar que ele determinou – ainda que só de forma mediata – o executor à prática do facto ilícito típico, tendo este dado início à execução...»²⁴

²² Embora de diferentes modos: «domínio da decisão» por parte do instigador; «domínio da ação», por parte do instigado (DIAS, 2007, p. 816, § 78) Sobre o conceito «domínio do facto» e a sua origem, DIAS (2007), pp. 765 e ss., §§ 16 e ss.; VALDÁGUA (2001), pp. 917 e ss.; ROXIN (2000), § 17.

²³ Neste sentido BRANDÃO (2008), p. 594 – considerando que o critério apontado por VALDÁGUA é inconciliável com o art. 26.º do CP, cujo critério de distinção é o da autorresponsabilidade.

²⁴ Sobre esta questão, cf. MORÃO (2006). Fará sentido trazer à colação o caso *Mea Culpa*, relativamente ao qual DIAS admite haver instigação (podendo todavia questionar-se a cumplicidade), não, seguramente, autoria mediata, diferentemente do que foi o

Não visaria, porém, mesmo para VALDÁGUA, antecipar a tentativa a momentos anteriores ao início da execução pelo agente imediato (pelo menos, em regra)²⁵. Na verdade, a autora afirma mesmo que, nos casos de pacto criminoso, «a impunidade da tentativa do agente mediato constitui uma lacuna»²⁶; pois, VALDÁGUA está consciente de que, nos casos de aliciamento, sendo o agente imediato um agente livre e responsável, a execução só começa com a sua atuação – só com a sua atuação se poderá dizer que há um perigo próximo (de acordo com o art. 22.º) para o bem jurídico.

Porém, posição diversa foi sustentada por alguma jurisprudência, *maxime*, pelo Acórdão de fixação de jurisprudência, que enquadró as situações de «aliciamento para matar» na autoria mediata, exatamente para poder punir como tentativa a atuação do agente mediato²⁷; isto, apesar de nos casos em análise não haver qualquer instrumentalização dos supostos agentes imediatos, nem, na verdade, qualquer instigação – pois o agente da «retaguarda» não conseguiu convencê-los efetivamente a cometer o crime. Ou seja, a jurisprudência louva-se da posição de VALDÁGUA quanto ao alargamento do conceito de autoria mediata aos casos de suposta «subordinação da vontade», mas já não segue a sua posição relativamente ao início da tentativa neste tipo de casos, como muito bem faz notar BRANDÃO (2008, p. 595). De resto, estamos em crer que, caso o crime se tivesse consumado, a figura aplicada teria sido a da instigação...

entendimento do STJ [Acs. do Tribunal de Círculo de Penafiel de 1/6/98 e do STJ de 27/1/99, *in* ALMEIDA, Carlota / ALMEIDA, Duarte (2002), pp. 49 e ss.; caso também referido *in* DIAS (2007), pp. 815 e 816, § 77].

²⁵ VALDÁGUA (2003), pp. 661, 672.

²⁶ VALDÁGUA (2003), p. 672.

²⁷ Acórdão do STJ de 18/6/2009 (Pires da Graça) – DR, 139, 2009, pp. 4566-4599. Já neste sentido, Acórdão TRC de 19/9/2007 (Gabriel Catarino), *in* www.dgsi.pt, salientando expressamente logo no sumário do acórdão (e depois no ponto 5 do Relatório): «No caso de autoria mediata a tentativa é punível, no caso da instigação a punição do sujeito activo só é adoperada se tiver havido execução ou se a mesma tiver tido o seu início. Assim, ao instigador não poderá ser assacada qualquer responsabilidade penal se não tiver havido execução ou começo de execução, quedando de fora a punibilidade da tentativa, ao passo que se se considerar que o arguido actua na veste de autor mediato, então será possível a sua punição como autor do facto típico, na forma tentada... Na autoria mediata a tentativa inicia-se com o final da actuação do autor mediato sobre o instrumento, ou seja, com a saída do acontecimento do âmbito do domínio do autor mediato.»

A solução da jurisprudência parece-nos *contra legem*, quer por praticamente esvaziar a categoria da instigação quer por alargar a tentativa para além do que está previsto no art. 22.^{o28}

Também em nossa opinião, a antecipação da tentativa a momento anterior ao do início da execução por parte do agente imediato só poderá sustentar-se exatamente naquelas situações em que o agente imediato é um «instrumento» nas mãos do agente mediato, pois só aí a atuação do agente mediato, quando faz tudo o que tem a fazer para pôr o «instrumento» em ação, poderá consistir num ato ao qual se seguirá «... segundo a experiência comum e salvo circunstâncias imprevisíveis... atos das espécies indicadas nas alíneas anteriores» [art. 22.^o, n.^o 2, al. c)], ou seja, atos típicos [al. a)] e/ou atos idóneos a produzir o resultado [al. b)]. Seria o caso, por exemplo, de A colocar veneno numa bebida e pedir a B para dar tal bebida a C. Pensamos que, num caso deste tipo, se poderia defender que o comportamento de A, ao entregar a bebida a B (sem lhe dizer, evidentemente, que esta continha veneno) já preenchia um ato de execução integrante da al. c) do n.^o 2 do art. 22.^o, porquanto a este ato se seguiria, segundo as regras da experiência e salvo circunstâncias imprevisíveis, o ato de dar a bebida a C e este a beber²⁹... E tal seria assim, porque não sabendo B que a bebida continha veneno, o que, segundo a experiência comum se espera que aconteça, é que B dê a bebida a C e este a beba, tudo numa cadeia de acontecimentos onde B

²⁸ Assim também BRANDÃO (2008), pp. 595 e ss., e MONTEIRO (2014), p. 38 (nas conclusões).

²⁹ Segundo DIAS (2007, 706, § 31) o ato da al. c) será o que imediatamente antecede o ato idóneo ou o ato típico, referindo-se a uma «conexão de perigo» e a uma «conexão típica». Este autor também admite que a execução possa começar (embora excepcionalmente) com a prática de atos de execução pelo autor mediato, quando, «no fim da atuação do agente mediato, existir já uma conexão de perigo típica para o bem jurídico ameaçado» (p. 821, § 86). Parece, porém, que este autor restringe mais esta possibilidade do que nós: confronte-se o exemplo que damos em texto com os exemplos de DIAS (2007, p. 819, § 84) e sua solução (p. 821, § 86). Também VALDÁGUA (2001), pp. 934, 935 admite que, nos casos de autoria mediata, «o âmbito de punição do autor mediato pode ser mais amplo (pode começar mais cedo) do que o da punição do instigador». Mas não, como vimos, nas situações de aliciamento [VALDÁGUA (2003), p. 672]. De resto, esta autora centra-se também na análise do art. 22.^o, c), dando exemplos semelhantes ao que referimos em texto [VALDÁGUA (2001), p. 934, nota 42].

está efetivamente a atuar como um instrumento sem vontade própria, pois está a ser enganado³⁰...

Porém, se A pedisse a B para levar a bebida a C, dizendo-lhe que pusera veneno na bebida para o matar, já o caso mudaria substancialmente, pois agora B também domina o acontecimento, estando a execução do crime dependente da sua vontade; na verdade, não me parece que se possa dizer (como já atrás referimos) que B fica subordinado à vontade de A, mesmo que este lhe prometa uma recompensa pela sua atuação e que, à partida, B aceite o pedido de A (genuinamente ou não). Na verdade, não estando B a ser induzido em erro, mas, ao invés, estando plenamente consciente da situação, o crime só será realmente executado se ele quiser³¹ – a partir deste momento a sua vontade é soberana (e não subordinada, como defende VALDÁGUA). Por isso, B seria um instigado, plenamente responsável, como autor, com «domínio do facto» (e não um «instrumento», sem responsabilidade). Assim, neste caso a tentativa de homicídio só existe se B praticar atos de execução (levar a bebida a C) – art. 26.º, última parte, e art. 22.º do CP, pois só a partir desse início de execução haverá perigo iminente para a vítima. E terá sido esta, segundo cremos, a *ratio* da exigência de início de execução por parte do instigado para haver punição por tentativa, quer relativamente ao instigador quer ao instigado.

Porém, mesmo para VALDÁGUA, que enquadra esta situação na autoria mediata, o início da tentativa continuaria a estar dependente da atuação do agente imediato; na verdade, apesar de a autora considerar que a vontade

³⁰ O início da tentativa no âmbito da autoria mediata não é assunto pacífico, defendendo parte da doutrina que o critério deverá ser o que preside às situações de instigação (exigindo-se a prática de atos de execução pelo agente imediato), enquanto para outros autores a tentativa poderá iniciar-se antes, e porventura prevalecendo as posições intermédias, atendendo ao art. 22.º: assim, DIAS (2007), pp. 820, 821, § 86; VALDÁGUA (2001), pp. 933 a 935; BRANDÃO, 2008, p. 591; PALMA (2006), distinguindo consoante o «desencadeamento» do processo pelo autor mediato seja «imparável» ou não – pp. 163, 164; MONTEIRO (2014), ponto 14., considerando que «o início da tentativa ocorre com o primeiro ato de execução que... tanto pode ser praticado pelo autor mediato como imediato, desde que tal ato esteja em condições de afetar a segurança e restringir as condições de liberdade da vítima conforme interpretação do art. 22.º, n.º 2, alíneas b) e c)»; cf. porém, FARIA (2017), p. 311, para quem o agente imediato terá de praticar atos de execução (não se referindo a quaisquer exceções). Também na doutrina alemã existem divergências quanto a este tema, defendendo ROXIN (2004), p. 326, que haverá tentativa quando o autor mediato «deixa o processo causal sair da sua esfera de domínio».

³¹ Excluindo-se, claro, outras situações de instrumentalização – p. ex., coação grave.

deste agente imediato está subordinada, não deixa de reconhecer que o perigo próximo/iminente para os bens jurídicos depende da sua atuação, o que se poderá considerar até algo contraditório³².

IV. A *ratio* da não punibilidade da tentativa de instigação e o questionamento da bondade desta solução face a crimes graves

O problema do grau de antecipação da tutela penal é controverso.

Por um lado, temos a necessidade de proteção dos bens jurídicos da comunidade, em especial dos mais essenciais (como é, indubitavelmente, a vida humana), como tarefa fundamental do Estado (arts. 9.º e 24.º da CRP), por outro, temos o princípio da mínima restrição de direitos liberdades e garantias, relacionado com os princípios da necessidade/subsidiariedade da intervenção penal, da proporcionalidade (art. 18.º, n.º 2, da CRP) e ainda com o princípio do Direito Penal baseado no facto – no cometimento de factos danosos ou pelo menos perigosos para os bens jurídicos (ao invés de fundado em personalidades perigosas³³). Estes princípios, que são corolários de um Estado de Direito Democrático (art. 2.º da CRP) e do próprio princípio fundante da dignidade da pessoa humana (art. 1.º da CRP), aconselham alguma contenção (e precaução) na intervenção penal, exatamente por esta ser a «arma mais forte» de que o Estado dispõe para proteção dos bens jurídicos³⁴.

Tendo em consideração esta necessidade de contenção, o legislador português optou por não punir a tentativa de instigação, embora tal hipótese tenha sido equacionada, prevendo o Projeto da Parte Geral do Código Penal, de 1963, da autoria de EDUARDO CORREIA, tal punibilidade, no seu art. 31.º: «Quem tenta determinar outrem à prática de um crime será punível com a pena correspondente à tentativa desse crime.

³² Se, na verdade, o agente imediato estivesse subordinado à vontade do agente mediato, tudo se passaria necessariamente segundo uma cadeia de acontecimentos contínuos, podendo, então, aplicar-se a al. c) do n.º 2 do art. 22.º à atuação do próprio agente da «retaguarda».

³³ Sobre a importância do princípio da ofensividade em Direito Penal, COSTA (1992), nomeadamente pp. 636 e ss.; CUNHA, 1995, nomeadamente, p. 78, nota 211, pp. 106, 107, nota 298, e 147 e ss. Questionando o fundamento da punibilidade da tentativa, à luz dos princípios de Estado de Direito e do «direito penal do facto», cf. PALMA, 2006, pp. 22 e ss., 29 e ss.

³⁴ Sobre estes problemas, CUNHA, 1995, nomeadamente, pp. 23 e ss. e 195 e ss., com indicações bibliográficas. Segundo LISZT, a pena é uma «*Arma a dopo taglio, tutela dei beni giuridici attuata mediante lesioni degli stesi*» (3.ª ed., p. 46).

Da mesma forma será punível quem aceita a oferta de outrem, ou com outra pessoa se concerta, para cometer um crime, ou quem se declara disposto a cometê-lo.»³⁵

No entanto, prevaleceu o receio de antecipar demasiado a tutela penal, o receio de intervir em estádios recuados do *iter criminis*, que ainda não representassem um perigo próximo para os bens jurídicos, critério que vigora no âmbito da punibilidade da tentativa (art. 22.º, n.º 2, do CP)³⁶, evitando-se assim punir personalidades perigosas, ao invés de factos perigosos.

É um dado adquirido, em sociedades democráticas como a nossa, que não se podem punir «más intenções» (*cogitationes poenam nemo patitur*), nem mesmo a sua exteriorização (a menos que tal exteriorização já consubstancie um crime, p. ex., de ameaça – art. 153.^{o37}), sendo a punição dos atos preparatórios excecional (art. 21.º).

Porém, a punição antecipada, embora não seja a regra, está prevista no nosso Código Penal. E estas situações de punição antecipada (relativamente ao perigo concreto e próximo/imminente para os bens jurídicos) devem fazer-nos refletir.

Estamos a pensar na punição excecional de certos atos preparatórios, mas também na previsão de crimes de perigo abstrato, de crimes de aliciamento, de recrutamento para a prática de crimes e de promoção de associações criminosas.

Qual a razão para se punirem, p. ex., os atos preparatórios de certos crimes de perigo comum (art. 275.º), de crimes contra o Estado (art. 344.º), assim como os atos preparatórios do crime de mutilação genital feminina (art. 144.º-A, n.º 2) e de casamento forçado (art. 154.º-C)?

Creemos que estão presentes motivos de política criminal, relacionados com a necessidade de atuação antecipada para prevenir crimes graves,

³⁵ Saliente-se que o preceito (semelhante ao denominado parágrafo *Duchesne* do CP alemão, nome do belga que se ofereceu para matar Bismark) chegou a ser aprovado, embora com o voto contra de GOMES DA SILVA; porém, não veio a ser consagrado no CP de 1982 – *Atas*, vol. I (1963), pp. 206 e ss. Note-se que este preceito previa a punição não só do agente que tenta instigar como da pessoa que aceita oferta ou dá o seu acordo à prática do crime.

³⁶ Cf. DIAS (2007), pp. 706 e ss., §§ 31 e ss. (e cf. *supra* nota 28), e FARIA (2017), pp. 235 e ss., esp. pp. 239 e 244 e ss.

³⁷ Note-se que, neste caso, a exteriorização já vulnera bens jurídicos – a ameaça, sendo adequada a causar medo ou inquietação já põe em perigo a liberdade pessoal – CARVALHO (2012), p. 552, § 7; situações diversas serão as de instigação pública a um crime (art. 297.º) e apologia pública de um crime (art. 298.º), de que falaremos *infra*.

sendo também porventura mais fácil provar, nestes casos, a relação de certos atos (preparatórios) ao crime que se pretende cometer. Ou seja, nestes casos, o ato preparatório já será um indício mais seguro da decisão criminosa (e do sentido concreto dessa decisão) e da elevada probabilidade de que se lhes seguirão atos de execução do crime³⁸. Assim, poderá dizer-se que estes atos preparatórios «revelam um sentido lesivo, segundo um juízo de prognose» (PALMA, 2006, p. 39).

Por outro lado, há crimes em que se presume o perigo para os bens jurídicos, não tendo este de ser provado em Tribunal. É claro que estes crimes têm sido questionados, não sendo este, porém, o momento oportuno para aprofundarmos esta discussão³⁹. Todavia, a verdade é que tais tipos legais de crime se têm mantido no nosso Código Penal, havendo fortes argumentos a favor desta sua permanência, argumentos estes fundados, exatamente, na perigosidade geral do comportamento⁴⁰ e na necessidade de tutela antecipada dos bens jurídicos, ou seja, é ainda (como não poderia deixar de ser) a tutela de um bem com dignidade penal que legitima a incriminação: estamos a pensar, por exemplo, no crime de condução de veículo em estado de embriaguez (art. 292.º), mas também em crimes que, num certo sentido, se poderão considerar de «aliciamento», tais como, os crimes de propaganda ao suicídio, instigação pública ao crime, apologia do crime e aliciamento de menores para fins

³⁸ Em sentido semelhante, DIAS (2007), p. 683, § 6. Há também situações em que os atos preparatórios de certos crimes foram tipificados como um crime autónomo (v.g., art. 276.º), o que não deixa de constituir uma punição antecipada, tendo em consideração a *ratio* de tal criminalização. Questionando «esta antecipação da fronteira da punibilidade em relação aos actos preparatórios», fazendo referência à doutrina italiana, FARIA (2017), pp. 233-234.

³⁹ Sobre os crimes de perigo abstrato e «o problema da sua legitimidade constitucional», *vide*, por todos, COSTA (1992), pp. 635 e ss., afirmando (em jeito conclusivo) que «os crimes de perigo abstracto só se podem, verdadeiramente, justificar quando, se bem que unicamente através de um cuidado-de-perigo, se quer ainda proteger um bem com dignidade penal» (p. 641).

⁴⁰ Neste aspeto há algumas divergências, que não poderemos aprofundar neste contexto. Deixando apenas uma breve nota sobre esta questão: enquanto a doutrina italiana tem encontrado o fundamento para a legitimidade destes crimes na «probabilidade de pôr em perigo o bem jurídico», COSTA acentua a relação de «cuidado-de-perigo», porém, relacionando-a com o «princípio da ofensividade»: «O que implica que tenhamos que ligar, inapelavelmente, o momento relacional de cuidado-de-perigo com a mediação de um concreto bem jurídico» (1992, p. 641, onde também se refere à posição da doutrina italiana, considerando o «bem jurídico» o «elemento de junção» entre as diferentes perspetivas).

sexuais (arts. 139.^{o41}, 297.^o, 298.^o e 176.^o-A). Será ainda curioso observar que, se no primeiro destes crimes (art. 139.^o) está em causa a tutela da vida humana, nos outros dois (arts. 297.^o e 298.^o) trata-se da tutela antecipada de qualquer bem jurídico-penal, pois quer a instigação quer a apologia, referem-se a qualquer crime, não apenas aos crimes de maior gravidade. No entanto, a forma pública de instigação ou de apologia do crime, criando um perigo de «criminalidade de massas»⁴² justificará esta abrangência da incriminação. Já no último crime referido, a importância do bem jurídico, aliada à frequência deste tipo de comportamentos e às elevadas necessidades de prevenção (que se relacionam, evidentemente, com a elevada probabilidade do perigo se verificar), terão ditado a sua tipificação⁴³.

É claro que, relativamente a estes crimes, se pode identificar outros bens jurídicos que são imediatamente lesados: no caso do art. 139.^o lesa-se o «bem-estar coletivo»⁴⁴, no caso dos arts. 297.^o e 298.^o, lesa-se a «paz pública»⁴⁵. Mas tal não significa que a *ratio* destes tipos legais de crime não resida na proteção dos bens jurídicos vida humana (no art. 139.^o) e dos diversos bens jurídicos tutelados pelos crimes a que se refere a instigação pública ao crime (no art. 297.^o) ou a apologia pública ao crime (no art. 298.^o). E, relativamente a estes bens jurídicos, não restam dúvidas quanto à antecipação da tutela penal através da consagração destes tipos

⁴¹ É curioso observar que no crime de instigação ao suicídio (art. 135.^o) já se exige o início de execução para preenchimento do tipo legal, situação que também poderá/deverá ser questionada, em especial tendo em consideração o n.º 2 do mesmo artigo (todavia, este preceito, em si mesmo, é, em nosso entender, passível de críticas, não sendo este, porém, o contexto e o momento adequados para se levar a cabo um estudo aprofundado deste tipo legal de crime).

⁴² Sobre a questão, MONIZ (1999), pp. 1140-1141.

⁴³ Sendo certo que os próprios instrumentos internacionais (Convenção de Lanzarote e Diretiva 2011/93/EU de 13 de dezembro de 2011) impunham tal criminalização; sobre este tipo legal de crime, introduzido na lei penal pela Lei n.º 103/2015, cf. CUNHA (2017), pp. 399 e ss.

⁴⁴ Na verdade, para COSTA (2012), p. 202, «o bem jurídico que se quer aqui proteger prende-se, em primeira linha, com uma determinada ideia de preservação do bem-estar coletivo, de manutenção da *salus publica*, traduzível na evitação do suicídio» embora, «no horizonte último e longínquo onde pode ser sopesado o âmbito de proteção da norma, se pode sempre detetar uma eventual defesa penal da vida humana» (*Idem*, p. 201). Para nós, porém, a tutela do bem jurídico vida humana assumirá posição central nesta incriminação.

⁴⁵ Veja-se a própria inserção sistemática destes tipos legais de crime.

legais de crime⁴⁶. De resto, os comportamentos incriminados lesam o «bem-estar coletivo» ou a «paz pública», exatamente porque há o perigo⁴⁷ de lesão de outros bens jurídicos (os bens jurídicos que o agente incita a lesar), estando, assim, ambos os bens jurídicos indissolivelmente ligados.

Também o crime de associação criminosa (art. 299.º) se insere nos «crimes contra a paz pública», mas não deixa de, à semelhança dos tipos legais anteriores, conceder uma proteção antecipada a todos os bens jurídicos criminais (uma vez que é criminalizada a fundação ou promoção de organização ou associação cuja finalidade seja a prática de crimes, quaisquer que sejam esses crimes⁴⁸). De resto, para DIAS está em causa um crime de perigo abstrato mesmo tomando em consideração o bem jurídico «paz pública»⁴⁹. Porém, considerando que a paz pública é posta em causa pela «mera» existência de associações criminosas, cremos que poderíamos qualificar o crime como de dano relativamente a este bem jurídico e de perigo relativamente a todos os outros bens jurídico-criminais. Qualificações à parte, a verdade é que o tipo legal antecipa a tutela penal em relação a vários bens jurídicos e protege a «paz pública»,

⁴⁶ Neste sentido, MONIZ (1999), p. 1140: «assim, mais do que o simples interesse de assegurar a paz pública o que se pretende é assegurar uma tutela antecipada de todos os bens jurídicos que sejam colocados em perigo com a conduta do agente que, publicamente, provoca ou incita à prática de um crime»; já relativamente ao art. 298.º, a autora considera tratar-se de um crime de perigo abstrato, por bastar «que o agente, em abstrato, coloque, com a sua conduta, em perigo de lesão o bem jurídico protegido pelo tipo», considerando suficiente que a conduta do agente seja «adequada a criar um perigo» (*Idem*, pp. 1149-1150).

É claro que a qualificação destes crimes como de dano ou de perigo depende da consideração acerca do bem jurídico tutelado, só se podendo qualificar estes crimes como de perigo, se tivermos em consideração o bem jurídico da vida humana (no art. 139.º) e os vários bens jurídicos tutelados pelos crimes a que se refere a instigação pública ao crime (no art. 297.º) ou a apologia pública ao crime (no art. 298.º).

⁴⁷ Perigo abstrato, pois não tem de se provar; mas é elevada a probabilidade deste perigo e há, usando as palavras de COSTA (1992), a «ofensividade de cuidado-de-perigo», pondo a tónica no elemento relacional.

⁴⁸ No sentido de poder entender-se «como formas de punição de atos preparatórios (de outros crimes) em sentido material», PALMA (2006), p. 18 (em nota).

⁴⁹ «A mera existência de associações criminosas, ligada à dinâmica que lhes é inerente, põe em causa o sentimento de paz que a ordem jurídica visa criar... Com o que o tipo de ilícito de associação criminosa se assume, nesta medida, como um crime de perigo abstrato, todavia assente num substrato irrenunciável: a *altíssima e especialíssima* perigosidade da associação, derivada do seu particular poder de ameaça e dos mútuos estímulos e contra-estímulos de natureza criminosa que aquela cria nos seus membros» – DIAS (1999), p. 1157.

encontrando legitimidade, quer nesta necessidade de proteção da paz pública quer na prevenção da especial perigosidade destas associações (relativamente aos bens que as mesmas visam lesar).

Já no âmbito da Lei de combate ao terrorismo⁵⁰, no art. 4.º, n.º 6, deparamos com o crime de recrutamento para a prática de crimes (elencados no art. 2.º, n.º 1), com a intenção descrita nesse mesmo artigo («prejudicar a integridade e independência nacionais, alterar ou subverter o funcionamento das instituições do Estado...»). Está em causa, claramente, a proteção antecipada dos bens jurídicos estaduais que a lei do terrorismo visa proteger, em relação, evidentemente, com a proteção dos vários bens jurídicos tutelados pelos diversos crimes elencados (enquanto meios para se atingir a lesão dos referidos bens estaduais). A importância dos bens jurídicos, relacionada com as intensas necessidades de prevenção geral e especial, legitimam, sem dúvida, esta incriminação.

Por fim, se pensarmos nas tentativas impossíveis e na sua punibilidade, concluiremos que, nestas, nunca há um perigo real, havendo, no entanto, punibilidade, desde que a impossibilidade não seja manifesta (art. 23.º, n.º 3); ou seja, haverá punibilidade, segundo a «teoria da impressão», desde que haja aparência de perigo⁵¹. Também esta solução se funda na necessidade de proteção de bens jurídicos importantes⁵², mesmo face a perigos aparentes, pois também esta aparência de perigo vulnera a confiança da comunidade, pondo em causa a paz jurídica, afirmando-se, deste modo, necessidades de prevenção geral e de prevenção especial.

Podemos encontrar um ponto comum, de intersecção, em todas estas intervenções «antecipadas»: a vulneração da «paz jurídica», que não deixa de estar intimamente relacionada com o perigo (embora ainda não próximo, nem concreto) para outros bens jurídicos fundamentais, sendo essa paz, tranquilidade ou segurança⁵³ tanto mais vulnerada quanto mais importantes forem esses bens em perigo.

⁵⁰ Lei n.º 52/2003.

⁵¹ Sobre esta questão, para mais desenvolvimentos, nomeadamente sobre a «teoria da impressão» e a sua ligação aos fins das penas, DIAS, 2007, pp. 690, §§ 6 a 8 e p. 715, §§ 50 e ss.; para uma crítica à teoria da impressão, PALMA (2006), pp. 58 e ss., 70 e ss.

⁵² A tentativa só é punível se ao crime corresponder pena superior a 3 anos (art. 23.º, n.º 1).

⁵³ Podemos encontrar alguma similitude de perspetiva em PALMA (2006), nomeadamente, pp. 55 e ss., quando se refere a «perda de segurança da vítima ou a desequilíbrio entre a proteção dos bens do agente e dos outros sujeitos» (p. 55); porém, não se tratará de identidade de perspetiva, pois PALMA centra-se na esfera de segurança da vítima, já

Tendo em consideração o que se vem dizendo, ocorre-nos questionar: estes motivos/argumentos, relacionados com a necessidade de antecipação da tutela penal, considerando a perigosidade geral e/ou a perigosidade aparente das condutas, a vulneração da paz jurídica, as finalidades de prevenção geral e especial, não serão válidos⁵⁴, tendo em conta a gravidade do comportamento, para fundamentar a punição do aliciamento para matar, quando seguido de atos que demonstrem/comproven a seriedade de tal aliciamento?

É claro que se poderá contra-argumentar dizendo que, se quem quer instigar não consegue realmente fazê-lo, não consegue realmente vencer outrem a cometer o crime ou, mesmo que inicialmente consiga convencê-lo, se não consegue que tal decisão persista e se concretize em atos de execução, o bem jurídico nunca ficará efetivamente em perigo (concreto e próximo). Esta afirmação estará correta. Porém, não deixa de haver, pelo menos, uma aparência de perigo, que vulnera a paz jurídica, tal como na tentativa impossível, que não seja manifestamente impossível. De resto, a tentativa de instigação, em que o agente julga, erroneamente, ter conseguido instigar, não deixa de ser uma tentativa impossível⁵⁵, desde que o agente (quem pensa ser instigador) pratique atos de execução (da tentativa de instigação). É evidente que não estamos perante a tentativa do crime supostamente instigado, mas sim da tentativa de instigar. E, havendo esta tentativa de aliciar, seguida de atos concretos, há perigo (a pessoa pode ficar convencida a praticar o crime, embora este perigo ainda não seja iminente para a vida humana) ou, pelo menos, aparência de perigo (se nunca ficar convencida) e há necessidade de punir – quer

não, ao que parece, na vulneração da segurança (geral), a não ser no caso de crimes que tutelem bens gerais, o que não deixa de repor a discussão (vejam-se alguns dos crimes que referimos em texto), criticando a teoria da impressão como critério para a punibilidade da tentativa impossível e chegando mesmo a concluir pela inconstitucionalidade de uma interpretação dos arts. 22.º e 23.º segundo tal teoria (2006), pp. 58 a 60 e pp. 70-71. Nós, porém, quando falamos de afetação da segurança, tranquilidade e paz jurídica referimo-nos quer à segurança da vítima quer da comunidade. Reconhecemos que esta questão não é fácil e que a teoria da impressão não é isenta de críticas; não sendo este o momento e o contexto adequados para aprofundar estas questões, tendemos, porém, a reconhecer validade ao essencial desta teoria.

⁵⁴ Por vezes, por maioria de razão, considerando a gravidade do crime de homicídio (pensemos na apologia pública de um crime de injúrias, por comparação com o aliciamento para matar).

⁵⁵ Neste sentido Simas Santos na sua declaração de voto [Acórdão do STJ de 16/10/2008 (António Colaço), *in* www.dgsi.pt].

do ponto de vista da prevenção geral, tendo em conta a intranquilidade criada⁵⁶, quer do ponto de vista da prevenção especial, tendo em consideração as evidentes necessidades de ressocialização do agente.

Note-se que, nos casos decididos em Tribunal, a situação ultrapassou em muito as meras *cogitationes* ou, até, o mero aliciamento, pois tais aliciamentos foram seguidos de atos que revelaram inequivocamente a persistência do intuito criminoso e prepararam já o crime⁵⁷.

Sendo assim, pensamos que se deverá equacionar a alteração da nossa lei penal no sentido de punir as propostas ou aliciamentos, seguidos de atos reveladores da seriedade e persistência de tais aliciamentos, criando um perigo (embora não iminente) ou, no mínimo, uma aparência de perigo; em ambas as situações haverá já perturbação da paz jurídica, tal como nos crimes de propaganda ao suicídio ou de apologia pública do crime.

Poderá ainda contra-argumentar-se no sentido de o aliciamento para matar, sendo levado a cabo num ambiente privado, não ser suscetível de perturbar o bem-estar coletivo ou a paz pública, diversamente do que sucede nos crimes de propaganda ao suicídio, instigação pública ao crime ou apologia pública do crime. Mas note-se que nestes crimes praticados na «ribalta» não se exige qualquer ato concreto para além do incitamento ou apologia, enquanto no caso de que ora tratamos seria de exigir a prática de atos reveladores, que, no fundo, poderão já ser entendidos como atos preparatórios do crime. Então, neste aspeto, tal criminalização estaria próxima das situações em que se criminalizam atos preparatórios e atos de recrutamento, justificada com base na necessidade de antecipação da tutela penal em razão da importância dos bens jurídicos e da possibilidade de se provar a ligação entre tais atos e o intento criminoso – ora, esta ligação, nos casos concretos que têm chegado aos nossos tribunais, era evidente.

E, na verdade, também este aliciamento aliado à prática de atos reveladores da decisão criminosa cria uma profunda intranquilidade na comunidade, sendo evidentes, como já referimos, as necessidades de prevenção geral e de prevenção especial.

⁵⁶ A intranquilidade será geral, mas também para a própria «vítima», não deixando de haver uma ameaça à sua vida (mesmo que a «vítima» disso não tenha consciência).

⁵⁷ Veja-se o exemplo do Acórdão do STJ de 16/10/2008 (António Colaço), in www.dgsi.pt, em que «o arguido planeou detalhadamente, mesmo quanto ao meio, o assassinio da esposa e encomendou a execução desse plano a terceiros».

O que se vem de dizer aplica-se claramente aos aliciamentos para matar, tendo em consideração a essencialidade do bem jurídico vida humana, embora os argumentos invocados sejam ainda válidos relativamente aos aliciamentos para a prática de outros crimes graves⁵⁸.

Porém, o problema tem-se posto quanto ao homicídio, pelo que, neste âmbito, a questão é inequivocamente muito premente, exigindo uma resposta do sistema jurídico que crie confiança na comunidade, dissuada potencias agentes e dissuada o agente em concreto, reinserindo-o na comunidade.

A corroborar esta nossa sugestão, poderemos invocar as soluções de outras ordens jurídicas, nomeadamente a espanhola, onde o CP pune a conspiração para delinquir («quando duas ou mais pessoas se concertam para a execução de um delito e decidem executá-lo») e a proposta para delinquir («quando aquele que decidiu cometer um delito convida outra ou outras pessoas a nele participar»), relativamente a alguns crimes graves, como o de homicídio (arts. 17.º e 141.º)⁵⁹, e a alemã, onde o StGB, § 30, pune a proposta para delinquir, a tentativa de instigação e a formação de acordo para a prática de crime (de limite mínimo superior a 1 ano de pena de prisão), abarcando situações semelhantes às que têm sido tratadas nos nossos tribunais⁶⁰. Também no Reino Unido (no s 44 do SCA 2007) está prevista a punibilidade do encorajamento intencional à prática de crime (ou crimes): devendo provar-se, assim, o *actus reus* (a prática de um ato suscetível/capaz de encorajar ou contribuir para o crime) e a *mens rea* (a intenção de praticar atos capazes de encorajar ou contribuir para o crime)⁶¹. Já em Itália, o *Codice Penale* (art. 115.º) consagra a regra da impunidade da tentativa de instigação e do pacto criminoso a que não se sigam atos de execução, mas prevê a possibilidade de aplicação de uma medida de segurança⁶².

⁵⁸ Poderia pensar-se na punição de aliciamentos, seguidos de atos, que exteriorizem tais aliciamentos, em todos os crimes de uma certa gravidade – limite máximo superior a 8 anos? Crimes pessoais de pena superior a 5 ou 8 anos?

⁵⁹ Sobre esta criminalização, cf. MUNOZ CONDE/GARCÍA ARÀN (2015), pp. 479-480.

⁶⁰ Para mais desenvolvimentos, SCHONKE/SCHODER (2019), §§ 26 e 30.

⁶¹ SMITH/ORMEROD'S/LAIRD (2018), pp. 478 e ss.

⁶² Assim, para os italianos a questão coloca-se no âmbito das personalidades perigosas, divergindo da abordagem de outras ordens jurídicas e da que desenvolvemos no presente estudo. Para mais desenvolvimentos sobre a questão, em Itália, FORTI/SEMINARA/ZUCCALÀ (2016), anotações ao art. 115.º

V. Conclusão

Alguma jurisprudência portuguesa, nomeadamente o acórdão de fixação de jurisprudência, preocupada com a necessidade de punir (quer em razão das necessidades de prevenção geral quer especial) situações de aliciamento para matar, forçou a letra da lei penal e desviou-se também da doutrina maioritária, alargando o conceito de autoria mediata e antecipando a intervenção penal – considerando como atos de execução de homicídio o que serão apenas atos preparatórios.

Compreendendo as preocupações e intenções desta corrente jurisprudencial, não podemos todavia aceitar que se viole o princípio da legalidade e se adulterem conceitos estabilizados na doutrina⁶³, tendo em conta, ademais, que se trata de violação e adulteração *in malam partem* (em desfavor do arguido).

Porém, tendo em consideração que aquelas preocupações são fundadas, nomeadamente atendendo às elevadas necessidades quer de prevenção geral – no sentido de dissuasão de potenciais delinquentes e de criação de confiança na comunidade e reposição de expectativas, profundamente abaladas nestas situações – quer de prevenção especial – são evidentes as necessidades de dissuasão e de ressocialização dos mandantes –, necessidades estas acrescidas pela relativa frequência destes casos, em especial, no seio conjugal (ou análogo), pensamos ser urgente alterar a lei penal portuguesa no sentido de deixar clara a criminalização de situações de aliciamento para matar, seguido de atos reveladores de tal aliciamento.

Não será demais enfatizar a elevada dignidade do bem jurídico vida humana (cf. art. 24.º da CRP), aliada às já referidas elevadas necessidades de prevenção deste tipo de situações, pelo que, tal criminalização não violaria, em nossa perspetiva, os princípios da dignidade e necessidade penal, ínsitos no art. 18.º, n.º 2, da CRP⁶⁴.

Relembremos que não se trataria de punir meras *cogitationes* ou convites/aliciamentos sem consistência, mas apenas aliciamentos exteriorizados em atos concretos⁶⁵, o que já evidencia perigosidade, embora

⁶³ Ou relativamente estabilizados, pois, como vimos, a distinção entre autoria mediata e instigação, assim como a própria necessidade desta distinção e, por outro lado, o início da tentativa no âmbito da autoria mediata, não são questões totalmente pacíficas.

⁶⁴ Neste sentido, MONTEIRO (2014), ponto 17; sobre os princípios da dignidade e necessidade penal cf. ANDRADE (1992) e CUNHA (1995), esp. pp. 195 e ss.

⁶⁵ Em sentido semelhante, MONTEIRO chega a propor a seguinte redação do tipo legal de «Proposta de Homicídio»: «A proposta existe quando aquele que decide cometer um

tais atos não constituam ainda execução do crime, de acordo com o art. 22.º (em conjugação com o art. 26.º do CP).

É claro que a redação da norma exigiria particular cuidado e rigor, nomeadamente no que diz respeito aos atos reveladores daquela consistência do aliciamento (no fundo, uma tentativa de instigar, que suporá indicações concretas acerca da vítima, do local do crime e meios a usar)⁶⁶.

Por outro lado, cremos que, quem concorda (ou aparentemente concorda) com a proposta, mas depois nada faz, não deveria ser punido, mas já o deveria ser quem praticasse algum ato (ainda que preparatório) no sentido da concretização do crime. Poder-se-ia pensar na punição do simples acordo dado a tal aliciamento, mas tal, em nossa perspetiva, seria ir longe demais, sendo desde logo muito difícil provar se se tratou de um acordo sério, doloso, ou de uma aparência de acordo, ou de um dolo inicial e momentâneo, seguido de arrependimento. Assim, parecemos que não se deveria tratar da punição do pacto⁶⁷, mas da punição de um aliciamento concretizado em atos (no mínimo, indicações precisas quanto ao modo de execução do crime, que teriam, obviamente, de ser provadas) e da punição do acordo ao aliciamento, documentado em atos preparatórios praticados pelo aliciado.

Talvez, tendo em conta este desenho das situações puníveis, bastasse então que se alargasse a punição, no caso do homicídio, à prática de atos preparatórios (à semelhança do que ocorre em vários crimes graves), se

crime de homicídio simples ou qualificado, convide, através de atos concretos exteriorizados, outra ou outras pessoas para o executar, sendo indiferente saber se houve ou não acolhimento da dita proposta, sendo punível com a pena correspondente à tentativa desse crime.» A concreta formulação teria de ser bem ponderada, podendo, em nossa perspetiva, ser semelhante a esta; poderia ainda incluir a punibilidade do aliciado, desde que este praticasse já atos preparatórios do crime; já quanto à punibilidade admitimos que a pena pudesse/devesse ser algo inferior à da tentativa de homicídio, considerando, apesar de tudo, a menor perigosidade da conduta (menor proximidade do perigo), atendendo ao princípio da proporcionalidade.

⁶⁶ Reconhecemos, assim, a importância dos argumentos de DIAS (2007), pp. 840 e 841, § 37, considerando que a «punibilidade do campo prévio... deve, de um ponto de vista político criminal, ser evitada até ao limite; e que, quando não possa sê-lo, deve ser guardada para casos especialmente graves e rigorosamente definidos, v.g., para casos de criminalidade altamente organizada ou transnacional». Porém, cremos que esta punição antecipada também fará sentido no caso de aliciamentos para matar, exatamente tendo em conta a gravidade da situação, devendo a norma em causa ser clara e rigorosa.

⁶⁷ Assim, não se trataria de uma «reedição» do art. 31.º do Projeto de EDUARDO CORREIA, mas de um âmbito de punibilidade mais restrito.

considerarmos que as instruções do mandante já podem ser consideradas atos preparatórios.

Por fim, coloca-se a questão de saber se uma solução deste tipo – punindo o aliciamento consistente, documentado, ou os atos preparatórios de homicídio – deveria alargar-se a outros crimes graves (para além, evidentemente, dos casos de antecipação de tutela penal já previstos na nossa lei penal).

Poderia pensar-se ainda em idêntica solução por nós sugerida para o «aliciamento para matar» relativamente aos crimes contra as pessoas e de perigo comum puníveis (limite máximo) com uma pena superior a 8 anos, considerando que a partir deste limite já estamos perante uma criminalidade grave. Tudo isto pode e deve ser discutido e repensado.

Porém, deve salientar-se que os casos que têm chegado a tribunal, com os contornos descritos, referem-se a homicídios, sendo neste âmbito que, no momento presente, se faz sentir a urgência de uma alteração legislativa. Um direito «com os pés na terra»⁶⁸ deve partir da realidade e das necessidades concretas⁶⁹ que esta evidencia para a conceitualização e a criação legal.

Bibliografia

- ALMEIDA, Carlota Pizarro / ALMEIDA, Duarte d', *Direito Penal I – Colectânea de Jurisprudência*, II, Almedina, 2002.
- ANDRADE, Manuel da Costa, «A dignidade e a carência de tutela penal como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime», *Revista Portuguesa e Ciência Criminal*, Ano 2, Fasc. 2, 1992, pp. 173 e ss.
- Atas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal. Parte Geral*, vol. I, 1963.
- BRANDÃO, Nuno, «Pacto para Matar: Autoria e Início de Execução», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 18, n.º 4, out.-dez., 2008, pp. 531-605.
- CARVALHO, Américo Taipa de, «Anotação ao art. 153.º», in *Comentário Conimbricense do Código Penal* (dirigido por Jorge de Figueiredo Dias), Tomo I, Coimbra Editora, 2012.
- CORREIA, Eduardo, «Problemas Fundamentais da Comparticipação Criminosa», *Revista de Direito e Estudos Sociais*, ano IV, 1948, n.ºs 3 e 4, pp. 1 e ss.

⁶⁸ KLUG fala de um imperativo de permanecer «fiel à terra» *apud* ANDRADE (1992).

⁶⁹ Salientando também que a «exigência urgente» de tipificação destas situações resulta «do número de casos que emergem no tecido social, dos casos julgados pelos Tribunais e da resposta da Doutrina, que, perante tais casos quer ver reconhecida a categoria do aliciamento, apesar da falta de respaldo legal desta categoria...», MONTEIRO (2014), ponto 17.

- COSTA, António M. de Almeida, *Ilícito Pessoal, Imputação Objectiva e Comparticipação em Direito Penal*, Almedina, 2014.
- COSTA, José Francisco de Faria, *O Perigo em Direito Penal*, Coimbra Editora, 1992.
- COSTA, José de Faria, «Anotação ao art. 139.º», in *Comentário Conimbricense do Código Penal* (dirigido por Jorge de Figueiredo Dias), Tomo I, Coimbra Editora, 2012.
- CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, *Constituição e Crime – uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*, UCP, Porto, 1995.
- CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, «Da criminalização do “grooming”: reflexões à luz do “livre desenvolvimento da personalidade do menor na esfera sexual”», *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Manuel da Costa Andrade* (Org. José de Faria Costa et al.), Instituto Iuridico, Universidade de Coimbra, 2017, Vol. I, pp. 399-418.
- DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal – Parte Geral*, Coimbra Ed., 2007.
- DIAS, Jorge de Figueiredo, «Anotação ao art. 299.º», in *Comentário Conimbricense do Código Penal* (dirigido por Jorge de Figueiredo Dias), Tomo II, Coimbra Editora, 1999.
- FARIA, Paula Ribeiro de, *Formas Especiais do Crime*, UCEditora, Porto, 2017.
- FORTI/SEMINARA/ZUCALÀ, *Commentario Breve al Codice Penale*, 17.ª ed., Wolters Kluwer, CEDAM, 2016.
- LISZT, Franz Von, *Tratado de Derecho Penal*, 3.ª ed., Instituto Editorial Rens.
- MONIZ, Helena, «Anotação ao art. 297.º», in *Comentário Conimbricense do Código Penal* (dirigido por Jorge de Figueiredo Dias), Tomo II, Coimbra Editora, 1999.
- MONIZ, Helena, «Anotação ao art. 298.º», in *Comentário Conimbricense do Código Penal* (dirigido por Jorge de Figueiredo Dias), Tomo II, Coimbra Editora, 1999.
- MONTEIRO, Isabel Trocado, *Proposta de Homicídio: Da punibilidade da tentativa do autor mediato e do instigador na criminalidade e no âmbito dos delitos de domínio*, Repositório Institucional da UCP, Porto, maio de 2014.
- MORÃO, Helena, *Da Instigação em Cadeia. Contributo para a Dogmática das Formas de Comparticipação na Instigação*, Coimbra Editora, 2006.
- MUNOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal – Parte General*, tirant le blanch libros, Valencia, 2015.
- PALMA, Maria Fernanda, *Da «Tentativa Possível» em Direito Penal*, Almedina, 2006.
- ROXIN, Claus, «Resolução do facto e começo de execução na tentativa», in *Problemas Fundamentais de Direito Penal*, 3.ª ed., Veja, 2004.
- ROXIN, Claus, *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, 7.ª ed., Marcial Pons, 2000.
- ROXIN, Claus / VALDÁGUA, Conceição, «Figura central, aliciamento e autoria mediata», *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, I, Coimbra Ed., 2001.
- SCHONKE/SCHODER, *Strafgesetzbuch – Kommentar*, C. H. Beck, 30. Auflage, 2019.
- SMITH, Hogan / ORMEROD’S, David / LAIRD, Karl, *Criminal Law*, 15.ª ed., Oxford University Press, 2018.
- VALDÁGUA, Conceição, «Autoria mediata em virtude do domínio da organização ou autoria mediata em virtude da subordinação voluntária do executor à decisão do agente

mediato?», in *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias* (org. Manuel da Costa Andrade *et. al.*), Coimbra Editora, 2003, pp. 651-672.

Jurisprudência

Acórdão do STJ de 18/6/2009 (Pires da Graça) – *DR*, 139, 2009, pp. 4566-4599.

Acórdão do TRP de 10/2/2016 (Nuno Ribeiro Coelho), in www.dgsi.pt.

Acórdão do STJ de 24/5/2017 (Pires de da Graça), in www.dgsi.pt.

Acórdão do STJ de 16/10/2008 (António Colaço), in www.dgsi.pt.

Acórdão do TRC de 12/9/2007 (Gabriel Catarino), in www.dgsi.pt.

A responsabilidade pela confiança (por ocasião do cinquentenário do Código Civil)

MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA*

1. Introdução: a oportunidade do tema na hora de um balanço dos 50 anos do Código Civil

Encontramo-nos no rescaldo das comemorações dos 50 anos do Código Civil. E, apesar do muito que se reflectiu sobre a evolução, tanto das necessidades reveladas pela experiência de cinco décadas de aplicação do Direito, como da própria ciência jurídico-civilística, desde a entrada em vigor do Código, haverá ainda espaço para nos debruçarmos sobre a responsabilidade pela confiança. Poucos são os temas que, como este, se prestam tanto a uma ponderação do Código Civil, à distância de cinco décadas, pois talvez nenhum outro tenha modernamente sido tão discutido e agite tanto o direito civil vigente.

À sua sombra se deram no passado recente provavelmente os mais importantes esforços de construção sistemática geral do direito civil. Não estão em causa meros aprofundamentos de institutos conhecidos, alguns vetustos e amplamente provados, ou simples aperfeiçoamentos de soluções no essencial já alcançadas. Em jogo encontra-se antes uma linha muito ampla de reinterpretção do direito civil, o seu enriquecimento com um vector sistemático de grande dimensão e a dinamização do seu sector mais móvel, constituído por cláusulas gerais e conceitos indeterminados fortemente explorados pela jurisprudência portuguesa dos últimos anos.

A responsabilidade pela confiança não está *qua tale* prevista e regulada no Código Civil. Certamente que a necessidade, em geral, de uma tutela das expectativas não passou despercebida aos autores do Código: os trabalhos preparatórios mostram que ela inspirou realmente a consagração de

* Por opção do Autor, o presente artigo não segue o acordo ortográfico.

* Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

regimes jurídicos diversos. Mas não se encontra no Código uma disciplina unificada e estruturada em torno de princípios comuns.

A tutela das expectativas seguiu portanto um rumo inorgânico e descoordenado. No que concerne particularmente à «responsabilidade» pela confiança, se se descontar a excepção muito limitada do art. 81.º, n.º 2, em parte alguma se encontra uma regra que formule *com clareza* a necessidade de indemnização quando se defraudam expectativas criadas. E muito menos um preceito de alcance geral.

O descortinar de afloramentos (ocultos) dessa responsabilidade no Código requer, de facto, a mediação de um pensamento dogmático-reconstrutivo dos critérios normativo-positivos. No entanto, a atenção metódica da doutrina portuguesa em relação à confiança haveria de ter de esperar algum tempo sobre a sua entrada em vigor. Abstraindo de registos episódicos e, numa perspectiva temporal mais alargada, menos significativos, apenas na década de oitenta o problema da responsabilidade pela confiança irrompe no panorama jurídico nacional.

Avultam dois nomes: Baptista Machado, com os seus estudos na prestigiada *Revista de Legislação e de Jurisprudência*; e Menezes Cordeiro, no âmbito da sua marcante dissertação de doutoramento dedicada à boa fé (reconduzindo a confiança à boa fé e explicitando esta, em larga medida, através do pensamento da protecção das expectativas).

No direito comparado, mesmo além-Reno, o interesse pela protecção da confiança é também relativamente recente. O mais célebre estudo do tema, unitário e sistematizado, coube a Canaris na sua monumental *Vertrauenshaftung*.

É verdade que essa obra, datada de 1971 e, portanto, posterior já ao Código Civil português, se cinge àquilo que comodamente se pode apelidar a tutela «positiva» das expectativas, isto é, à protecção das expectativas mediante o reconhecimento ao confiante de uma pretensão a ser colocado na situação correspondente à verificação daquilo em que acreditou. Por outras palavras, Canaris deixou na sombra a tutela do sujeito através do reconhecimento de uma indemnização destinada a ressarcir o chamado dano de confiança, isto é, o prejuízo que ele não teria sofrido se não tivesse acreditado.

Apesar de tudo, Canaris delineou também – sobretudo em outros estudos – uma concepção básica da tutela (tão-só) indemnizatória das expectativas (dita «negativa»), que rapidamente foi absorvida pela prática dos tribunais germânicos e concitou o interesse da comunidade académica, galgando depois as fronteiras do país de origem.

De então para cá, a tutela da confiança não parou de desencadear estudos e tomadas de posição. Muitas têm sido favoráveis, assumindo ou prolongando pressupostos básicos da construção de Canaris. Outras porém apresentam-se extremamente críticas, como, uma década volvida sobre a *Vertrauenshaftung*, a alternativa da «autovinculação sem contrato» que Köndgen ensaiou com inegável virtuosismo ou a perspicassíssima articulação das modalidades da imputação de danos em função da ligação especial tentada por Picker.

Nos últimos tempos avolumaram-se as resistências a uma responsabilidade pela confiança dogmaticamente autónoma; especialmente por força de concepções que irradiam do terreno delitual com a pretensão de subsumir aos quadros da responsabilidade aquiliana a tutela das expectativas.

Mas também é verdade que, pelo menos à primeira vista – se bem que, em nosso entender, não de modo necessário na substância –, a doutrina da confiança logrou influenciar linguisticamente alguns preceitos da reforma do direito das obrigações alemão de 2002.

Todo este debate interessa ao espaço jurídico português, onde tem recrudescido o interesse pela responsabilidade pela confiança. Por um lado, sobretudo a partir da década de oitenta e sob o influxo dos atrás citados estudos pioneiros, há uma dinâmica jurisprudencial muito viva – hoje incontornável! – que usa e invoca com abundância o pensamento da tutela das expectativas, nomeadamente recorrendo à boa fé e às cláusulas gerais que a consagram (como o abuso do direito e a regra da conduta de boa fé na formação e na execução do contrato).

Por outro lado, intensificou-se na doutrina a convicção de que a confiança tem um importante papel a desempenhar na resolução de modernos problemas de responsabilidade; sobretudo daqueles que se não deixam subsumir facilmente nos quadros da *summa divisio* tradicional entre contrato e delito.

A este interesse pela responsabilidade pela confiança não é portanto alheia a sua versatilidade para superar limitações postas pelas modalidades principais da imputação de danos e reconstruir de algum modo o seu universo. Daí o fascínio do tema.

Não obstante, a fluidez com que ele se apresenta estruturado tem levado também a fortes críticas quanto à sua capacidade jurídica operativa, tanto do ponto de vista de uma estruturação jurídica suficiente, como na perspectiva da controlabilidade racional das decisões proferidas com base nele. Objecções tão sérias e reiteradas que por pouco não pareceram fazê-lo submergir.

Não espanta, por isso – considerando pertinentemente os abusos que o pensamento da protecção da confiança não tem conseguido evitar –, o surgimento de vozes críticas, recusando à protecção da confiança o carácter de princípio geral do ordenamento e confinando-o àquelas situações em que efectiva e demonstradamente eles inspiraram, por vontade da lei, soluções específicas e concretas; negando-lhe, portanto, virtualidades gerais no domínio do desenvolvimento *praeter legem* do Direito. É a tónica presente em autores de referência como Oliveira Ascensão, Sinda Monteiro ou Ferreira de Almeida.

Este o panorama actual da doutrina portuguesa.

O lugar da responsabilidade pela confiança, tanto na prática dos tribunais, como na discussão dos autores, justifica o que nos propomos hoje: mostrá-la no amplo cenário que o Código Civil nos oferece, e considerando aquilo que o seu tempo de vigência acrescentou à nossa experiência jurídica. Sem nos furtarmos a um juízo sobre o debate instalado a seu propósito.

2. A responsabilidade pela confiança como modalidade da tutela das expectativas

Importa começar por identificar convenientemente o nosso tema. Interessa-nos a responsabilidade pela confiança, no sentido estrito e rigoroso do desencadear de consequências indemnizatórias em virtude da frustração de expectativas.

Ela constitui apenas uma modalidade da tutela da confiança. Não se assimila ao estabelecimento e à imputação, a alguém, de efeitos de protecção *in genere* de expectativas acalentadas por outrem. Como a parte se não confunde com o todo.

Assim, importa distingui-la da tutela da aparência. Nesta última, a ordem jurídica determina a colocação do sujeito na situação correspondente à confiança que teve, apesar de não estarem verificados os requisitos de que dependia a produção da consequência em causa; em homenagem justamente à verosimilhança da sua crença na existência de tais pressupostos (ou na inexistência de nada que indicasse a sua não verificação).

No Código Civil encontram-se exemplos relativamente abundantes deste tipo de tutela das expectativas: além do «clássico» casamento putativo, a inoponibilidade da simulação a terceiros de boa fé (art. 243.º), a protecção de terceiros perante a nulidade ou anulação do negócio (art. 291.º),

a protecção de terceiros contra a anulação de deliberações de assembleias de associações já executadas (art. 179.º), a eficácia do pagamento feito a credor aparente pelo devedor que desconhecia a cessão (art. 583.º), etc.

Em todos estes casos, a protecção da aparência garante a produção de efeitos a declarações negociais perante terceiros. Como eles mostram, ela serve particularmente para matizar as consequências da invalidade ou da ineficácia dos negócios. Com vista a esse fim, do ponto de vista técnico ressalta o uso pelo legislador da locução «boa fé», tomada em sentido subjectivo e inserida num mecanismo de inoponibilidade do vício a quem se encontrava nessa situação.

Mas pode proteger-se ainda terceiros na sua convicção acerca da própria perduração (no presente) de declarações negociais. É disso exemplo o art. 266.º, relativo às condições da oponibilidade a terceiros de modificações ou da extinção da procuração.

Similarmente, depara-se ainda a possibilidade de tutelar a convicção dos sujeitos quanto à própria existência de uma declaração negocial. Neste capítulo, discute-se entre nós a admissibilidade, os pressupostos e o enquadramento dogmático da procuração aparente para além dos casos contados em que é explicitamente reconhecida pela lei. Propõe-se já o aproveitamento para este efeito da cláusula geral do abuso do direito (Paulo Mota Pinto). Supomos no entanto que é preferível reconduzir o problema a uma tutela da confiança em declarações (autónoma construtivamente do abuso), não esquecendo, nesse mesmo âmbito, as virtualidades de uma «responsabilidade por declarações» (indenização pela confiança em declarações)¹.

Como quer que seja: na protecção da aparência está sempre latente a protecção do tráfico negocial (que se pode até considerar num sentido literal; o que está em causa é a tutela da credibilidade no «tráfico» do instrumento jurídico «negócio», quanto à sua existência, validade e eficácia).

Deve no entanto sublinhar-se o carácter necessariamente circunscrito desta forma de protecção da confiança. Nenhuma ordem jurídica pode substituir a realidade (da verificação dos pressupostos dos efeitos jurídicos que exige) pela mera tutela da subjectividade (daqueles que acreditaram na referida verificação).

Por muito importante que seja, para o Direito, a protecção da confiança dos sujeitos, não é esse, antes a justiça, o critério básico do Direito: é a

¹ Cfr. M. CARNEIRO DA FRADA (2003), pp. 52 e ss., n. 41.

justiça que permite transcender meras subjectividades e escolher entre elas, quando elas conflituam.

Em princípio, há assim que requerer uma previsão legal específica para que a aparência de certos pressupostos seja suficiente para o desencadear dos efeitos correspondentes. Fora desse condicionalismo a sua protecção apenas se afigura admissível dentro de limites muito estreitos.

A necessidade, porém, de transcender, nalguns casos, as limitações de uma regulamentação avulsa e descoordenada – muitas vezes fruto de contingências históricas – como é a da tutela da aparência, bem como, sobretudo, a premência de admitir uma protecção das expectativas fora do âmbito de comportamentos estritamente declarativos – em que a confiança se dirige a uma declaração (de ordinário, negocial), à sua validade ou à sua existência – fez tomar consciência de uma protecção da confiança directamente por força de argumentos ético-jurídicos indeclináveis.

É o que ocorre há muito no nosso espaço jurídico com o *venire contra factum proprium*, figura que, mediante a recondução no plano juspositivo à cláusula geral do abuso do direito do art. 334.º, tem servido entre nós à jurisprudência, abundantemente, para tutelar as expectativas na congruência e na continuidade de um comportamento precedente. Tratando-se, na aplicação do art. 334.º, de precluir o exercício de posições jurídicas em contraditoriedade com comportamentos anteriores, existe uma tutela positiva de expectativas: o autor das expectativas fica impedido de as defraudar por um comportamento posterior, o que assegura a respectiva realização (e preservação em espécie).

E algo de similar se pode sem dúvida dizer a respeito da «neutralização» de posições jurídicas (*suppressio, Verwirkung*), em que é a não actuação de uma certa posição jurídica por um lapso dilatado de tempo que gera as expectativas (de não exercício da posição jurídica).

Esta acentuada dinamização jurisprudencial da cláusula geral do art. 334.º mostra que a protecção das expectativas é «direito vivo», parte constitutiva da ordem jurídica portuguesa «real»². Certo que essa protecção vem sendo concebida, ao abrigo dessa cláusula, como «positiva». Mas nada nesse preceito prejudica a possibilidade de arbitrar uma indemnização por *venire* ou por *suppressio*, como nada impede o reconhecimento

² Tratar-se-á de um desenvolvimento judicial do Direito (algo) «escondido», mas autêntico e que importa tematizar frontalmente [cfr., a propósito, as pertinentes considerações de C. MONTEIRO PIRES (2018), esp. pp. 12-13].

de que na base de uma tutela indemnizatória possam estar imperativos ético-jurídicos.

3. Manifestações da responsabilidade pela confiança: uma breve sinopse

De qualquer modo, ainda que fora do quadrante do abuso do direito, a responsabilidade pela confiança é hoje reclamada na doutrina e amplamente aceite na jurisprudência como integrante do direito civil vigente.

Vê-se nela – sobretudo no estrangeiro, mas também entre nós – uma doutrina geral, base até de uma modalidade autónoma de responsabilidade, em larga medida construída *praeter legem*.

De facto, têm-lhe sido reconduzidas, no todo ou em parte, hipóteses que ultrapassam o âmbito da responsabilidade contratual, mas relativamente às quais se sente também uma certa desadequação das normas delituais e do paradigma aquiliano da imputação de danos; regra geral, por se tratar de constelações que, transcendendo embora o «perímetro» do contrato, demarcado pelas respectivas declarações negociais, se situam em todo o caso na antecâmara ou na órbita desse acordo.

Estão em discussão, por exemplo, áreas importantes da responsabilidade por informações, a compreensão da responsabilidade por prospecto ou a construção da responsabilidade por mensagens publicitárias. Acrescente-se, ainda *colorandi causa*, a responsabilidade por cartas de conforto, bem como a dos sujeitos em ligações correntes de negócios ou no âmbito de relações duradouras. Mais perto ainda, sobretudo após a crise mundial de 2008 e, recentemente, os fragorosos colapsos de instituições financeiras entre nós, temas como os da responsabilidade dos bancos e dos intermediários financeiros têm florescido amplamente graças também ao pensamento da protecção da confiança.

Está predominantemente em causa o desenvolvimento que a *culpa in contrahendo* e o direito das perturbações na execução do contrato têm experimentado por forma a acompanhar as exigências de uma équa e justa distribuição dos danos nesses sectores, o seu constante alargamento – em benefício de terceiros ou para responsabilizar terceiros –, desenvolvimento essa que se tem feito notoriamente à sombra do pensamento da confiança.

Em jeito de súpula: o pensamento da confiança assume uma eficácia que ora é interpretativa (ou reinterpretação), das normas de responsabilidade, ora concretizadora dos seus conceitos indeterminados, ora mesmo complementadora, intervindo então para além de tais normas.

Há soluções de litígios que são obtidas por subsunção directa a normas do Código Civil, interpretadas ou concretizadas embora, na jurisprudência, em conformidade com a doutrina da confiança.

Outras vezes, apesar da existência, em certos sectores, de regulamentação específica – como na responsabilidade por prospecto ou por mensagens publicitárias –, o pensamento da tutela das expectativas intervém para colmatar as lacunas ou as ambiguidades de tais regimes: via de regra, amparado ainda, mesmo que mais longinquamente, em normas do Código Civil também dilucidadas à luz desse pensamento, que se invocam para realizar plenamente na fundamentação das decisões o postulado da vinculação à lei.

4. Objecções à doutrina da confiança e linhas gerais da sua reconstrução dogmático-crítica

Mas poderão subscrever-se todos estes desenvolvimentos?

Tudo depende do juízo que mereça a responsabilidade pela confiança, avaliando-se as críticas que lhe têm sido dirigidas, ao arrepio de uma evolução doutrinal globalmente favorável e de um inquestionável reconhecimento jurisprudencial.

A resposta a esta questão é, simultaneamente, a resposta ao problema da autonomia da responsabilidade pela confiança relativamente às modalidades básicas da responsabilidade civil consagradas na lei civil.

Há, com efeito, uma crítica geral e de fundo ao pensamento da confiança: a omnipresença desta no mundo tutelado pelo Direito, pelo que ela só poderia relevaer em conjunto com outros elementos, esses sim decisivos para a ponderação jurídica. Põe-se em evidência a falta de capacidade distintiva da própria confiança, inidónea para à sua luz se destrinçar as situações merecedoras de tutela daquelas que o não são.

Com este pano de fundo, objecta-se depois à doutrina da confiança que nas espécies relevantes não estaria em causa propriamente uma tutela de expectativas, mas sim, como em qualquer situação comum de responsabilidade, contratual ou aquiliana, a infracção de simples prescrições de comportamento justificadas pela necessidade de proteger interesses ou posições alheias (independentemente das representações dos sujeitos a tal respeito).

Dogmaticamente assistiu-se, ao menos num primeiro momento, a uma forte penetração do quadrante delitual, o que bem se explica: existe há muito a convicção de que fenómenos de responsabilidade ligados à *culpa*

in contrahendo, à disponibilização de informações, à emissão de prospecto ou à actividade publicitária, por exemplo, transcendem o âmbito da responsabilidade obrigacional, por muito amplamente que se trace o respectivo domínio. Para a tal corrente delitual, a responsabilidade pela confiança não representa em rigor senão um desenvolvimento espúrio da tutela aquiliana de bens jurídicos: bem vistas as coisas, toda a problemática da responsabilidade pela confiança se lhe reconduziria afinal.

Semelhante posição preserva o esquema de responsabilidade traçado no Código Civil, pois onde não chega a responsabilidade obrigacional teremos uma imputação delitual capaz de responder às necessidades.

Outros entendimentos, mesmo que não enfileirem num certo delitualismo, permitem manter também a esquadria originária do Código Civil. Assim, é sustentável que o recurso a uma responsabilidade pela confiança dogmaticamente autónoma se torna desnecessário e desadequado por as várias questões relevantes obterem já resolução no seio de institutos civis consagrados (sem necessidade de recondução a um princípio superior, dogmaticamente independente e auto-suficiente). Pense-se na *culpa in contrahendo*: não bastará a remissão para os deveres de conduta segundo a boa fé, sem necessidade de invocar uma tutela da confiança?

É diferente, neste aspecto, a posição de Picker, sagaz e original. Afirmando com convicção que as necessidades a que a doutrina da confiança visa responder não podem ser satisfeitas dentro da diferenciação tradicional do direito da responsabilidade entre contrato e delito, rejeita todavia uma responsabilidade pela frustração das expectativas. Em vez dela pretende que devem reconhecer-se como gerais certas soluções aceites sobretudo no âmbito da *culpa in contrahendo* e do cumprimento defeituoso. A responsabilidade teria uma natureza basicamente homogénea – nas modalidades em causa, derivada sempre da infracção a deveres de conduta – e deveria, isso sim, afirmar-se uma mera distinção de planos, entre a responsabilidade no âmbito das ligações especiais e a imputação delitual, mais limitada. Não haveria espaço para a confiança.

Que dizer então da reserva do Código Civil a respeito da indemnização por frustração de expectativas? A questão de saber como valorar o facto de não prever com carácter de generalidade uma imputação de danos baseada na defraudação da confiança acalentada coloca-nos perante o mérito da doutrina da tutela das expectativas face às objecções que tem tido de enfrentar.

Não é possível alongarmo-nos aqui. Referiremos apenas que, na perspectiva de uma reconstrução dogmático-crítica desta responsabilidade³, certamente necessária, as objecções acima expostas à doutrina da confiança têm, em nosso juízo, uma resposta convincente.

Brevemente: quanto à onnipresença da confiança no Direito, importa reconhecer que criá-la ou garanti-la é uma preocupação geral de qualquer ordem jurídica. Sem excessos (advertimo-lo!), pois ao Direito há-de sempre interessar mais a substância – se se quiser, a justiça intrínseca das soluções – do que as representações individuais acerca da existência e conteúdo das posições jurídicas de que os sujeitos se arrogam (garantir as suas convicções pessoais).

Ao mesmo tempo, importa proceder a uma destrição clara entre aquilo que é o fim estratégico de uma norma e o que representa, pelo contrário, a sua *ratio iuris*; diferenciar, se se quiser, entre o efeito e a causa da regulação jurídica. Esta é que é relevante para a questão da autonomia dogmática. O objectivo de uma norma pode consistir na defesa ou na promoção de expectativas, ou pelo menos inclui-las. O que interessa no entanto é saber qual o fundamento jurídico da solução jurídica prevista.

Por via desta discriminação fica efectivamente aberta no plano dos princípios a possibilidade de uma protecção das expectativas dogmaticamente autónoma, que será de afirmar sempre que sejam as expectativas em si – e não outros factores – a (autêntica) «causa» da responsabilidade civil.

Que nem todas as expectativas podem ser protegidas é uma evidência. Cabe com certeza ao Direito seleccioná-las. Mas, quando o faz, não convola necessariamente o fundamento da protecção. As condições de atendibilidade das expectativas – de que a «ligação especial» é porventura a mais importante – não se confundem com a causa da regulação jurídica instituída. O facto de o princípio da protecção da confiança se apresentar subordinado a certos requisitos não colide com que o vero fundamento da responsabilidade seja constituído pela defraudação dessas mesmas expectativas.

Por isso, o que há a fazer é indagar com cuidado, diante de uma dada norma ou situação de responsabilidade, qual o verdadeiro fundamento do regime instituído, da obrigação de indemnizar. Onde for a frustração das representações ou convicções do sujeito, há efectivamente uma

³ Ensaíamos essa reconstrução no nosso *Teoria da Confiança...* (2003), *passim*, para onde temos agora de nos limitar a remeter.

responsabilidade pela confiança. Fora desse caso, a invocação respectiva é ilegítima.

Afastadas portanto as objecções de partida a uma responsabilidade deste tipo, a crítica só pode incidir sobre a especificação das autênticas situações de responsabilidade pela confiança.

Permanecem no entanto muitos aspectos por esclarecer. A responsabilidade pela confiança, muito embora de aceitar, individualiza-se dogmaticamente das demais formas de imputação de danos? Que funções correspondem ao seu perfil? Quais os seus requisitos? Qual a estrutura essencial em que eles se combinam?

É inviável responder agora com pormenor a semelhantes interrogações. Diga-se simplesmente que estamos persuadidos de que uma adequada reconstrução dogmático-crítica da indemnização das expectativas conduz àquilo que apelidámos uma *teoria pura da confiança* na responsabilidade civil, se se quiser, a uma responsabilidade «pura» pela confiança.

Nesta nossa concepção, há traços que a identificam de forma inconfundível. Apontem-se alguns:

- 1.º A responsabilidade pela confiança distingue-se com nitidez da imputação de prejuízos fundada na violação de prescrições de comportamento – como a aquiliana ou a obrigacional – porque nestas a frustração das expectativas não é *qua tale* relevante, sendo antes decisiva a infracção da *regula agendi*;
- 2.º Por isso se diferencia também da responsabilidade por violação da regra de conduta segundo a boa fé; esta exprime determinadas exigências de natureza ético-jurídica que se colocam ao comportamento dos sujeitos; a necessidade de observar expectativas alheias não releva aqui por si mesma, antes e apenas enquanto manifestação, a par de muitas outras, de um *civiliter agere*;
- 3.º Não existe nenhum dever genérico de respeitar a confiança alheia; assim, como figura geral, a responsabilidade pela defraudação da confiança só pode ser construída enquanto responsabilidade por um facto (em princípio) lícito, de índole meramente compensatória, destinada a corrigir, em situações que devidamente o justifiquem, a injustiça derivada do prejuízo causado pela frustração de expectativas que o sujeito acalentou em outrem;
- 4.º A responsabilidade pela confiança protege a coordenação de condutas entre os sujeitos; reconhece e implica uma noção de causalidade vinculada ao agir e à prudência humana, apresentando-se

os seus requisitos como tradução jurídica da razão prática daquele que se autodetermina e das suas exigências; a noção de «ligação especial», enquanto instrumento dogmático-operativo da responsabilidade pela confiança, está vinculada a este entendimento;

- 5.º Concebida deste modo, a responsabilidade pela confiança constitui um «quarto trilho» de responsabilidade, intercalado entre contrato e delito e ao lado da responsabilidade por violação da regra da conduta de boa fé (se se quiser ver nesta uma «terceira pista» de responsabilidade).

Facilmente se deduz que semelhante responsabilidade é inconfundível entre as modalidades da responsabilidade civil; e que nem a imputação de danos por violação de obrigações nem o direito delitual são capazes de traduzir juridicamente a sua especificidade.

Quanto à responsabilidade aquiliana, não se trata só do facto de ela não cobrir em princípio os danos primariamente patrimoniais – com boas razões, como mostrou entre nós Sinde Monteiro⁴ –, sabido que o prejuízo ocasionado tipicamente pela frustração das expectativas representa efectivamente um dano desse género. Mais do que isso, é a própria estrutura de ambas estas responsabilidades que se revela inidónea no seu conjunto para captar o *quid* distintivo desta responsabilidade. Por isso, a responsabilidade pela confiança não corresponde nem implica uma mera correcção marginal da regulamentação legal da responsabilidade delitual ou obrigacional.

5. Algumas reordenações dogmáticas

Isto posto, importa efectivamente reconhecer que, à luz de uma responsabilidade pura pela confiança, muitas das situações vistas na doutrina como de indemnização por defraudação de expectativas não são configuráveis desse modo.

Um exemplo paradigmático disso proporciona-o a *culpa in contrahendo*. Os ditames da boa fé aos quais as partes estão vinculadas significam a necessidade de um agir correcto e honesto. A responsabilidade pré-contratual não visa ressarcir em si expectativas alheias, embora contribua para assegurar um clima de confiança durante as negociações (a confiança no *civiliter agere*, pois há sanções acopladas à sua infracção).

⁴ Cfr. J. SINDE MONTEIRO (1989), esp. pp. 187 ss.

A obrigação de indemnizar não depende constitutivamente da confiança alheia, antes se destina justamente a garantir a possibilidade dessa confiança. Não requer que esta exista de facto; desencadeia-se logo com a infracção do dever.

Assim, um dever de informação pré-contratual não fica arredado só porque o seu beneficiário duvida ou descrê de que a outra parte cumprirá aquilo que a ordem jurídica lhe possa impor na matéria. *Mutatis mutandis*, quanto aos deveres de lealdade ou de protecção da integridade física ou patrimonial. Se se demonstra objectivamente infringida uma adstrição desse tipo, há indemnização; as expectativas do lesado, ou a sua ausência, não alteram o fundamento da responsabilidade, que é diferente.

Estas observações podem transplantar-se para o período da execução do contrato, já que a regra da conduta de boa fé se aplica aqui de forma semelhante. Também os deveres de lealdade, de esclarecimento, de proporcionalidade ou de cuidado para com a integridade do património alheio, vigentes no período posterior à celebração do contrato geram, quando violados, a obrigação de indemnizar, e o fundamento da responsabilidade não é então a ofensa a expectativas porventura existentes.

Generalizando: em todas as situações nas quais se apresenta infringido um dever de comportamento segundo a boa fé, aquilo que juridicamente se apresenta decisivo é a infracção de uma regra de conduta leal, proba ou honesta; não, por si e directa ou auto-suficientemente, a defraudação de expectativas. Estas só são tuteláveis na medida em que protegê-las possa ser uma exigência de um comportamento correcto, imposto pela consideração que outrem deve merecer (à luz de critérios ético-jurídicos em que a confiança nunca é o elemento suficiente ou juridicamente determinante).

Perfila-se assim com clareza a conclusão – já atrás apontada – de que a indemnização por infracção da regra da conduta de boa fé não é assimilável à responsabilidade pela confiança. Essa regra serve quando muito para prevenir expectativas infundadas, responsabilizando quem cria ou mantém indevidamente a confiança de outrem. Ilustram-na o dever de verdade e, onde existam, os deveres de esclarecimento *in contrahendo*. Nestes casos, no entanto, há apenas uma exigência do *civiliter agere*; enquanto tais, as expectativas não são protegidas por si mesmas.

Somos assim conduzidos a uma conclusão deveras heterodoxa, mas que em rigor parece incontornável: a regra da conduta de boa fé não pode ser reduzida dogmaticamente à protecção da confiança (não tem nela o seu derradeiro fundamento). A aplicação dessa regra, onde quer que ela

se formule, poderá ter, certamente, na sua base situações de confiança, mas não se resume à necessidade de as proteger. Decisiva é a valoração da conduta do ponto de vista da sua conformidade com padrões de comportamento ético-juridicamente correctos.

O exposto tem múltiplas consequências, repercutindo-se na formulação dos quadros de resolução de diversos problemas de responsabilidade, conexos com a emissão de declarações (como informações, prospectos ou mensagens publicitárias), ou ligados antes a comportamentos não declarativos (casos do *venire* ou da *suppressio*, cuja autonomia requer de igual modo a emancipação da violação de deveres impostos pela boa fé).

Todas as figuras de responsabilidade que floresceram ao abrigo da regra da boa fé – por exemplo, o contrato com eficácia de protecção para terceiros ou a *culpa in contrahendo* de terceiros – consentem discriminações dogmáticas consoante a confiança seja ou não o critério da indemnização.

Mas deve generalizar-se ainda mais: onde haja uma norma, qualquer que ela seja, que imponha ou vede comportamentos por razões que ultrapassam a mera necessidade de respeitar expectativas concretamente existentes, o fundamento da responsabilidade não é, rigorosamente falando, a confiança.

Veja-se o que ocorre com a responsabilidade contratual. Ela desencadeia-se com a violação de obrigações emergentes do contrato, como quer que perante essa eventualidade se tenha posicionado o sujeito atingido (por exemplo, a responsabilidade existe, mesmo que o credor de uma prestação se encontre «desenganado» quanto à disponibilidade de cumprimento do devedor).

É também isso que se verifica na responsabilidade delitual. Ela intervém quando se dá a violação de direitos alheios ou de interesses juridicamente protegidos, sem que importe saber aquilo que o lesado pensou ou representou (assim, se alguém é atropelado numa passeadeira, a questão não é seguramente de responsabilidade pela confiança).

Mutatis mutandis, a respeito da própria *culpa in contrahendo*, já referida, ou, acrescente-se, da *culpa post pactum finitum*. Também aqui há que destrinçar aquilo que são as exigências de comportamento expressas pela regra da conduta de boa fé da protecção das expectativas enquanto tais. Uma genuína responsabilidade pela confiança não se pode confundir assim com os aludidos institutos, na medida em que tributários dessa regra e por ela conformados.

A ruptura das negociações proporciona uma importante manifestação desta orientação, bem como da sua necessidade. Antes da celebração de um contrato não há, por definição, dever ou obrigação alguma de o concluir. Por isso, a responsabilidade (pela confiança) necessária para contrabalançar a desistência da celebração do contrato tem forçosamente de ser concebida como independente da violação de deveres, autónoma em relação ao disposto no art. 227.º Ela decorre de um facto indiscutivelmente lícito – a decisão de não contratar –, e tem carácter compensatório. A situação é é prototípica da responsabilidade «pura» pela confiança.

6. A responsabilidade pela confiança (reconstruída) no Código Civil

Identificados os traços de uma autêntica e genuína responsabilidade pela confiança, requer-se agora ver até que ponto ela é ou não efectivamente acolhida no direito vigente.

O Código Civil consagra na verdade alguns regimes que devem ser considerados afloramentos de tal responsabilidade.

Vamos concentrar-nos naqueles que são mais concludentes. De facto, por exemplo a responsabilidade por declarações não sérias do art. 245.º, n.º 2, ou a do proponente que, nos termos do art. 229.º, n.º 1, não comunicou imediatamente a não conclusão do contrato à outra parte ocorrida uma aceitação tardia, podem, abstractamente ao menos, acoplar-se também à infracção a um dever de comportamento (imposto pela boa fé *in contrahendo*). O teor literal de tais preceitos não o exclui. Embora a melhor interpretação de tais regimes, por razões sistemáticas mais profundas, pareça realmente apontar para uma imputação dos danos independente de culpa – e, logo, da violação de regras de agir –, nos moldes da teoria da confiança. (Arrastando consigo, em nome da coerência sistemática, a responsabilidade pela falta de consciência da declaração e depois, mais longinquamente, uma derivada da emissão de declarações inválidas ou ineficazes.)

Considerações parecidas valem para uma fundamentação da responsabilidade pela confiança no direito vigente através dos arts. 898.º e 908.º, respectivamente respeitantes à responsabilidade do contraente doloso perante a parte de boa fé na venda de bens alheios, e à do vendedor doloso de bens onerados perante o comprador. Na interpretação de tais preceitos é mister contar com a alternativa da *culpa in contrahendo* e da violação de deveres impostos pela boa fé, apesar das razões que militam em favor da responsabilidade pela confiança.

Os arts. 899.º e 909.º são porém vestígios muito nítidos de um regime de tutela das expectativas. A responsabilidade do vendedor neles prevista afigura-se com efeito derivada da frustração da confiança do comprador na aquisição, respectivamente, da propriedade de um bem ou de um bem sem ónus ou outras limitações anormais oponíveis ao comprador. Está coligada a uma invalidade do contrato celebrado, e é independente de culpa (mostrando assim a sua autonomia da violação de deveres). Este regime expande-se aliás largamente por todo o direito privado, a começar pelo direito civil; cfr., nomeadamente, o art. 939.º, o art. 425.º e o art. 578.º, n.º 1.

Outra norma que demonstra, elucidativamente, não ser a responsabilidade pela confiança, tal como a concebemos, desconhecida da ordem jurídica portuguesa, está contida no art. 81.º, n.º 2: aí se prevê, para o caso de revogação da limitação voluntária (legal) ao exercício de direitos de personalidade, a indemnização dos prejuízos causados às legítimas expectativas da outra parte. A revogação não é ilícita, sendo o ressarcimento das expectativas – confinado, naturalmente ao investimento de confiança – imposto a título compensatório.

Aponte-se também o disposto no art. 1172.º, relativo à indemnização por revogação do mandato. Tal revogação é em si lícita e susceptível de produzir efeitos, sem prejuízo da responsabilidade pela frustração das expectativas da outra parte na manutenção da relação. Mais uma vez estamos perante um regime modelar para uma série de situações, dotado de forte expansibilidade por todo o direito privado (cfr. art. 1156.º).

Para terminar este breve percurso por alguns lugares do Código Civil, refira-se ainda, como afloramento de responsabilidade pela confiança por frustração de expectativas em comportamentos futuros, o n.º 1 do art. 1594.º, que manda indemnizar as despesas e as obrigações contraídas na previsão do casamento em caso de rompimento da respectiva promessa. A retractação desta apresenta-se indiscutivelmente como lícita: a reparação do dano de confiança fundamenta-se na consideração do compromisso de casamento enquanto facto de confiança. No conjunto, o preceito é de resto bastante rico de ensinamentos a respeito do tipo de imputação de danos que nos ocupa.

Está portanto acima de dúvida que existem locais da lei civil que, muito embora desarticulados entre si, refraccionam a teoria da confiança e acolhem uma protecção indemnizatória das expectativas. Sem dúvida: o legislador não deu uma resposta global e genérica à questão jurídica neles envolvida. Mas demonstra-se que a tutela indemnizatória das

representações – independente da violação de deveres de conduta – está longe de constituir uma solução estranha ao nosso direito.

A impressão acentua-se se se observar que tem havido uma consagração jurisdicional da protecção das expectativas a coberto de normas de alcance muito vasto como as dos arts. 227.º, n.º 1, 334.º e 762.º, n.º 2. No âmbito destas cláusulas gerais e dos conceitos indeterminados que elas contêm, o juízo sobre o reconhecimento da responsabilidade pela confiança por parte do Código Civil implica uma análise crítica da concretização que eles têm merecido.

De qualquer modo, figuras como o *venire* e a «neutralização» são hoje parte integrante da ordem jurídica portuguesa: dificilmente se poderia negá-lo atendendo à quantidade de decisões judiciais que usam e aplicam estas figuras. Apenas têm é que ser interpretadas (reconstrutivamente) de acordo com as exigências de uma responsabilidade pela confiança autónoma; destrinchando-as realmente da violação dos ditames da boa fé, não obstante as conexões que possam apresentar.

Importa evidentemente aceitar que nem sempre se tem feito uma utilização devida do pensamento da tutela das expectativas. É, por exemplo, inaceitável que se queira dissolver dogmáticas precisas como a da sucessão de leis no tempo num mar amplo e indiferenciado de necessidade de protecção das expectativas.

Mas, rejeitando firmemente perversões e facilitismos (alias, meramente ilusórios), correctamente apreendido ou não, e reconduzido ou não às disposições pertinentes, esse pensamento representa hoje uma *ratio decidendi* real e válida de muitos conflitos jurídicos. Nessa medida constitui direito vigente.

7. A responsabilidade pela confiança como desenvolvimento do Direito

A interrogação sobre o mérito do reconhecimento da responsabilidade pela confiança na «prática jurídica» – se se quiser, na *law in action* – implica uma breve consideração dos requisitos que são susceptíveis de proporcionar a base de validade a um certo desenvolvimento do Direito.

É verdade que as disposições do Código Civil que consagram uma responsabilidade pela confiança têm um alcance circunscrito, mas podem ser alargadas nos termos gerais, pela via da analogia, a outras situações não contempladas. Exigências elementares de coerência do sistema pressionam aliás, fortemente, no sentido de tal alargamento. A heterogeneidade

daquelas disposições significa, para este efeito, uma vantagem: demonstra que a responsabilidade pela confiança não tem, *de lege lata*, fronteiras definidas e «lógicas», consistentemente queridas pelo legislador.

O que se pode discutir é se é viável decantar delas uma conclusão no sentido do acolhimento de certo princípio geral pelo direito positivo, apesar de insuficientemente explicitado; muito embora uma resposta negativa não prejudique a susceptibilidade de uma fundamentação, se se quiser suprapositiva, desse princípio.

Neste ponto, parece na realidade ser de reconhecer que, enquanto princípio de âmbito geral, a responsabilidade pela confiança carece de ser fundamentada para lá do plano normativo do Código Civil, de facto insuficiente, apesar de tudo, para o sustentar. Requer-se um procedimento de tipo indutivo, pelo qual se demonstre serem as suas regras, afinal, apesar do razoável raio de eficácia normativa que possuem, manifestações ou corolários de uma ideia muito mais vasta que efectivamente imponha a consideração da confiança.

Tal vale para a concretização, hoje rotina, de conceitos e cláusulas gerais do Código Civil no sentido da protecção da confiança. Este procedimento ultrapassa a literalidade dos preceitos em causa. Pode falar-se de um desenvolvimento concretizador para identificar o tipo de operação metodológica envolvida, distinguível em rigor daquele desenvolvimento *stricto sensu* situado «para além» da cobertura da lei (*praeter legem* em sentido próprio). Mas os contornos são fluidos, pois são essencialmente as mesmas operações e os mesmos critérios metodológicos que estão em causa.

Perguntemo-nos pois: será a evolução de que tratamos probante? Haverá justificação para aceitá-la, interpretando em conformidade o direito positivo vigente?

Para responder, há que penetrar nas condições de um legítimo desenvolvimento do Direito (como concretização de cláusulas gerais) e na derradeira justificação da responsabilidade pela confiança.

A legitimidade do desenvolvimento do Direito pode radicar em diversos factores (que o justificam): numa necessidade do tráfico jurídico, na natureza das coisas ou na força de um princípio ético-jurídico⁵.

Todos estes critérios confluem para o reconhecimento, via desenvolvimento do Direito, da responsabilidade pela confiança, no recorte atrás

⁵ Cfr. a lição de LARENZ (2014), pp. 588 ss.

delineado, como modalidade geral do direito da imputação de danos portugueses.

Uma nota muito breve sobre o assunto.

Sem prejuízo de não dever olvidar-se a convergência de vários critérios para os mesmos resultados, as necessidades do tráfico jurídico impõem, por exemplo:

- a aceitação de uma responsabilidade pela ruptura das negociações sem dependência de um critério de culpa, fora, portanto, da *culpa in contrahendo* e, genericamente, de um modelo de responsabilidade por violação de deveres de comportamento;
- uma responsabilidade «objectiva» por *venire* ou por «neutralização» (autónoma, como tal, da infracção de deveres de conduta); em nome da proporcionalidade, o *venire* (ou a *suppressio*) não gera apenas a preclusão de exercício, mas tem também consequências indemnizatórias, que serão de preferir enquanto satisfizerem adequadamente a necessidade de tutela dos sujeitos, apenas devendo ceder o passo a uma protecção «positiva» da confiança quando a indemnização não possa proteger suficientemente o lesado (princípio da proporcionalidade);
- *mutatis mutandis*, por exemplo, na procuração aparente, também susceptível de consequências indemnizatórias.

A natureza das coisas significa que há realidades de «estrutura do real», das pessoas e da sua acção, que condicionam uma regulamentação (excluem certas soluções e impõem outras). Mesmo quando não implica por si um certo desenvolvimento do Direito, configura de acordo com os padrões da realidade lógico-racional do Direito a respectiva compreensão, assegurando a sua congruência interna.

Assim, por exemplo, é derivada da natureza das coisas a consideração de que não existe um dever genérico de correspondência à confiança alheia, assim como que, por isso, a responsabilidade pela confiança será, via de regra, meramente compensatória.

Por isso, é (de novo) também da natureza das coisas (enquanto imposição da lógica jurídica) que a tutela indemnizatória das expectativas se cinja ao dano de confiança (o que mostra, do mesmo passo, fazer todo o sentido distinguir-se entre interesse contratual negativo e positivo).

Deste modo, a responsabilidade pela ruptura das negociações não abrange o dano da não celebração do contrato, como o investidor sugestionado por um prospecto não pode obter por via indemnizatória o ganho que

corresponderia à aquisição de um valor mobiliário com as características que admitiu; também aquele que foi enganado *in contrahendo* acerca das qualidades de uma coisa não pode, com base na responsabilidade pré-contratual por violação de um dever de verdade ou de esclarecimento, obter o ressarcimento do prejuízo de não ter adquirido uma coisa com os préstimos supostos.

Deriva ainda da natureza das coisas a preocupação de discriminar convenientemente entre a violação de deveres de comportamento e a responsabilidade pela frustração de expectativas, do que fluem inevitáveis consequências, por exemplo, para a compreensão do *venire* e da *suppressio*.

Finalmente, há princípios ético-jurídicos a impor desenvolvimentos do Direito. Pelo seu incontornável conteúdo material de justiça, tais princípios fundamentam autonomamente soluções jurídicas, sem necessidade de directa consagração no direito legislado.

É ético-jurídico o princípio segundo o qual, pelo menos em certas circunstâncias, uma pessoa deve indemnizar outrem pelo prejuízo derivado da defraudação de expectativas que lhe sejam imputáveis. Está em causa a dignidade humana, a (auto-)responsabilidade da pessoa incidível da sua autonomia.

Com certeza que este princípio carece de concretização e harmonização com regras e princípios diversos. Há portanto uma necessidade de conformação da sua operacionalidade dogmática, que é também a necessidade de conjugar e delimitar devidamente o seu âmbito de aplicação. A sua subordinação a condições ou pressupostos de relevância não prejudica contudo a sua característica de fundamento de consequências jurídicas. De facto não se vê como é que o Direito pode recusá-lo, pois parece que lidamos com um corolário da Ideia de Direito.

Ao contrário da responsabilidade pela violação de deveres de comportamento, que por se basear constitutivamente num propósito de prevenção, assenta numa causalidade de tipo naturalístico entre a conduta originadora do prejuízo e esse mesmo prejuízo, a responsabilidade pela confiança traduz a natureza prático-prudencial da acção humana. O tipo de causalidade a que apela dá o devido relevo ao facto de haver uma acção humana voluntária de permeio entre a conduta daquele a quem é imputado o dano e esse mesmo dano (a conduta de acreditar e de, com base na confiança, fazer um investimento de confiança).

A ordem jurídica não pode ficar insensível a esta perspectiva, juridificando-a em nome da profunda raiz filosófico-antropológica que

lhe subjaz: é a interpretação jurídica da interacção humana, livre, ainda que induzida, é o respeito integral das «características genuinamente humanas» dessa interacção, que está em jogo.

No ordenamento jurídico português existe assim, no que concerne à responsabilidade pela confiança, uma lacuna «de Direito» (uma incompletude face ao Direito e às suas exigências). Colmatá-la é não só necessário como inteiramente justificado. Tal implica actuar num plano que suplanta o próprio plano da lei, pois esta lacuna não é meramente teleológica ou normativa. Tendo um fundamento ético-jurídico, o desenvolvimento do Direito não pode ser sustado a pretexto de não haver necessidade de regulamentação por já haver (eventualmente ou em parte) hipóteses alternativas de sucesso de uma responsabilização de outrem.

Diremos, pois, e em síntese, que o Direito não pode deixar de proteger a confiança; que a sua tutela é uma exigência indeclinável da juridicidade, implicada na Justiça que constitutivamente o informa; que ela não se deixa aprisionar nas limitações de previsão dos direitos positivos historicamente moldados. O seu espaço concreto de operatividade depende, naturalmente, da amplitude do seu reconhecimento pelo sistema e da eficácia dos meios alternativos de tutela dos sujeitos, mas o pensamento da confiança encontra-se pronto a proporcionar-lhes protecção, se necessário, em nome de um estado de necessidade ético-jurídico perante as insuficiências de tais meios.

8. Mérito ou demérito do Código Civil?

Impõe-se, para concluir, uma apreciação: se assim é, se a responsabilidade pela confiança se apresenta incontornável para o direito português, terá o legislador civil de 1966 andado bem ao não prover para ela uma previsão ou regulamentação genérica?

A nossa resposta é afirmativa. Partamos do pressuposto de que a visão que demos da responsabilidade pela confiança é correcta. Mesmo assim, importa lembrar que se não pode avaliar um Código à luz de dados e aquisições da ciência jurídica posteriores à sua elaboração.

O avanço do Direito dá-se habitualmente por impulsos descontínuos, mediante descobertas jurídicas dificilmente antecipáveis.

O mais que se pode exigir a um Código é que se situe ao melhor nível da doutrina jurídica vigente à data da sua elaboração; e que não tolha desnecessariamente os desenvolvimentos que ela inelutavelmente

virá a sofrer. Fruto da grande mestria dos seus autores, neste ponto nada se pode censurar ao Código.

Mas pode ir-se mais longe.

Uma das vantagens do Código Civil de 1966 é, neste campo, a de não obstaculizar o desenvolvimento da doutrina da confiança. Nada no seu texto aponta para a consagração de um *numerus clausus* dos fundamentos e das modalidades da responsabilidade civil.

Por outro lado, há que reconhecer que teria sido difícil a regulamentação pormenorizada de uma responsabilidade que se identifica essencialmente através da recondução a um princípio geral. Para se efectivar, esta carece das especificações e concretizações requeridas pela realização prática do Direito, sendo mister reconhecer que, nalguns aspectos, o pensamento jurídico não logrou responder, ainda hoje, com plena satisfatoriedade de precisão, a tal necessidade.

Semelhante realização prática do Direito, último objectivo de uma codificação, implica, no caso concreto, ponderações específicas em função das várias áreas tocadas pelo pensamento da confiança, porque a disciplina de uma nova pista de responsabilidade não pode subverter directrizes de regime existentes. A doutrina precisa portanto de evoluir por forma a conseguir circunscrever, racionalizar e justificar devidamente as aplicações da doutrina da confiança. Neste ponto, o silêncio do Código tem também a vantagem de evitar precipitações e erros legislativos, tanto mais fáceis de dar quanto menos sedimentada é uma doutrina.

Claro que uma mais clara positivação da protecção da confiança é certamente pedida por quem mantenha o ideal da codificação (e de que o Código Civil compendie, portanto, de modo conveniente, os regimes gerais de direito civil). De modo a colmatar, com prudência, algumas lacunas actuais do direito positivo, adequando-o às exigências das teorias jurídicas: não vai nisso inconveniente algum se elas forem válidas e tiverem fundamento ético-jurídico.

Mas uma específica decisão legislativa depende de vários factores. E não é incontornável: basta que um desenvolvimento jurídico tenha suficiente consistência lógico-racional e, por outro lado, se possa filiar directamente na ideia de Direito, para que ele se imponha por si.

Tudo ponderado, é discutível que se possam apontar já deficiências claras do Código Civil no tema que nos ocupa. Sobretudo se formos conscientes das virtualidades do pensamento da confiança e se, sabendo embora ser fiéis aos requisitos de um legítimo desenvolvimento do Direito,

não nos atemorizarmos com o facto de nele deixarmos caminhos mais conhecidos e há mais tempo trilhados.

Bem se sabe que é sobretudo fora de tais caminhos que, porventura a cuidar de firmar bem os nossos próprios passos, nos encontramos com aquele deslumbramento do Direito que tudo compensa e justifica.

Autores citados

FRADA, ANTÓNIO MANUEL CARNEIRO DA, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Almedina, Coimbra, 2003.

LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*, Fundação Calouste Gulbenkian, 7.^a ed., Lisboa, 2014.

MONTEIRO, JORGE FERREIRA SINDE, *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações e Informações*, Almedina, Coimbra, 1989.

PIRES, CATARINA MONTEIRO, «Jurisprudência cível e metodologia jurídica – alguns apontamentos, por ocasião dos 50 anos do Código Civil», *Cadernos de Direito Privado*, n.º 62, Abril/Junho 2018, esp. pp. 12-13.

Das funções reconstitutiva e punitiva da responsabilidade civil: propostas de reforma do Código Civil português

HENRIQUE SOUSA ANTUNES*

1. Notas introdutórias**

A discussão sobre a função punitiva da responsabilidade civil está indelévelmente marcada pelo pecado original da responsabilidade. No início dos tempos, a reparação e a punição constituíam uma mesma resposta à ofensa praticada. Que a conduta de um agente pudesse ser sancionada com um fim diverso da retribuição movida pelo mal imputado àquele comportamento pressupôs a sofisticação do pensamento jurídico. A responsabilidade civil emancipou-se da responsabilidade penal e, ciosa da sua alforria, rejeita, na pureza dos conceitos, uma diluição de identidades¹.

A justificação para a sobrevivência ou a emergência de regimes punitivos nos sistemas jurídicos anglo-saxónicos e, esparsamente, nos direitos da Europa continental aparece diluída nas circunstâncias do momento que os ditou. Cremos que, neste contexto, mais importante do que perceber os motivos da sua origem é reconhecer a sua existência².

As águas da reflexão são turvas e, no entanto, o debate é urgente³. Eis os pontos cardeais destas linhas. A restituição do lucro vem sendo trazida à análise sobre a pertinência da inclusão de uma dimensão punitiva entre os efeitos da responsabilidade civil. Como veremos, sem fundamento. Do mesmo modo, a seriedade do labor jurídico não é compatível com

* Professor Associado da Escola de Lisboa da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.

** Os preceitos ou regimes legais sem indicação diversa no texto são de direito português.

¹ Encontra-se uma síntese da evolução histórica da responsabilidade civil em COSTA (2009), pp. 524 e ss.

² Sobre a premência do debate em diálogo de direito comparado, veja-se, por exemplo, GOMES (1989), pp. 105 e ss.

³ Em perspetiva diversa, rejeitando a legitimidade de danos punitivos, consulte-se BARBOSA (2017), pp. 41 e ss.

declarações de rejeição epidérmica da função punitiva assinalada. São as exigências da necessidade humana que condicionam os paradigmas do direito.

Eis, então, as perguntas que orientam o nosso percurso: é possível incluir o *resgate* do lucro ilícito no dever de indemnizar? Constitui solução desejável a previsão de penas privadas como sanção de um facto ilícito?

2. O *resgate* do lucro ilícito

O conceito de indemnização tem assentado na reconstituição da situação hipotética do lesado. Trata-se de ressarcir os danos patrimoniais e não patrimoniais da pessoa ofendida pela lesão. Em virtude da conceptualização talhada pela evolução histórica, os efeitos do facto determinante da responsabilidade na esfera do lesante são apartados da obrigação de indemnizar.

E, no entanto, outra vem sendo a abordagem do legislador contemporâneo, destacando-se, a esse respeito, o legislador europeu. Servem de referência a Diretiva 2004/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de abril de 2004, relativa ao respeito dos direitos de propriedade intelectual, e a Diretiva (UE) 2016/943, de 8 de junho de 2016, relativa à proteção de *know-how* e de informações comerciais confidenciais (segredos comerciais) contra a sua aquisição, utilização e divulgação ilegais⁴.

No artigo 13.º, n.º 1, da Diretiva 2004/48 lê-se, acerca da indemnização por perdas e danos (epígrafe da norma): «Os Estados-membros devem assegurar que, a pedido da parte lesada, as autoridades judiciais competentes ordenem ao infrator que, sabendo-o ou tendo motivos razoáveis para o saber, tenha desenvolvido uma atividade ilícita, pague ao titular do direito uma indemnização por perdas e danos adequada ao prejuízo por este efetivamente sofrido devido à violação.» Ora, nos termos da alínea *a*) dessa norma, os lucros indevidos obtidos pelo infrator constituem uma consequência económica negativa relevante, um dado que vincula as autoridades judiciais na fixação do montante da indemnização por perdas e danos. Ou, como se descobre no considerando 26 da Diretiva: «[...] o montante das indemnizações por perdas e danos a conceder ao titular deverá ter em conta todos os aspetos adequados, como os lucros cessantes para o titular, ou os lucros indevidamente obtidos pelo infrator [...]».

⁴ Publicadas no “Jornal Oficial da União Europeia”, respetivamente, L 195, de 2 de junho de 2004, pp. 16 a 25, e L 157, de 15 de junho de 2016, pp. 1 a 18.

A fórmula é replicada na Diretiva (UE) 2016/943, com a seguinte justificação (considerando 30): «A fim de evitar que uma pessoa que adquira, utilize ou divulgue um segredo comercial, com conhecimento de causa ou com motivos razoáveis para ter esse conhecimento, possa beneficiar dessa conduta, e de assegurar que o titular do segredo comercial lesado seja, na medida do possível, colocado na posição em que estaria caso essa conduta não tivesse ocorrido, é necessário prever uma compensação adequada do prejuízo sofrido como resultado dessa conduta ilegal. O montante da indemnização concedida ao titular lesado do segredo comercial deverá ter em consideração todos os fatores adequados, como a perda de rendimentos do titular do segredo comercial ou os lucros indevidos do infrator [...]» Na parte dispositiva, constituem os lucros do lesante uma consequência económica negativa atendível na fixação da indemnização, prevendo o legislador que os Estados-membros limitem «a responsabilidade dos empregados perante os respetivos empregadores por prejuízos causados em virtude da aquisição, utilização ou divulgação ilegais de um segredo comercial do empregador caso o seu comportamento não tenha sido doloso» (artigo 14.º, n.ºs 1 e 2).

Em qualquer dos regimes, o legislador permitiu que a indemnização pudesse assumir a natureza de um montante fixo, correspondente à remuneração devida se a autorização houvesse sido prestada. Essa quantia constitui, no entanto, um valor mínimo.

As soluções representam, apenas, um pragmatismo na elaboração da lei, subordinando-se o conceito de indemnização às finalidades prosseguidas, ou constituem, ainda, uma manifestação desse conceito? Temos defendido que a noção de indemnização dada pelo direito português é compatível com o caminho que os regimes atrás referidos procuram trilhar. Afinal, dá-se cumprimento a uma dimensão relacional que anima a indemnização⁵. Reconheça-se, porém, que, em nossa opinião, o *resgate* do proveito obtido pelo agente acompanha até o entendimento mais tradicional sobre a indemnização, considerando que o lucro ilicitamente obtido constitui um dano não patrimonial autónomo sofrido pelo lesado. Escrevemos, outrora: «As insuficiências do enriquecimento sem causa,

⁵ Considere-se que o artigo 562.º do Código Civil impõe ao lesante o dever de recriar a situação hipotética que a sua intervenção impossibilitou. Então, retomando o nosso pensamento, «essa realidade alternativa tem, necessariamente, de compreender a posição do agente. Se o lesante obteve um benefício patrimonial com o seu comportamento, é uma ficção dizer-se que a restituição escapa à reconstituição da situação que existiria» [ANTUNES (2017), p. 492].

quanto ao seu objeto e a respeito das suas consequências, a artificialidade do recurso à gestão de negócios imprópria, e, porventura, os seus efeitos perversos, a limitação da aplicação analógica das regras da posse, a amplitude com que a indemnização dos danos não patrimoniais foi acolhida no direito português, adaptável à evolução das circunstâncias sociais, o fim de satisfazer o lesado que àquela é reconhecida, reagindo à infirmação do seu direito, a natureza do bem que é ofendido, o sentimento de justiça, deve habilitar o juiz, nesta sede, a restituir ao lesante as receitas líquidas imputáveis ao seu comportamento. Em situações de elevada censurabilidade, admite-se a aplicação do critério das receitas brutas.»⁶

Seja como for, é dificilmente sustentável que um conceito clássico de indemnização possa ser imune às alterações legislativas que, entretanto, vão ocorrendo. A inclusão do lucro do lesante no juízo de indemnização não é justificável pela especificidade das matérias legisladas, antes constitui uma opção de política legislativa motivada pela prevenção de comportamentos parasitários, de natureza, necessariamente, geral. Aliás, num sistema jurídico em que a intervenção de outras disciplinas normativas se revela, certamente imprópria, mas também ineficaz. O direito português das contraordenações permite que o lesante conserve o lucro ilícito obtido, na medida em que a elevação da coima em razão do benefício económico do agente não pode exceder um terço do limite máximo estabelecido por lei (artigo 18.º, n.º 2, do regime geral das contraordenações – Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de outubro).

Neste sentido, a unidade do sistema jurídico impõe a revisão da noção de indemnização. É insustentável que o ordenamento acolha regimes parcelares sem atender à expressão universal da censura ao desrespeito consciente pela decisão alheia sobre o destino económico dos bens utilizados. Neste sentido, é especialmente significativo o projeto de reforma da responsabilidade civil em França (março de 2017), estatuidando entre os efeitos da responsabilidade, uma pena aplicável nos termos da seguinte previsão geral (artigo 1266-1, alínea 1): *«En matière extracontractuelle, lorsque l'auteur du dommage a délibérément commis une faute en vue d'obtenir un gain ou une économie, le juge peut le condamner, à la demande de la victime ou du ministère public et par une décision spécialement motivée, au paiement d'une amende civile.»*

⁶ ANTUNES (2011), p. 651.

Está clara a vocação universal da repressão do lucro ilícito do lesante pela responsabilidade civil.

Entretanto, que não se duvide da ausência de qualquer efeito punitivo nas opções do legislador europeu. Assim é, em razão da natureza do *resgate* do lucro ilícito: o lesante é colocado na situação em que estaria se não tivesse praticado a lesão. Assim é, também, porque o legislador expressamente o declara.

3. A pena privada

E quanto à atribuição de uma dimensão punitiva à responsabilidade civil? O exercício de um poder punitivo sobre uma pessoa em benefício de outra pessoa parece ideia adversa à sujeição das relações jurídico-privadas a uma justiça corretiva, destinada a repor o equilíbrio entre as partes. Ao longo da história, a punição converteu-se num instrumento da coletividade destinado a sancionar a ofensa de interesses públicos. Só a tutela da comunidade justificaria a afetação da liberdade individual ou da integralidade patrimonial em medida que excedesse a correção dos desequilíbrios gerados pelo comportamento do lesante.

A superação do paradigma de um castigo às mãos do outro, certamente pela substituição do exercício da tutela privada pela heterotutela, mas também pela demarcação progressiva das fronteiras entre o interesse público e o interesse privado, é celebrada como uma conquista do pensamento jurídico. As penas privadas constituiriam, assim, manifestações de desforço, de desagravo, memórias de um tempo passado.

Defender a possibilidade de a responsabilidade civil gerar efeitos punitivos parece a manifestação de uma impropriedade técnico-jurídica, um erro primário de um jurista impreparado. Assim na Europa continental. A proibição reiterada da condenação em *punitive damages* pelo legislador europeu exemplifica que, mais do que as razões ligadas às especificidades de certo ordenamento jurídico, a afirmação constitui uma verdade intocável. A rejeição é replicada de forma acrítica: nem sequer se equaciona a bondade da medida, depurada das desvantagens que as características de outro sistema judicial, como o norte-americano, impliquem.

Veja-se o que sucede na Recomendação da Comissão Europeia de 11 de junho de 2013, sobre os princípios comuns que devem reger os mecanismos de tutela coletiva inibitórios e indemnizatórios dos Estados-membros aplicáveis às violações de direitos garantidos pelo direito da

União (2013/396/EU)⁷. Pretende-se facilitar o acesso à justiça e garantir um nível elevado de proteção do consumidor (considerando 1). Se, à luz das finalidades declaradas, a existência de danos em massa motivaria a revisão do papel tradicional conferido à indemnização, o considerando 15 justifica a proibição da condenação em *punitive damages* com a prevenção de «uma cultura de litígios abusivos». E, no entanto, as tradições jurídicas da maioria dos Estados-membros (parte final do considerando) são utilizadas como um conforto argumentativo. Aliás, no Relatório da Comissão sobre a aplicação da Recomendação (apresentado em 25 de janeiro de 2018⁸) lê-se, a respeito da proibição das indemnizações punitivas estabelecida no princípio 31: «O conceito de excesso de compensação por danos punitivos é, de modo geral, estranho à maioria dos sistemas jurídicos dos Estados-membros. O convite à apresentação de informações não revelou qualquer caso de danos punitivos solicitados ou concedidos em ações de tutela coletiva. Deste modo, concluiu-se que não havia necessidade de normas especiais para as ações de tutela coletiva.»⁹

Outro exemplo de uma opção tomada sem a ponderação devida acerca da adequação dos instrumentos utilizados para a tutela prosseguida encontramos na Diretiva 2014/104/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de novembro de 2014, relativa a certas regras que regem as ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infração às disposições do direito da concorrência dos Estados-membros e da União Europeia¹⁰. Reconhecendo que a aplicação privada é uma condição de plena eficácia do direito da concorrência (considerando 3), limita aquela à indemnização dos danos sofridos. Descobre-se no considerando 13, parte final: «Sem prejuízo da reparação por perda de oportunidade, a reparação integral nos termos da presente diretiva não deverá conduzir a reparação excessiva, por meio de indemnizações punitivas, múltiplas ou outras.» Neste sentido dispõe o artigo 3.º, n.º 3, da referida Diretiva.

Saliente-se que, no percurso legislativo, o Livro Verde da Comissão sobre o tema (de 19 de dezembro de 2005¹¹) abordou a restituição dos lucros ilícitos e a possibilidade de duplicação da indemnização, soluções

⁷ Publicada no “Jornal Oficial da União Europeia”, L 201/60, de 26 de julho de 2013, pp. 60 a 65.

⁸ COM(2018) 40 final.

⁹ P. 18.

¹⁰ Publicada no “Jornal Oficial da União Europeia”, L 349, de 5 de dezembro de 2014, pp. 1 a 19.

¹¹ COM(2005) 672.

que o Livro Branco (de 2 de abril de 2008¹²) viria a silenciar. Parece, a esse respeito, elucidativa a nota seguinte: «A Comissão seguiu um [...] princípio orientador, nos termos do qual o quadro normativo necessário para assegurar maior eficácia às ações de indemnização por infração às regras comunitárias no domínio *antitrust* se deve basear numa abordagem genuinamente europeia. Consequentemente, as opções de política geral propostas [...] consistem em medidas equilibradas, assentes na cultura e tradições jurídicas europeias. [...] As medidas formuladas no presente Livro Branco são concebidas para criar um sistema eficaz de aplicação “privada”, baseado em ações de indemnização que virão completar, sem substituir nem prejudicar, a ação dos poderes públicos neste domínio.»¹³

O direito contemporâneo veio, no entanto, demonstrar que a abordagem histórica tem a si associada um risco de inversão metodológica evidente. Na atualidade, é, frequentemente, a punição a determinar o interesse público, em vez de este justificar a intervenção punitiva. O legislador demitiu-se de uma análise prévia sobre a natureza dos interesses em presença. A disciplina das contraordenações é, porventura, o melhor sinal desse desconcerto. Em tempos, escrevemos sobre o destempero das contraordenações: «o poder sancionatório da Administração excedeu os limites originais que o justificaram e inclui, agora, relações em que predomina o interesse privado. A lei beneficia a coletividade, destinando-lhe uma sanção que, no entanto, tem origem na ofensa de um bem primariamente individual. Ou seja, a justiça retributiva encontra fundamento na justiça corretiva, aplicando, contudo, uma lógica distributiva ao destino da sanção. Há uma incoerência intolerável do sistema que apenas pode ser corrigida convertendo o particular em beneficiário da pena. Desse modo, a justiça corretiva funcionaria como o alicerce e a abóboda da justiça retributiva que se entenda aplicável»¹⁴.

Que sentido faz reconhecer a existência de uma perturbação do interesse coletivo na afetação de direitos subjetivos sem tutela penal, e, desse modo, esgotando-se o interesse público na prevenção que uma pena privada é capaz de desempenhar? Em sentido paralelo à multiplicação de regimes contraordenacionais que sancionam a violação de um direito subjetivo de natureza patrimonial, como a propriedade intelectual ou a propriedade de coisa corpórea, ou um direito de personalidade,

¹² COM(2008) 165 final.

¹³ Pp. 3 e s.

¹⁴ ANTUNES (2011), pp. 32 e s.

justificar-se-ia a revisão das penas privadas admitidas pelo legislador para a tutela do direito de crédito?

Pensa-se, em especial, nos juros moratórios (artigo 806.º do Código Civil), na cláusula penal (artigos 810.º a 812.º do Código Civil) e na sanção pecuniária compulsória. Tome-se como exemplo esta última figura, prevista no artigo 829.º-A do Código Civil. No direito francês, onde descobrimos o antecedente do regime português, o credor recebe na integralidade o montante da sanção.

Argumente-se, ainda, com o espaço atribuído à indemnização dos danos não patrimoniais no direito português. O artigo 496.º do Código Civil é lido, geralmente, à luz de uma finalidade punitiva da disciplina.

Serão estas normas, e outras dispersas na lei civil, resquícios de um tempo primitivo, imperfeições que o legislador deve corrigir? Não. Constituem tão-só uma expressão da vinculação das sanções punitivas à natureza dos interesses prosseguidos, sempre que o legislador identifica a legitimidade, ou a necessidade, de instrumentos preventivos que acresçam à dinâmica própria de uma justiça corretiva.

Aquela vinculação está em conformidade com as exigências da existência humana. São palavras nossas: «As sanções privadas que, a respeito das consequências da aplicação daquele instituto, apresentem um efeito punitivo são legitimadas pelo dano. O dano é a causa da sua estatuição, destinando-se o remédio, nuns casos a determiná-lo ou a preveni-lo, noutros a concretizar o direito do lesado ao desagravo, à vindicta.»¹⁵

Os regimes que convocámos, em expressão meramente exemplificativa, tornam urgente a reforma do sistema, o reposicionamento das contraordenações em face do direito civil¹⁶. Vejamos.

Na sua origem, as contraordenações procuraram salvaguardar o funcionamento da atividade administrativa, designadamente na conformação do sector económico¹⁷. E nesses antecedentes, descobre o conceito o seu objeto fundamental. Tomando de empréstimo a reflexão de Augusto Silva DIAS, as contraordenações sancionam «comportamentos que atentam contra interesses de organização e funcionamento de sectores da atividade económico-social e/ou que frustram regras instituídas para a prevenção de perigos»¹⁸. A fronteira é, em geral, traçada, em relação

¹⁵ ANTUNES (2011), p. 608.

¹⁶ ALBUQUERQUE (2011), p. 12 (§ 17).

¹⁷ Veja-se, nomeadamente, DIAS (2018), pp. 16 e ss.

¹⁸ DIAS (2018), p. 55.

ao direito penal, descobrindo neste a retribuição das condutas que, nas palavras de Augusto Silva DIAS, «atentam contra os fundamentos da sociedade, ancorados na ideia de reconhecimento recíproco de pessoas livres e iguais e nos bens jurídicos que a explicitam»¹⁹.

Acompanhando, ainda, o mesmo autor, «o território das contraordenações – e também de alguns sectores do Direito Penal – é marcado não pela eticidade, aferida em função de um bem jurídico-penal, mas pela disfuncionalidade dos comportamentos, isto é, pela aptidão destes para provocar entropia no funcionamento de determinados subsistemas sociais, ou, se se preferir, para perturbar a vigência regular de interesses de ordenação de âmbitos da atividade social»²⁰. Enfim, o fundamento das contraordenações «reside [...] na carência de regulação de uma dada atividade por necessidades de ordenação e/ou de prevenção institucional de perigos. Deverá ser esse o critério reitor para a criação de contraordenações, respaldado sempre em exigências de proporcionalidade»²¹.

Neste contexto, perdem as contraordenações legitimidade quando são utilizadas sem qualquer finalidade regulatória, procurando, tão-só, punir uma conduta que a censura do direito penal desconhece. Se há ofensa de bens jurídicos de natureza predominantemente individual, que espaço há para a sanção contraordenacional? Ou se admite a degeneração do conceito em razão de um desleixo legislativo, confortado por um «pau para toda a obra», ou trazemos seriedade à arquitetura do sistema jurídico.

Serve de paradigma o direito do trabalho, que nos acompanhou, para este efeito, noutro momento²². Hoje, toma-se como exemplo o Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos. Na distinção entre os fundamentos das contraordenações previstas nos n.ºs 1 e 2 do artigo 205.º desenha-se a delimitação entre a violação de regras que enquadram o exercício de uma atividade e a retribuição pela lesão de direito de autor.

O n.º 1 do artigo 205.º pretende proteger os produtores contra a prensagem ou a duplicação não autorizada de fonogramas e videogramas, nos termos do artigo 143.º A ilicitude consiste na violação de deveres de informação à Inspeção-Geral das Atividades Culturais. Trata-se, pois, da regulação de uma atividade económica e, nessa medida, adequadamente submetida à competência do regime das contraordenações.

¹⁹ DIAS (2018), p. 55.

²⁰ DIAS (2018), p. 40.

²¹ DIAS (2018), p. 51.

²² ANTUNES (2011), pp. 634 e ss.

O n.º 2 do artigo 205.º tem um sentido diverso. Nos termos da norma, constitui contraordenação punível a falta de identificação do autor e/ou da obra considerados. Esta omissão ofende o núcleo do direito de autor, esvazia o poder jurídico que a lei atribuiu ao criador intelectual da obra. Silenciada a autoria, onde está o criador? O alcance essencialmente subjetivo, individual, da lesão é evidente, nesta se descobrindo a negação de um traço que singulariza a natureza humana. Na criação literária, científica ou artística reconhece-se a pessoa. Negada a sua identidade, negada é a pessoa. Recuperando as sugestivas palavras de David G. OWEN, pronunciando-se a respeito da condenação em *punitive damages* (tradução nossa): «O estabelecimento de bolhas de direitos, com fronteiras definidas por lei, atribui a cada pessoa a sensação de que pode, com segurança, atuar no âmbito da sua bolha privada sem o constrangimento de uma interferência alheia. Quando uma pessoa viola intencionalmente a bolha de direitos de outrem, “rouba” a autonomia da vítima, deixando transparecer a ideia de que o ladrão é mais merecedor do que a vítima. Se a usurpação da autonomia [...] não fosse submetida a penalidades em adição à restituição dos bens roubados (indenização compensatória), a emenda da transação seria incompleta.»²³

A competência das penas privadas não encontra assento no argumento histórico e formal da sua inclusão no Código Civil. Ela é expressão da convocação genérica do direito civil à retribuição dos comportamentos entre particulares que, sem merecerem a reprovação do direito penal, justificam a repreensão do comportamento, satisfazendo a necessidade de reafirmação da dignidade do ofendido perante o lesante e as exigências de prevenção geral e especial da conduta. Converter a Administração em beneficiária de uma coíma num âmbito que excede a sua competência é consagrar uma solução manifestamente ilegítima e lesiva da dignidade do lesado.

Considerando os fins do direito penal e a estrutura bilateral do direito civil, revela-se inadequado substituir as penas criminais por sanções punitivas de direito privado. Diversamente sucede a respeito das contraordenações. Falta-lhes a ressonância ética das sanções que a «coisificação» do direito subjetivo alheio impõe. Nesse sentido, escreve, exemplarmente, António Pinto MONTEIRO: «É de sublinhar, entretanto, a acentuação que se vem colocando num sistema sancionatório privatístico, contraposto a um controlo público, seja este atuado através de

²³ OWEN (1988-1989), p. 711.

sanções do foro penal ou do foro administrativo, pois só o primeiro dará plena guarida tanto às exigências da despenalização como às de evitar uma crescente publicização da vida social, pela via do direito administrativo. E se é certo que a abolição do direito penal, na esteira de Hulsman, confiando aos particulares e à sociedade civil a gestão dos conflitos de interesses, não passa de uma utopia, isso não impede, como a doutrina penalística vem sublinhando, dentro de uma política contrária ao ímpeto criminalizante do legislador moderno – preocupada, além do mais, com os efeitos perniciosos da estigmatização individual –, que uma eficaz estratégia de descriminalização passe por um sistema sancionatório civilístico.»²⁴

É certo que o regime de indemnização dos danos não patrimoniais no direito português pode trazer algumas incertezas a um regime geral de penas privadas. Eis o que justificaria a previsão legal desse regime, permitindo recuperar o sentido original da indemnização dos danos não patrimoniais, vocacionada para a compensação.

Enfim, «o legislador deve redescobrir a pena privada sem constrangimentos, tão-só motivado pela superior adequação da medida em relação à tutela contraordenacional, considerando a natureza dos interesses em juízo»²⁵. Em defesa dessa ampla competência, propõe André TUNC a legitimidade da pena privada «sempre que se depare com a vontade (do legislador, do juiz ou mesmo de um contraente) de punir, de reprimir, sem recorrer aos meios do direito penal clássico, e pela simples atribuição de uma soma de dinheiro (ou excecionalmente de um bem) à vítima de um comportamento ilícito» (tradução de António Pinto MONTEIRO)²⁶.

De novo, o direito europeu, denunciando, agora, a *esquizofrenia* que a proibição da condenação em *punitive damages*, antes declarada, revela. Num plano geral, são vários os atos normativos que, sem uma referência expressa a sanções punitivas privadas, requerem a imposição de medida efetivas, proporcionadas e dissuasivas²⁷. Merece, em especial, relevo a Diretiva 2006/54/CE, de 5 de julho de 2006, relativa à aplicação do princípio da igualdade de oportunidades e igualdade de tratamento entre homens e mulheres em domínios ligados ao emprego e à atividade

²⁴ MONTEIRO (1990), p. 668, nota 1537 da p. 663. Ver, ainda, as considerações e os exemplos de direito comparado do parágrafo anterior ao texto citado.

²⁵ ANTUNES (2011), p. 629.

²⁶ TUNC (1985), p. 350 [o texto original é citado em ANTUNES (2011), p. 629]. Encontra-se a tradução em MONTEIRO (1990), p. 666, nota 1537 da p. 663.

²⁷ Ver KOCH (2009), pp. 200 e ss.

profissional (reformulação), onde a prossecução de um fim autónomo de prevenção aparece associada à indemnização²⁸. Nos termos do artigo 18.º, «Os Estados-membros introduzem na respetiva ordem jurídica interna as medidas necessárias para garantir a existência de uma real e efetiva indemnização ou reparação, conforme os Estados-membros o determinem, pelos prejuízos e danos sofridos por uma pessoa lesada em virtude de um ato discriminatório em razão do sexo, de uma forma que seja dissuasiva e proporcional aos prejuízos sofridos. Tal indemnização ou reparação não estará sujeita à fixação prévia de um limite máximo, salvo nos casos em que o empregador possa provar que o único prejuízo sofrido por um candidato na sequência de uma discriminação na aceção da presente diretiva seja a recusa em tomar em consideração a respetiva candidatura»²⁹.

Mais incisivamente, no direito europeu são paradigmas de um reconhecimento expresso do alcance punitivo do direito civil o artigo 28.º, n.º 1, da Diretiva 2004/109/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de dezembro de 2004, relativa à harmonização dos requisitos de transparência em informações respeitantes aos emitentes cujos valores mobiliários estão admitidos à negociação num mercado regulamentado, e o artigo 18.º, n.º 2, do Regulamento (CE) n.º 1768/95 da Comissão, de 24 de julho de 1995, em matéria do regime comunitário de proteção das variedades vegetais³⁰.

Entretanto, a este respeito, tem importância a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, que, fundada no conceito de «reparação razoável» (artigo 41.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos), parece ter construído um modelo de indemnização orientado para o restabelecimento da dignidade humana violada e, de igual modo, a prevenção geral e especial da ilicitude. Observe-se que o sistema é, por definição, fundado em direitos das pessoas, sem prejuízo do desígnio coletivo que a anima. Ou seja, é superável o constrangimento de quaisquer argumentos utilitaristas, pois, deste modo, revela-se desnecessário o direito público para a reafirmação da dignidade da pessoa humana e a justa ordenação dos comportamentos entre particulares.

²⁸ Publicada no “Jornal Oficial da União Europeia” L 204, de 26 de julho de 2006, pp. 23 a 36.

²⁹ Os precedentes normativos e judiciais deste regime reforçam o entendimento sobre a dimensão extraindennizatória da solução [ver ANTUNES (2011), pp. 640 e ss.].

³⁰ Publicados no “Jornal Oficial da União Europeia”, respetivamente, L 390, de 31 de dezembro de 2004, pp. 38 a 57, e L 173, de 24 de julho de 1995, pp. 14 a 21.

Pretende a maioria que a reparação razoável referida se contém no alcance da indemnização, designadamente por danos não patrimoniais. O juízo parece, no entanto, silenciar uma realidade manifestamente diversa. Em *Cyprus v. Turkey* (2014) encontram essas reflexões apoio.

Desde logo, interessa destacar a afirmação pelo Tribunal da existência de uma relação de condicionalidade entre a natureza individual dos danos e a reparação razoável. Se a medida é aplicada num litígio entre Estados, como sucedia, são necessariamente beneficiárias as vítimas individuais. O sistema está desenhado segundo o reconhecimento de que a sanção colhe o seu fundamento na dimensão individual da ofensa aos direitos do homem. O Estado de que o lesado é cidadão não tem legitimidade para receber a quantia atribuída, pois não é titular do direito violado. Lê-se, na versão original do Acórdão: «[...] *it must be always kept in mind that, according to the very nature of the Convention, it is the individual, and not the State, who is directly or indirectly harmed and primarily “injured” by a violation of one or several Convention rights. Therefore, if just satisfaction is afforded in an inter-State case, it should always be done for the benefit of individual victims*» (§ 46). Se na reparação razoável identificarmos uma pena de natureza privada, descobre-se melhor exemplo sobre a impropriedade das contraordenações que sancionam a violação de bens jurídicos individuais?

Em litígio, a reparação pedida pelo Estado cipriota à Turquia pelo desaparecimento de 1456 pessoas e pelas violações de direitos humanos praticadas sobre cidadãos cipriotas gregos, na península de Karpas, entre 1974 e 2001. O Tribunal reiterou a posição anterior assumida no caso *Varnava and Others v. Turkey* (2009), declarando que o critério de decisão é a equidade. Segundo a instância, a equidade assegura a flexibilidade e a ponderação exigíveis à apreciação adequada de todas as circunstâncias do caso, compreendendo, além da posição do requerente, o contexto geral em que a ofensa foi praticada. A atribuição da reparação tem como objetivo exprimir que a lesão sofrida pelo requerente foi a consequência da lesão de um direito humano fundamental e denunciar com a maior amplitude possível a severidade da ofensa.

É certo que o Tribunal associa a reparação atribuída à compensação de danos não patrimoniais (30 milhões de euros destinados aos familiares das pessoas falecidas e 60 milhões de euros aos residentes lesados, ou seus herdeiros, da península de Karpas). Razão tem, no entanto, Paulo Pinto de ALBUQUERQUE na sua declaração de voto concordante: o Tribunal condenou o Estado requerido em *punitive damages*, em penas de

natureza privada. Vários factos permitem dizê-lo. Entre outros: as vítimas em Karpas não foram identificadas nem são identificáveis; a prescrição vedaria a atribuição de uma indemnização aos familiares das pessoas desaparecidas se aqueles tivessem agido individualmente; a ausência de critérios sobre a medida da repartição da indemnização entre os lesados ou os seus herdeiros e a incerteza sobre a correspondência entre as vítimas efetivas e os destinatários das indemnizações³¹. Acrescentaríamos: a reparação abrange, ainda, as quantias correspondentes à aplicação de impostos sobre as verbas fixadas.

Em suma, embora o artigo 41.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos limite a condenação em reparação razoável à impossibilidade de o direito interno da Alta Parte Contratante se revelar suficiente para obviar às consequências da violação, essa insuficiência verifica-se na ausência de satisfação das necessidades de prevenção e de punição justificadas pelas circunstâncias do caso concreto. Assim o entende, e a nosso ver bem, Paulo Pinto de ALBUQUERQUE³².

Segundo este Juiz, a decisão segue uma orientação genérica do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. A condenação em *punitive damages* recebe a seguinte tipologia: a violação grave de direitos humanos protegidos pela Convenção ou pelos Protocolos Adicionais, designadamente pela reiteração ou continuidade da prática; incumprimento prolongado e intencional de uma condenação do Tribunal; o cerceamento severo, ou a ameaça desse cerceamento, aos direitos humanos do requerente com o objetivo de evitar, dificultar ou restringir o acesso ao Tribunal ou a comunicação do Tribunal com o requerente³³.

Finalmente, e ainda segundo Paulo Pinto de ALBUQUERQUE, na condenação em *punitive damages* o Tribunal age de acordo com o princípio da proporcionalidade, respeitando os fatores seguintes: a gravidade objetiva da ofensa, o grau de dolo ou negligência do lesante, a extensão da lesão causada ao requerente ou a terceiros, os lucros ilícitos obtidos pelo agente ou terceiros e a probabilidade de inexecução do direito ofendido.

Satisfazendo os requisitos de legalidade e de proporcionalidade aplicáveis, princípios de que o direito civil não se pode dissociar, a solução parece justificada no direito português. Aliás, entre nós, a relevância da dimensão coletiva da lesão permitiu ao legislador ensaiar uma nova

³¹ Pp. 30 e 31.

³² P. 33.

³³ P. 36.

abordagem ao dever de indemnizar. Desde logo, para obter um nível ótimo de prevenção, acolhendo a possibilidade de fixação de uma quantia global (artigo 22.º, n.º 2, da Lei n.º 83/95, de 31 de agosto). Nas palavras de Miguel Teixeira de SOUSA: «[...] o regime da ação popular, quando define uma indemnização global que se destina a ser repartida pelos lesados, [...] preocupa(-se) mais em evitar que o lesante possa extrair alguma vantagem do facto danoso do que em assegurar que cada um desses lesados seja realmente indemnizado pela exata medida do prejuízo sofrido. A indemnização global procura distribuir pelos lesados os ganhos do lesante, ainda que disso possa resultar alguma violação da justiça corretiva, pois que essa distribuição não pode assegurar que todo o dano sofrido seja efetivamente ressarcido pelo seu exato montante. Para a quantificação da indemnização global utiliza-se mais o ganho (global) obtido pelo lesante do que o prejuízo (igualmente global) por ele infligido, o que significa que na sua quantificação não se segue o critério da reconstituição da situação hipotética que se encontra estabelecido no art. 562.º CC»³⁴. O espaço revela-se, pois, propício à reflexão sobre a introdução de penas privadas.

Considerando, no entanto, a necessidade de prevenir práticas disseminadas na sociedade que escapam, geralmente, à justiça coletiva, a analogia, até por maioria de razão, determina a mesma oportunidade de reforma nas ações individuais. Estas servem, ainda, de paradigma de um modelo tradicional. Nesse sentido, veja-se o que dispõe o princípio 31 da Recomendação da Comissão Europeia de 11 de junho de 2013, atrás citada: «Proibição de indemnizações punitivas – A indemnização atribuída às pessoas singulares ou coletivas lesadas em situação de dano em massa não deve exceder a compensação que teria sido atribuída se o direito tivesse sido reclamado através de ações individuais. Devem ser proibidas, em especial, as indemnizações punitivas, que conduzam a uma sobrecompensação do dano sofrido a favor da contraparte.»

4. Propostas de reforma do Código Civil português

Tomando como referência a dissociação do *resgate* do lucro ilícito relativamente ao reconhecimento da legitimidade da pena privada, ensaia-se

³⁴ SOUSA (2003), pp. 169 e s.

uma alteração legislativa sobre os efeitos da responsabilidade civil no direito português³⁵. Eis, então, os termos da proposta.

Desde logo, a revisão do artigo 564.º, n.º 1, do Código Civil, que deveria dispor nos termos seguintes: «O dever de indemnizar compreende não só o prejuízo causado, como os benefícios subtraídos ao lesado e os lucros obtidos pelo lesante em consequência da lesão.»

Depois, a inclusão de um preceito novo no regime da responsabilidade civil:

«Artigo 483.º – A Pena pecuniária

1. Em caso de violação ilícita e dolosa do direito de outrem, o Tribunal, a requerimento do lesado, pode condenar o autor da lesão numa pena pecuniária que acresce à indemnização, fixada em função da gravidade da ofensa, dos benefícios recebidos pelo lesante com a prática do facto e da reiteração da conduta, ponderando, ainda, a situação económica das partes e as demais circunstâncias do caso concreto.
2. A pena tem como limite o triplo do proveito económico obtido pelo autor com a prática do facto ilícito ou, se este for superior, o triplo do valor dos danos causados.
3. Se o facto ilícito constituir crime é inaplicável a pena pecuniária prevista neste artigo.
4. O montante da pena destina-se ao lesado.
5. O pagamento da pena não pode estar coberto por um seguro.»

Afigura-se que, de forma diversa do que sucede com o *resgate* do lucro ilícito, a previsão da pena pecuniária restringe o seu alcance à responsabilidade civil extraobrigacional e à responsabilidade obrigacional sem fonte negocial. Na verdade, pretendendo o credor de uma prestação contratual dispor desse remédio, deve recorrer à previsão de uma cláusula penal. A autonomia da vontade prevalece sobre a disciplina legal.

A solução que agora se propõe acolhe a emancipação de um direito privado punitivo, respeitando exigências de legalidade e de proporcionalidade, emergentes, designadamente, da Convenção Europeia dos Direitos

³⁵ Em análise crítica às opções de reforma do direito francês, salienta-se a equívoca associação entre a restituição do lucro e a punição do lesante [vejam-se, por exemplo, VINEY (2017), pp. 25 e ss., e LE DANTEC (s/d), pp. 199 e ss.].

Humanos³⁶. O pressuposto da condenação acompanha a arquitetura detalhada das relações jurídico-privadas e, submetida a pena a limites máximos, a proposta assegura a prevenção de qualquer arbitrariedade que comprometa o respeito pela integridade do património das pessoas singulares ou coletivas.

Note-se que a certeza da solução é confortada pela restrição da pena pecuniária à lesão de direitos absolutos. Exclui-se a relevância da violação de disposições legais destinadas a proteger interesses alheios, pois aí, sem prejuízo do direito de indemnização que o artigo 483.º do Código Civil atribua, há uma dimensão coletiva imbricada na tutela dos interesses particulares que justifica o regime da mera ordenação social.

Em proveito da segurança jurídica, sacrifica-se, pois, o espaço autónomo desta modalidade de ilicitude, designadamente acerca da reparação de danos puramente patrimoniais. Nesse caso, a dimensão punitiva é, fundamentalmente, restringida à competência do direito penal ou do direito contraordenacional.

Silencia-se, ainda, o papel auxiliar das normas de proteção na condenação em sanção punitiva civil pela lesão de um direito alheio. Na verdade, embora esta segunda modalidade de ilicitude simplifique a determinação da responsabilidade pela violação de direitos absolutos («nem sequer é necessário que seja previsível a ocorrência de um dano»³⁷), a pena privada, fundada, como vimos, na prevalência do bem jurídico individual, exige uma conexão imediata entre a conduta do agente e o direito subjetivo violado. O desrespeito pela norma é incidental relativamente à imputação subjetiva da lesão. Fica, então, claro que o dolo deve ser aferido em relação ao direito absoluto violado e não ao incumprimento das normas de proteção, infração que permitiu a verificação do dano.

³⁶ Sobre uma análise recente do projeto de reforma da responsabilidade civil em França a esta luz, vejam-se, por exemplo, RIAS (2018), pp. 67 e ss., e VÉRON (s/d), pp. 219 e ss.

³⁷ MONTEIRO (1989), p. 240. De forma mais desenvolvida, escreve o autor: «Na maior parte das vezes, as pretensões indemnizatórias por violação de uma disposição legal destinada a proteger interesses alheios coexistem com as derivadas da lesão de direitos absolutos. Todavia, enquanto a ordem jurídica, ao conformar um direito como absolutamente protegido, apenas impõe a qualquer terceiro fazer o objetivamente possível a um homem médio para evitar o pôr em perigo desse direito, as disposições de proteção prescrevem formas de conduta bem concretas e determinadas, trazendo com isso para o lesado a vantagem de que a ilicitude do comportamento é mais fácil de comprovar» (p. 238).

Em função do que se escreve, a cumulação de uma coima com uma pena pecuniária só se afigura ofender o princípio *ne bis in idem* se o regime das contraordenações for indevidamente aplicado à tutela de bens jurídicos predominantemente individuais, como o reconhecimento de um direito absoluto atesta. Há separação de águas.

A possibilidade de fixação da pena no triplo do valor de referência segue soluções que, com esse alcance generoso, o direito português desde já conhece. Veja-se o artigo 1320.º do Código Civil, a respeito de animais selvagens com guarida própria que hajam sido atraídos para guarida alheia com fraude ou artifício do terceiro: «[...] é este obrigado a entregá-los ao antigo dono, ou a pagar-lhe em triplo o valor deles, se lhe não for possível restituí-los». Ou o artigo 246.º, n.º 1, do Código do Trabalho: «Caso o empregador obste culposamente ao gozo das férias nos termos previstos nos artigos anteriores, o trabalhador tem direito a compensação no valor do triplo da retribuição correspondente ao período em falta, que deve ser gozado até 30 de abril do ano civil subsequente.»

A proporcionalidade evidencia-se nos critérios que habilitam o julgador à fixação da pena e na moldura definida pelo legislador. Sem prejuízo do enquadramento da pena nos limites traçados pelo n.º 2 da disposição proposta, a gravidade da ofensa, os benefícios do infrator e a reiteração do comportamento ilícito são circunstâncias que, justificadamente, o julgador deve tomar em consideração na definição da sanção aplicável. A adequação da pena requer, ainda, a ponderação da situação económica das partes e das demais circunstâncias que se afigurem relevantes.

O projeto de reforma da responsabilidade civil em França, antes mencionado, prevê que a multa seja limitada ao décuplo do proveito económico obtido pelo agente com a prática do facto ilícito (artigo 1266-1, alínea 3). A norma circunscreve-se, porém, aos comportamentos dolosos ditados pela obtenção de um benefício económico com a ofensa (alínea 1). Nesse sentido, ainda que dúvidas possa haver acerca da bondade da multiplicação do valor de referência por 10, a escolha desse valor parece respeitar um critério de proporcionalidade³⁸.

Considerando que a nossa proposta tem outra ambição, diverso será o enquadramento. Neste contexto, tem especial relevância o exemplo do direito do Québec, habilitando à condenação em *dommages-intérêts punitifs* a violação ilícita e intencional de um direito ou uma liberdade reconhecida pela Carta dos direitos e liberdades da pessoa (1975 – artigo

³⁸ Pronuncia-se no sentido da adequação da proposta JUEEN (2017), pp. 580 e ss.

49.º)³⁹. O regime está, pois, desvinculado de uma intenção lucrativa do agente. Considere-se, ainda, que o lucro pode ser inferior ao dano. Assim, parecendo-nos que é ajustado ligar o valor de referência às circunstâncias do caso concreto, de modo a evitar a ineficácia gerada pela arbitrariedade da fixação de quantias abstratas, o dano pode desempenhar essa função⁴⁰. Afinal, a punição tem como objeto comportamentos dolosos, havendo na antecipação do dano um critério que permite vincular a medida da pena à medida da culpa e às exigências de prevenção (em paralelismo com o disposto no artigo 71.º, n.º 1, do Código Penal sobre as penas criminais). Esta relação desenha-se, ainda, na condenação em *punitive damages* no direito norte-americano, restringida agora à multiplicação por um dígito em ensaios de reconstrução da legitimidade constitucional da figura⁴¹.

Creemos que se revela bem fundada a opção pela proibição da contratação de um seguro destinado a cobrir o pagamento daquela sanção. Só a proibição do seguro garante, com efetividade, os efeitos retributivo e preventivo que andam associados à condenação em pena privada. É solução que se descobre no projeto de reforma do Código Civil francês, citado⁴².

A previsão legal da pena pecuniária, a competência do juiz, a imposição de limites à condenação, a subsidiariedade em relação ao direito penal são escolhas que resguardam a solução das controvérsias que a utilização de *punitive damages* no direito norte-americano convoca⁴³. Reclama-se, porém, a atribuição da quantia punitiva ao lesado, em congruência com a tese sobre a desconformidade das contraordenações com a sanção da lesão de bens jurídicos individuais e, retomando uma reflexão anteriormente desenvolvida, em convergência com o reconhecimento da legitimação da pena pelo dano.

Sobre o primeiro aspeto, há que salientar a diferença entre o direito das contraordenações e o direito penal. Escrevemos, então: «objetar-se-á que o destino público da sanção é compatível com a satisfação do

³⁹ A título exemplificativo, descobre-se uma análise recente deste regime em LACROIX (2018), pp. 79 e ss.

⁴⁰ A utilização conjugada do lucro e do dano como padrões de limitação da pena permite obviar às objeções a um recurso, em exclusividade, ao critério do dano. Sabendo que a um proveito económico pode corresponder um dano substancialmente menor, uma pena vinculada aos ilícitos praticados com intenção lucrativa revelar-se-ia inoperante se limitada pelo valor do dano [neste sentido, JUEEN (2017), pp. 579 e ss].

⁴¹ Veja-se ANTUNES (2011), pp. 109 e ss.

⁴² Pela bondade dessa solução, veja-se, por exemplo, JUEEN (2017), pp. 575 e ss.

⁴³ Remete-se para o que escrevemos em ANTUNES (2011), pp. 89 e ss.

interesse do lesado, pois dessa premissa parte o direito penal. Sabendo que o movimento destinado a realçar o papel da vítima na ação penal e na definição da pena aplicável tem recebido amplo acolhimento e que à pena acolhe a reprovação moral do comportamento ilícito, a preferência do bem público é, na vigência do direito penal, dissemelhante do menoscabo do interesse privado. Noutra sentido se apura o direito da mera ordenação social. Que satisfação retira da coima o particular, se nem o crédito do agente é lesado? A questão revela-se, ainda, mais premente se o facto foi praticado por uma pessoa coletiva: esta pode repercutir o seu prejuízo sobre o património de terceiros. A satisfação do lesado é inadequada nos direitos em que o beneficiário da coima é uma pessoa diversa do ofendido, acentuando-se quando respeita a uma pessoa coletiva, a quem o facto não é subjetivamente imputável, e esta, pela sua natureza, dilui a lesão nas relações que estabelece com terceiros»⁴⁴.

Advoga-se, enfim, que converter o lesado em destinatário da quantia correspondente à pena pecuniária proporciona-lhe um enriquecimento injustificado. É outro o nosso juízo. O dano é causa dessa atribuição: na ofensa intolerável a bens jurídicos individuais só há verdadeira justiça corretiva com a satisfação que a aplicação da pena privada proporciona ao lesado⁴⁵.

5. Notas finais

Com a aprovação do Código Civil português de 1966, o legislador anunciava a revisão dos efeitos da responsabilidade civil, graduando a medida da indemnização em função do juízo de censura ao comportamento do lesante. Escrevia Antunes VARELA: «A ideia de afeiçoar o quantum da indemnização à culpa do agente, por imitação do que a legislação penal faz com as multas e outras sanções aplicáveis ao delinquente, era como que uma nota musical a que não ascendia a audição dos civilistas, completamente surdos a melodias desse estilo. É precisamente nesse ponto que o novo Código descreve uma viragem espetacular. Sem destruir a função essencialmente reparadora da responsabilidade civil, e não permitindo, por isso, que a indemnização a cargo do lesante alguma vez exceda o valor do dano, em vários textos relativos à extensão da indemnização se

⁴⁴ ANTUNES (2011), pp. 632 e ss.

⁴⁵ Veja-se TILBURY (2003), pp. 713 e s., e ANTUNES (2011), pp. 608 e ss.

não desdenha de assinar ao instituto, embora subsidiariamente, um papel repressivo do facto ilícito.»⁴⁶

Cinquenta anos volvidos, outro fôlego crê-se exigível. A esse respeito, sintetizamos os pressupostos da proposta de reforma que agora se apresenta. Retoma-se, em grande medida, o que já noutros momentos se escreveu⁴⁷:

1. É tempo de chamar à responsabilidade civil extracontratual a restituição do lucro ilícito e de àquela atribuir a partilha de competências com o direito contraordenacional. É tempo, enfim, de repensar as fronteiras entre institutos do direito privado e entre este e o direito público;
2. Acerca da restituição do lucro, são manifestas as insuficiências do enriquecimento sem causa. Revela-se, ainda, inequívoca a artificialidade do recurso à gestão de negócios imprópria, e, porventura, os seus efeitos perversos;
3. Considera-se devida a entrega do lucro como um efeito da responsabilidade civil. Assim vem sucedendo no direito europeu. Esse dever encontra acolhimento na dimensão relacional do princípio geral estabelecido pelo legislador a respeito da obrigação de indemnização (artigo 562.º). A lei impõe ao lesante o dever de recriar a situação hipotética que a sua intervenção impossibilitou. Essa realidade alternativa tem, necessariamente, de compreender a posição do agente. Se o lesante obteve um benefício patrimonial com o seu comportamento, é uma ficção dizer-se que a restituição escapa à reconstrução desejada;
4. É bem verdade que o artigo 562.º delimita o devedor pela obrigação de reparação de um dano, o que, em última instância, privaria de fundamento a interpretação que, em razão da perspectiva relacional da obrigação de indemnização, nesta pretendesse incluir o *resgate* do lucro, se o lesado não sofreu nenhum prejuízo. Sucede, porém, que esse entendimento restringe o dano a uma dimensão patrimonial ou, pelo menos, silencia o reflexo que o lucro tem na esfera não patrimonial do lesado;
5. Temos defendido que se apura um dano não patrimonial relevante, e portanto indemnizável segundo o artigo 496.º do Código Civil,

⁴⁶ VARELA (1972), pp. 18 e s.

⁴⁷ ANTUNES (2017), pp. 502 e ss.

- sempre que do sacrifício censurável de bens do lesado advém para terceiro um benefício económico;
6. A amplitude com que a indemnização dos danos não patrimoniais foi acolhida no direito português, adaptável à evolução das circunstâncias sociais, o fim de *satisfazer* o lesado que àquela é reconhecida, reagindo à infirmação do seu direito, a natureza do bem que é ofendido, o sentimento de justiça, deve habilitar o juiz, nesta sede, a restituir ao lesante as receitas líquidas imputáveis ao seu comportamento. Em situações de elevada censurabilidade, admite-se a aplicação do critério das receitas brutas;
 7. As condições estão criadas para, em função do lucro obtido pelo autor do facto ilícito, rever o alcance da responsabilidade no respeito dos princípios que, representando uma vitória da civilização moderna, se converteram na sua ortodoxia. De qualquer forma, em razão da emergência de regimes diversos que incluem na indemnização a entrega do lucro ilícito a unidade do sistema jurídico justifica a revisão daquele conceito;
 8. Exclui-se qualquer efeito punitivo no *resgate* do lucro. O lesante perde as vantagens que ilegitimamente adquiriu, nada mais. Somente se apura aquele efeito quando, desprezando o direito alheio, o agente *coisificou* a pessoa. Está, nesse caso, impedido de deduzir à restituição o custo económico dos fatores produtivos que integram a sua esfera jurídica, mas deve, porventura, mais;
 9. O direito privado vigente desconhece uma cláusula punitiva geral. Há, porém, um importante traço de identidade nos casos previstos na lei, pois as sanções privadas que, a respeito das consequências da aplicação da responsabilidade civil, apresentam um efeito punitivo são legitimadas pelo dano. O dano é a causa da sua estatuição, destinando-se o remédio, nuns casos a determiná-lo ou a preveni-lo, noutros a satisfazer o direito do lesado ao desagravo;
 10. Verifica-se uma adesão da sanção criminal às características e finalidades da solenidade da repressão penal que, justificadamente, argumenta em favor da impropriedade do direito privado, limitado pela natureza bilateral ou relacional das sanções que utiliza;
 11. Diversamente sucede a respeito do regime das contraordenações. A lata amplitude do direito de mera ordenação social constitui uma aplicação do princípio da subsidiariedade do direito penal. Em alcance injustificado. As sanções beneficiam a Administração sem curar da natureza essencialmente individual dos bens ofendidos.

- Urge repensar as fronteiras entre o direito de mera ordenação social e o direito privado;
12. Afigura-se que, de forma diversa do que sucede com o *resgate* do lucro ilícito, a previsão legal de uma pena pecuniária restringe o seu alcance à responsabilidade civil extraobrigacional e à responsabilidade obrigacional sem fonte negocial. Na verdade, pretendendo o credor de uma prestação contratual dispor desse remédio, deve recorrer à estipulação de uma cláusula penal;
 13. A previsão legal da pena pecuniária, a competência do juiz, a imposição de limites à condenação, a subsidiariedade em relação ao direito penal são escolhas que resguardam a solução ora enunciada das controvérsias que a utilização de *punitive damages* no direito norte-americano convoca.

Bibliografia

- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Regime Geral das Contraordenações à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2011.
- 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 Editora, Coimbra, 2011.
- ANTUNES, Henrique Sousa, «Das funções reconstitutiva e punitiva da responsabilidade civil extracontratual», in *Colóquio de Direito Civil de Santo Tirso – O Código Civil 50 anos depois: balanço e perspetivas*, Agostinho Cardoso Guedes/Nuno Manuel Pinto Oliveira (coord.), Almedina, Coimbra, 2017, pp. 489-504.
- BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda, *Lições de Responsabilidade Civil*, Príncipia, Cascais, 2017.
- COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Direito das Obrigações*, 12.^a edição, Almedina, Coimbra, 2009.
- DIAS, Augusto Silva, *Direito das Contraordenações*, Almedina, Coimbra, 2018 (reimpressão).
- 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.
- JUEN, Emmanuelle, «Vers la consécration des dommages-intérêts punitifs en droit français. Présentation d'un regime», *Revue trimestrielle de droit civil*, juillet-septembre 2017, pp. 565-585.
- KOCH, Bernhard A., «Punitive Damages in European Law», in *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Helmut Koziol/Vanessa Wilcox (coord.), Springer, Wien/New York, 2009, pp. 197-209.

- LACROIX, Mariève, «Les nouvelles fonctions de la responsabilité civile (regard québécois)», in *Vers une réforme de la responsabilité civile française. Regards croisés franco-québécois*, Blandine Mallet-Bricout (coord., sob a égide da Association Henri Capitant), Dalloz, Paris, 2018, pp. 79-94.
- LE DANTEC, Aude/THOUÉMENT, Amélie, «L'amende civile», in *La réforme du droit de la responsabilité (Actes du colloque du 25 novembre 2016 – Faculté de Droit et de Science politique. Université de Montpellier)*, Louis-Frédéric Pignarre (coord.), Université de Montpellier, s/d, pp. 199-211.
- MONTEIRO, António Pinto, *Cláusula Penal e Indemnização*, Almedina, Coimbra, 1990.
- MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde, *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações*, Almedina, Coimbra, 1989.
- OWEN, David G., «The Moral Foundations of Punitive Damages», *Alabama Law Review*, vol. 40 (1988-1989), pp. 705-739.
- RIAS, Nicolas, «Les nouvelles fonctions de la responsabilité civile (regard français)», in *Vers une réforme de la responsabilité civile française. Regards croisés franco-québécois*, Blandine Mallet-Bricout (coord., sob a égide da Association Henri Capitant), Dalloz, Paris, 2018, pp. 63-77.
- SOUSA, Miguel Teixeira de, *A Legitimidade Popular na Tutela dos Interesses Difusos*, Lex, Lisboa, 2003.
- TILBURY, Michael, «Reconstructing Damages», *Melbourne University Law Review*, vol. 27 (2003), pp. 697-723.
- TUNC, André, «La Pena Privata nel Diritto Francese», in *Le Pene Private*, Francesco D. Busnelli/Gianguido Scalfi (coord.), Giuffrè Editore, Milano, 1985, pp. 349-363.
- VARELA, João de Matos Antunes, *Rasgos Inovadores do Código Civil Português de 1966 em Matéria de Responsabilidade Civil*, s.n., Coimbra, 1972.
- VÉRON, Paul, «Réflexions sur la faute lucrative dans l'avant projet de réforme de la responsabilité civile», in *La réforme du droit de la responsabilité (Actes du colloque du 25 novembre 2016 – Faculté de Droit et de Science politique. Université de Montpellier)*, Louis-Frédéric Pignarre (coord.), Université de Montpellier, s/d, pp. 213-226.
- VINEY, Geneviève/JOURDAIN, Patrice/CARVAL, Suzanne, *Les effets de la responsabilité*, 4e edition, LGDJ, Paris, 2017.

Modalidades Especiais da Ilicitude Extracontratual

Breves referências em torno dos artigos 484.º, 485.º e 486.º

FILIPE ALBUQUERQUE MATOS*

A nossa exposição visa, fundamentalmente, passar em revista as três modalidades especiais de ilícito previstas nos artigos 484.º, 485.º e 486.º¹, com o propósito não apenas de melhor explicitar e caracterizar os tipos de ilicitude previstos nestes preceitos, como ainda com o objectivo de os confrontar com as variantes da ilicitude definidas, em termos gerais, no art. 483.º, n.º 1, do Código Civil. Um tal confronto, não apenas se revela movido por propósitos dogmáticos como, ainda, tem por objectivo aquilatar se realmente faz sentido a metodologia seguida pelo nosso legislador para disciplinar a matéria da ilicitude extracontratual. Dito por outras palavras, cumpre indagar até que ponto fará sentido autonomizar as disciplinas dedicadas ao ilícito ao Crédito ou ao Bom Nome (art. 484.º), à Responsabilidade por Conselhos, Recomendações e Informações (art. 485.º) e à Responsabilidade por Omissões (art. 486.º), em face das virtualidades normativas do regime geral plasmado no art. 483.º, n.º 1.

Cumprido, então, debruçarmo-nos, ainda que em termos sumários, sobre o modelo de ilicitude acolhido pelo legislador português no art. 483.º, n.º 1, podendo, desde já, proceder à respectiva localização a meio caminho entre os sistemas taxativos entre os quais se inclui o sistema germânico, e os que consagram paradigmas de atipicidade no âmbito da definição deste requisito de responsabilidade civil onde se inclui o Ordenamento Jurídico francês e italiano.

* Por opção do Autor, o presente artigo não segue o acordo ortográfico.

* Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

¹ Todos os artigos, doravante citados sem menção expressa ao diploma a que respeitam, pertencem ao Código Civil.

Exemplo paradigmático da atrás mencionada atipicidade, a propósito da delimitação da ilicitude, manifesta-se, sem margem para dúvidas, no Direito francês, centrado em torno da categoria ampla da *Faute*, suscitando-se, a esse propósito, particulares dificuldades em deslindar se nessa sede apenas estará em causa o requisito da ilicitude ou se não se colocarão de permeio também questões nucleares atinentes ao pressuposto da culpa.

A propósito das opções legislativas dos Ordenamentos continentais² em matéria de ilicitude, cumpre salientar que as mesmas não se enquadram em termos meramente lineares nos arquétipos da tipicidade e da atipicidade.

Com efeito, uma análise conquanto superficial dos Direitos positivos português (art. 483.º, n.º 1) e germânico (art. 823.º-I), permite-nos concluir que nos encontramos em face de sistemas intermédios ou perante os comumente designados «modelos mistos de Ilicitude».

Relativamente à solução portuguesa acolhida no art. 483.º, n.º 1, podemos, na verdade, identificar duas variantes da Ilicitude:

- a) Violação dos direitos de outrem;
- b) Violação de normas legais destinadas a proteger interesses alheios (violações de normas legais de protecção).

Bem vistas as coisas, e no tocante à fórmula ampla utilizada para identificar a primeira variante da ilicitude – «violação dos direitos de outrem» –, podemos constatar, sem margem para dúvidas, que nos encontramos nos antípodas de um modelo marcado pela nota da tipicidade. Porém, a abertura manifestada nesta formulação ampla contida no n.º 1 do art. 483.º fica bastante aquém do nível de indeterminação coenvolvida na categoria francesa da *Faute* ou da solução italiana do dano *ingiusto* (art. 2043.º do *Codice Civile*). Razão pela qual o nosso modelo de ilicitude extracontratual deve ser qualificado como um sistema misto.

Como verdadeiramente já atrás tivemos ocasião de sublinhar, também em relação ao regime contido no § 823-I do *BGB*, é utilizado o mesmo epíteto para proceder à respectiva qualificação. No entanto, uma tal equiparação revela-se mais aparente do que real e, assim sendo, não pode, a este propósito, falar-se de uma perfeita identidade dos dois paradigmas de ilicitude acolhidos nos respectivos ordenamentos. Na

² Porém, no âmbito dos sistemas do *Common Law*, prevalece, claramente, a tendência para a adopção de modelos típicos de Ilicitude.

verdade, uma análise cuidada do § 823-I do *BGB*, permite identificar uma estrutura próxima da tipicidade relativamente ao modo como aí surge prefigurada a primeira variante da Ilicidade. Para além da violação do Direito de Propriedade, que é o direito real de gozo por excelência, o legislador germânico procedeu, ainda, a uma enumeração dos direitos de personalidade, cuja violação determina a emergência do ilícito: vida, saúde, integridade física e liberdade³.

Porém, e paradoxalmente, a referência legislativa a um outro direito específico, acaba, afinal, por distanciar o § 823-I do *BGB* dos sistemas onde a ilicitude surge delineada de acordo com um modelo de tipicidade e, assim sendo, parece fazer sentido qualificar o modelo germânico da Ilicidade Extracontratual como um modelo misto.

Pelas razões atrás expostas a propósito dos dois sistemas de Ilicidade colocados em confronto (português e germânico), não temos dúvidas em considerar, que não obstante os contornos diversos e específicos atinentes a cada um deles, podemos qualificar ambos como modelos mistos.

Regressando agora à caracterização do regime jurídico positivo português da Ilicidade Extracontratual, cumpre referir que o mesmo não se esgota nas duas variantes acolhidas na regra geral do art. 483.º, n.º 1. Com efeito, cumpre fazer menção à última *ratio* de sindicância da Ilicidade⁴ – o Abuso do Direito – consagrado no art. 334.º, o qual surge, sistematicamente colocado na parte geral do Código Civil.

Para a mobilização do critério regulativo contido neste preceito, torna-se mister que a conduta do agente viole manifestamente as exigências impostas pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim económico-social do Direito, não se impondo, porém, a ocorrência de um comportamento doloso do lesante.

Procedendo também a propósito desta modalidade de ilícito, a um confronto com uma cláusula paralela de ilicitude consagrada no

³ Esta necessidade de proceder a uma enumeração dos direitos de personalidade cuja violação determina a emergência do ilícito terá decorrido, fundamentalmente, de um certo ambiente doutrinário reinante à época de uma certa resistência à aceitação da qualificação dos direitos de personalidade como direitos subjectivos. Cf., no sentido desta postura dogmática, Cabral de Moncada (1995), p. 73. De resto, uma tal tendência também se chegou a manifestar nos trabalhos preparatórios do Código Civil português (§ primeiro do art. 732.º do Anteprojecto Vaz Serra).

⁴ Cf., a este propósito, Orlando de Carvalho (2012), pp. 117 e ss. (O autor caracterizava precisamente o abuso do Direito como a última *ratio* ou cláusula de sindicância da Ilicidade.)

Ordenamento Jurídico Germânico (§ 826 do *BGB*), podemos constatar que, nesse contexto, para se afirmar a existência deste pressuposto da responsabilidade civil, torna-se necessária a ocorrência de dois pressupostos fundamentais:

- a) Violação dos bons costumes;
- b) Comportamento doloso do agente.

Levando a cabo uma breve análise comparativa dos dois institutos – art. 334.º e § 826 do *BGB* –, podemos concluir que o nosso sistema jurídico não se encontra aprisionado pelas exigências limitativas do dolo e, para além disso, os critérios normativos delimitadores do ilícito são mais amplos do que os constantes do Direito alemão, porquanto neste contexto apenas podemos responsabilizar o agente após constatar a existência de condutas manifestamente contrárias aos bons costumes. Assim sendo, podemos concluir que a solução portuguesa é mais ampla, quer quanto ao seu âmbito objectivo quer em relação à respectiva dimensão subjectiva.

Delineado, em termos muito genéricos, o modelo de ilicitude extracontratual vigente no Direito Positivo português, consideramos ainda que este requisito da responsabilidade civil deve configurar-se como uma contrariedade objectiva do comportamento do agente face aos comandos da Ordem Jurídica, distinguindo-o, de uma forma clara, de um outro pressuposto – o da culpa –, que deve, por seu turno, caracterizar-se como um juízo de censura dirigido ao agente porque podia e devia ter actuado de modo diverso. Revela-se, assim, para nós muito clara a cisão entre os pressupostos da Ilicitude e da culpa no universo das exigências regulativas da responsabilidade civil extracontratual. Manifestando-se pacífica uma tal cisão entre a ilicitude e a culpa, ao lesado caberia apenas o ónus da prova da ocorrência do dano, para se poder presumir a existência da ilicitude. Competiria, então, ao agente para se eximir da sua obrigação de indemnizar demonstrar a existência de uma causa de justificação da ilicitude⁵. Este modo de conceber a ilicitude, comumente designado por ilicitude do resultado, permite devidamente alcançar uma maior segurança ou certeza jurídica na determinação da existência deste requisito da responsabilidade civil.

Cumpra ainda referir que tais considerações surgem particularmente relativizadas quando nos confrontamos com situações de violações de

⁵ Cf., a este propósito, Vaz Serra (1960), p. 135.

direitos com um conteúdo bastante amplo e genérico, relativamente aos quais até se pode duvidar da sua efectiva qualificação como direitos subjectivos, entre os quais se pode destacar, a título exemplificativo, o direito geral de personalidade consagrado no art. 70.º, n.º 1⁶.

Com efeito, a formulação de um juízo de ilicitude por violação de um tal tipo de direitos impõe que o jurista proceda a uma ponderação casuística sopesando, por um lado, os interesses ou os direitos do lesado atingidos, e os interesses ou os valores prosseguidos pelo agente com a sua actuação, por outro.

Assim sendo, a defesa da ilicitude do resultado enquanto modo de perspectivar o requisito da ilicitude assume particular relevância quando estiverem em causa direitos subjectivos com um âmbito suficientemente delimitado, tal como sucede com a generalidade dos direitos reais e dos direitos de personalidade.

Contraposta a esta concepção de ilicitude do resultado (que poderíamos designar como perspectiva clássica), surge uma outra orientação, de acordo com a qual a determinação da existência do ilícito pressupõe uma particular atenção ao comportamento do agente, a fim de averiguar da violação de um dever por parte deste, uma vez que se impunha ao agente, naquela situação, ter adoptado um outro tipo de conduta. Uma tal orientação, apesar de não ser dominante na Doutrina e na Jurisprudência, não deixa de assumir alguma influência nos arestos dos nossos tribunais, como é exemplificativo o trecho do Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 11 de Setembro de 2012, que passamos a transcrever: «A ilicitude envolve sempre “um juízo de reprovação”: não se fez, podendo fazer-se, aquilo que se deveria ter feito.»⁷ Bem vistas as coisas, um tal entendimento permite identificar na ilicitude uma matriz ou dimensão subjectiva, revelando-se particularmente importante apurar do acatamento pelo agente dos deveres objectivos de cuidado, esbatendo-se assim a cisão clássica entre os pressupostos da ilicitude e da culpa.

Em abono deste modo de compreender o requisito da ilicitude, poderá invocar-se a sua permeabilidade a considerações de justiça⁸, permitindo, assim, uma ordenação ou distribuição mais justa dos prejuízos ocorridos

⁶ Cf., a propósito da qualificação do direito geral de personalidade acolhido no art. 70.º do Código Civil de 1966 enquanto *Rahmenrecht* e não como um concreto direito subjectivo, cf., Filipe Matos (2011), pp. 88 e ss. (especialmente nota 109).

⁷ Cf., a propósito da caracterização da ilicitude da conduta e o seu confronto com a ilicitude do resultado, Mafalda Barbosa, 2017, pp. 203 e ss.

⁸ Cf., Nuno Oliveira, 2002, p. 524.

no contacto social, centrando-se este entendimento na ideia de lesão ou perigo de lesão em virtude da adoção, pelo agente, de condutas contrárias aos comandos do Ordenamento Jurídico.

Esta diversidade de critérios manifesta-se com maior acuidade no âmbito das acções negligentes, pois neste contexto, de acordo com os ensinamentos da doutrina da ilicitude do resultado, uma vez demonstrado um resultado lesivo, passa a admitir-se a existência do facto ilícito. Porém, na óptica da ilicitude como ilicitude da conduta, para se verificar a ocorrência deste pressuposto da responsabilidade civil afigura-se necessário apurar se o agente violou os deveres de diligência ou de cuidado que lhe eram exigíveis, dificuldades distintas que não ocorrem, porém, a propósito das acções dolosas do agente.

Para além de todas estas considerações dogmáticas, que nos levam a sufragar a tese da ilicitude do resultado, razões ponderosas de direito positivo nos determinam a concluir ter sido essa a opção do legislador português.

Uma breve análise ou apreciação em torno dos dados atinentes à ilicitude, permite-nos, desde logo, concluir que a realidade jurídica, por si coberta, transcende claramente o âmbito ocupado pelo instituto da responsabilidade civil. Paradigmático neste contexto se revela a disciplina fixada no n.º 2 do art. 70.º, a propósito das medidas preventivas e atenuativas em matéria de tutela da personalidade⁹, bem como o regime contíguo no art. 338.º, a propósito da legítima defesa enquanto causa de exclusão da ilicitude.

Detendo-nos na disciplina estatuída no n.º 2 do art. 70.º, resulta claro que a aplicação de tais medidas preventivas ou atenuativas de ofensas dirigidas à personalidade humana se revela independente da convocação das regras atinentes à responsabilidade civil: «independentemente da responsabilidade civil a que haja lugar...» – art. 70.º, n.º 2.

O art. 484.º – O Ilícito de Ofensa ao Crédito ou ao Bom Nome

Nesta modalidade especial de ilicitude encontra-se latente um conflito entre a liberdade de informação, por um lado, e os direitos ao Bom Nome e ao Crédito, por outro. No perímetro valorativo do ilícito ao Crédito ou ao Bom Nome, integra-se apenas a divulgação de factos e não a transmissão de juízos de valor, razão pela qual um dos pólos do conflito de

⁹ Cf., Capelo de Sousa (1995), pp. 472 e ss.

direitos seja precisamente a liberdade de informação e não o princípio mais amplo em que este se filia: o princípio da liberdade de expressão.

Desta feita, se estiver em causa uma hipótese de divulgação de juízos de valor considerados lesivos do Bom Nome e da Honra dos visados, então, a regra geral do art. 483.º, n.º 1, constitui o único mecanismo de tutela que a estes assiste, uma vez que, ao abrigo do art. 484.º, não se pode afirmar a existência de um ilícito.

Resulta claro desta breve exposição que um dos pressupostos do art. 484.º se traduz na divulgação ou transmissão de factos e não de juízos de valor, requisito este que nem sempre se revela fácil de determinar o seu âmbito, porquanto são, por vezes, muito ténues as fronteiras entre estas duas categorias.

Sem ter o propósito de analisar pormenorizadamente esta querela distintiva, sempre se dirá que a circunscrição do âmbito normativo do art. 484.º às afirmações de facto se justificará atenta a maior potencialidade ofensiva das mesmas face à divulgação de juízos de valor.

Para além deste pressuposto, e com ele estritamente conexionado, anda um outro traduzido na exigibilidade das afirmações de factos serem transmitidas perante um auditório mais ou menos alargado de destinatários ou, dito por outras palavras, a susceptibilidade de tais declarações fácticas directamente dirigidas ao respectivo destinatário serem do conhecimento de terceiros. Socorrendo-nos de uma terminologia penalística, neste preceito encontram-se albergadas as situações de difamação, mas já não as de injúria.

Uma correcta delimitação do âmbito normativo deste preceito, dedicado ao ilícito ao Crédito ou ao Bom Nome, implica uma necessária caracterização destes direitos de personalidade, cuja tutela é alcançada com o art. 484.º A este propósito, cumpre sublinhar que apenas são objecto de protecção desta norma as dimensões objectiva ou externa do bem jurídico da Honra: ou seja, o respeito ou o prestígio social de uma pessoa e já não as vertentes subjectiva ou interna deste valor matriz do Ordenamento Jurídico. Assim sendo, ficam fora da tutela desta modalidade especial da ilicitude, o respeito da pessoa por si própria, a sua auto-estima, que constituem dimensões internas da honra.

Não se considera, porém, que o Ordenamento Jurídico português tenha ignorado a necessidade de protecção de tais bens jurídicos das agressões que os seus titulares possam sofrer de terceiros. Simplesmente, essa tutela não advém do art. 484.º mas sim da regra geral da ilicitude extracontratual consagrada no art. 483.º, n.º 1.

Após estas referências sumárias em torno dos pressupostos do art. 484.º, importa questionar, verdadeiramente, se tem sentido útil o legislador de 1966 ter reservado uma disciplina especial para o ilícito ao Crédito ou ao Bom Nome, uma vez que atenta a maior circunscrição do âmbito normativo deste preceito, quando confrontado com a protecção dispensada pelo art. 483.º, n.º 1, somos levados a reconhecer que, quando o lesado não encontra resposta através dos critérios constantes na disciplina especial, então, poderá socorrer-se do regime geral para a reparação dos prejuízos por si sofridos. Na verdade, a ofensa ao bem jurídico da Honra (ou à vertente subjectiva deste valor jurídico fundamental), bem como a protecção relativa aos bens do Bom Nome e Crédito quando os mesmos tenham sido atingidos por juízos de valor e não por afirmações de facto, poderá ser alcançada através da protecção delitual oferecida pelo art. 483.º

Sendo forçados a reconhecer uma particular circunscrição do âmbito normativo do art. 484.º, há, no entanto, algumas razões, para além dos argumentos históricos (comumente invocados a favor da consagração desta modalidade especial de ilícito), entre as quais sobressai a maior potencialidade ofensiva das afirmações de facto face aos juízos de valor, bem como as particulares especificidades manifestadas pela tutela do crédito, uma vez que nos encontramos aqui perante uma reputação social com uns contornos muito *sui generis*: reputação económico-negocial, à qual pode, eventualmente, ser associada uma dimensão pecuniária autónoma.

Debruçando-nos agora sobre o conflito de direitos latente no art. 484.º: Liberdade de Informação *versus* Bom Nome e Crédito¹⁰, somos forçados a reconhecer que nos encontramos colocados perante um conflito de direitos de igual natureza, uma vez que, de ambos os lados, estão

¹⁰ Na senda de Capelo de Sousa, estamos a admitir a possibilidade de surgimento de conflitos entre direitos de personalidade, entendendo-se existirem «colisões entre as modalidades possíveis de actividade material através das quais se realiza o exercício do direito geral de personalidade ou os direitos especiais de personalidade de uma certa pessoa... com as modalidades igualmente possíveis de actividade material corresponda ao exercício do direito geral de personalidade, dos direitos especiais de personalidade ou de outro direito subjectivo por parte de outra pessoa» – Capelo de Sousa, 1995, p. 251 –, ficando, assim, afastadas as dificuldades decorrentes da circunstância de um autêntico conflito de direitos implicar uma identidade do bem ou objecto sobre que incidam uma pluralidade de direitos.

em causa valores fundamentais da personalidade humana e, desta feita, somos remetidos para o critério normativo contido no n.º 1 do art. 335.º

Ora, relativamente a esta categoria de conflitos, o legislador convoca, para a sua resolução, critérios normativos de concordância prática, ao invés de quando sucede a propósito do âmbito do n.º 2 deste preceito, onde se afirma a regra da prevalência do direito considerado como superior.

Não se encontrando isenta de dificuldades a delimitação de uma escala hierárquica de direitos, atento o relativismo prevalecente nas sociedades do Mundo Ocidental, sempre se revela possível alcançar, em cada momento histórico, um consenso axiológico concreto em torno dos valores ou direitos tidos como mais relevantes ou significativos. A este propósito, ninguém pode contestar que nas modernas sociedades ocidentais, se atribui uma maior relevância axiológica aos direitos pessoais face aquela concedida aos direitos de índole patrimonial.

Em face deste enquadramento, não conseguimos compreender a razão pela qual se tem aceitado a tendência na Jurisprudência nacional para, no âmbito do conflito entre a liberdade de informação e os direitos ao Bom Nome e ao Crédito, se atribuir prevalência aquele princípio estruturante do Ordenamento Jurídico.

Apesar de nos depararmos em alguns destes arestos com afirmações de princípio a reconhecer a existência no âmbito do art. 484.º de conflitos de direitos de igual natureza, certo é que as decisões neles contidas acabam por contrariar a base de fundamentação da qual correctamente partiram.

Basta ter em conta quanto se refere no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 13 de Julho de 2017, para nos apercebermos da manifesta contradição nele encerrada: por um lado, afirma-se não ser possível atribuir aprioristicamente prevalência a nenhum dos bens em conflito, e por outro confere um particular relevo à valoração feita pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos em torno do art. 10.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, bem como à circunstância da liberdade de imprensa constituir um valor jurídico constitucionalmente protegido, cuja intencionalidade regulativa se revela fundamental para a formação de uma opinião pública robusta, sem a qual se não concebe o correcto funcionamento da Democracia. Tendo em conta esta segunda parte da decisão do aresto, acaba por se atribuir prevalência ao bem jurídico da liberdade de imprensa, prevalência essa definida em abstrato, ou seja, nos termos em que o Acórdão inicialmente repudiava a ponderação dos

bens em conflito. Mais ainda: uma tal prevalência conferida à liberdade de imprensa decorre fundamentalmente de nos encontrarmos perante um bem constitucionalmente protegido, manifestando-se aqui, de modo particular, uma certa tendência dogmática que vai fazendo o seu caminho no sentido da constitucionalização do Direito Civil.

Estando em causa uma situação de responsabilidade civil extracontratual por violação de direitos de personalidade, então, o problema deveria ter sido discutido, principalmente no plano civilístico, remetendo-se a questão para a tutela da personalidade assegurada pelo Código Civil, através de uma análise conjugada dos artigos 483.º, n.º 1, e 70.º deste diploma legal.

Para além disso, e distanciando-nos claramente do enquadramento jusconstitucionalista da decisão do Acórdão de 13 de Julho de 2017, importa, porém, sublinhar que a nossa discordância se reporta não apenas ao conteúdo deste aresto, mas também à orientação que, recentemente, o Supremo Tribunal de Justiça tem acolhido para resolver as questões de colisão entre a liberdade de informação e os direitos ao Bom Nome, Honra e Crédito, orientação esta filiada na interpretação que o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos tem considerado mais correcta a propósito do sentido e alcance a atribuir ao art. 10.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (especialmente do n.º 2 deste preceito).

Para além da prevalência do Direito Internacional Convencional sobre o Direito Constitucional dos Estados que aprovam e ratificam os respectivos diplomas normativos estar longe de ser uma questão bem resolvida, certo é que a interpretação feita pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos ao art. 10.º não representa a única leitura possível acerca do modo mais adequado de resolver os conflitos entre a liberdade de imprensa e os direitos à Honra e ao Bom Nome.

Na verdade, a circunstância dos arts. 10.º e 11.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos se reportarem à tutela do valor de Liberdade de Expressão na óptica de uma garantia institucional, e ainda o facto de a honra apenas figurar na disciplina da Convenção na qualidade de restrição ou ressalva ao exercício das faculdades ínsitas naquele valor fundamental, não permite, de modo algum, concluir pela menor relevância ou densidade axiológico-normativa da honra no âmbito do funcionamento das sociedades democráticas e do respectivo funcionamento.

Com efeito, a expressa referência à honra e aos direitos de outrem no âmbito das limitações com que o valor da liberdade de expressão se tem de confrontar, pode querer significar antes que a Convenção Europeia

dos Direitos Humanos quis atribuir um lugar de destaque à tutela dos direitos de personalidade, a propósito dos quais – direitos de outrem – fez uma menção individualizada à honra¹¹.

Importa ainda chamar à atenção que o Supremo Tribunal de Justiça ao decidir desta maneira os conflitos entre a liberdade de imprensa e os direitos à Honra e ao Bom Nome, acaba por inverter e contrariar o sentido das decisões que desde a sua década de 90 do século passado, a sua própria Jurisprudência apontava. Na verdade, foi a partir desta altura que a posição da jurisprudência nacional sobre esta matéria foi evoluindo no sentido de se afastar de uma abordagem que defendia a prevalência da honra e do Bom Nome sobre a liberdade de expressão (tal como sucedia na maioria dos Acórdãos da década de oitenta do século passado), para se passar a admitir a igualdade hierárquica dos bens ou valores em conflito – liberdade de imprensa *versus* Honra e Bom Nome.

Antes de terminarmos a nossa exposição acerca do preceito dedicado ao Ilícito ao Bom Nome e ao Crédito, cumpre fazer menção a um importante problema que, praticamente desde a entrada em vigor deste preceito, o foi acompanhando: a *vexata questio* da responsabilização pela divulgação dos factos verdadeiros.

Não se suscitando, à partida, dificuldade na responsabilização do agente pela divulgação de factos falsos, uma vez que estes são, por regra, de molde a provocar ataques significativos aos bens da personalidade, o mesmo não se pode, contudo, afirmar pacificamente quanto à transmissão de factos verdadeiros. Como bem ensina Sinde Monteiro, «o Direito não pode tratar encarar com os mesmos olhos a verdade e a mentira»¹², razão pela qual apenas com particulares dificuldades se pode responsabilizar o agente quando está a divulgar factos verdadeiros, uma vez que o seu comportamento encontra-se, desde logo, legitimado pelo valor fundamental da liberdade de expressão.

Com efeito, tem-se assistido na Doutrina, ao longo dos tempos, a posições contraditórias, ora no sentido da admissibilidade da responsabilização do agente quando divulga factos verdadeiros¹³, ora no sentido

¹¹ Para maiores desenvolvimentos, cf. Filipe Matos (2018), pp. 23 e ss.

¹² Cf., Sinde Monteiro (2009), p. 47.

¹³ Cf., neste sentido, Antunes Varela (2010), pp. 548-549 (especialmente nota 2 da p. 548), Filipe Matos (2011), pp. 420 e ss., a nível jurisprudencial, *vide*, Acórdão do STJ de 8 de Março de 2007 (*in* www.dgsi.pt).

exactamente contrário¹⁴, manifestando-se os autores que sufragam esta orientação particularmente sensíveis à tutela da liberdade de expressão.

Neste xadrez policromado em que se confrontam duas frentes opostas, não deixam desse vislumbrar ainda posições intermédias, em que além do atributo nuclear da verdade das afirmações de facto, se convocam ainda outras notas importantes, entre as quais sobressai a relevância do interesse justificativo das notícias divulgadas pelo agente (interesse público, interesse sensacionalista, interesses meramente especulativos...)¹⁵.

De acordo com o nosso entendimento, o agente poderá ser obrigado a indemnizar mesmo quando procede à transmissão de factos verdadeiros, revelando-se necessário, porém, chamar à colação o princípio da proporcionalidade para proceder a uma correcta delimitação do ilícito.

Tendo em conta que o lesante se encontra a transmitir factos verdadeiros, actuando ao abrigo da liberdade de expressão, apenas quando os interesses por si prosseguidos se revelarem de menor importância ou relevo face aos bens do lesado atingidos (manifestando-se uma clara desproporção entre outros), se poderá admitir a responsabilização do agente nos termos do art. 484.º

Encontrando-nos nestas situações perante autênticos conflitos de direitos, ao invés de quando sucede nas hipóteses de divulgação de factos manifestamente falsos e, tratando-se de direitos de idêntica natureza, nos termos previstos no n.º 1 do art. 335.º, cumpre nesta sede convocar as exigências axiológicas do princípio da concordância prática.

Como a este propósito nos ensina Capelo de Sousa, a resolução dos conflitos de direitos encontra-se particularmente dependente das concretas circunstâncias do caso¹⁶, podendo, em função destas, registar-se uma intensificação ou atenuação das exigências de tutela de um dos direitos em presença, devendo então o intérprete desviar-se de orientações abstractas e previamente prevalecentes a propósito do tipo de conflito em presença.

Sendo certa a premissa já atrás mencionada, de acordo com a qual o Direito não pode tratar da mesma forma a verdade e a mentira, também é igualmente certo que, em nome da divulgação de factos verdadeiros, não pode o agente cometer atropelos manifestos aos direitos de personalidade de outrem.

¹⁴ Cf. Pessoa Jorge (1968), p. 310.

¹⁵ Cf. Menezes Leitão (2017), pp. 293-294.

¹⁶ Cf. Capelo de Sousa (1995), pp. 546-547.

Tais conclusões são, desde logo, confortadas pela circunstância de nos encontrarmos perante fórmulas válidas de exercício de dois direitos, a saber, a faculdade de divulgar livremente afirmações de facto, por um lado, e os direitos ao Crédito e ao Bom Nome, por outro. Na tarefa de concordância prática dos direitos em colisão, o juiz tem necessariamente de ponderar, *in casu*, as exigências da necessidade da adequação e da proporcionalidade em sentido estrito, quando estiver a debruçar sobre a conduta do agente. Importa, no entanto, considerar que as conclusões sobre tais problemas não podem ser perspectivadas, unicamente, a partir da óptica do agente, revelando-se antes essencial levar em linha de conta a posição do destinatário, ou seja, do visado com as declarações – o lesado.

Desta feita, na delimitação do ilícito ao Bom Nome e ao Crédito intervém como elemento constitutivo o princípio da proporcionalidade, cuja relevância a nível da colisão de direitos é incontestável.

Como atrás já dissemos, quanto aos factos falsos não se suscitam dúvidas da sua idoneidade para provocar danos nos bens da personalidade do Bom Nome e do Crédito, tal como se manifesta exigível pela redacção do art. 484.º Algumas dificuldades podem, porém, suscitar-se quanto à responsabilização do agente pela divulgação de factos não demonstravelmente verdadeiros.

Tendo em conta a indemonstrabilidade da verdade dos factos no momento da sua divulgação, bem como o interesse público a esta associado, parece razoável excluir a responsabilidade do agente, mesmo quando posteriormente se venha a apurar o carácter inverídico daqueles.

Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações – art. 485.º

No art. 485.º, o legislador consagrou um outro ilícito especial – Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações –, colocando-se a propósito deste preceito a mesma questão nuclear já suscitada a propósito do ilícito ao Crédito ou ao Bom Nome: fará sentido a consagração deste ilícito especial num ordenamento jurídico onde se encontra uma cláusula geral de ilicitude, como a contida no art. 483.º, n.º 1? Uma resposta positiva a esta questão implicará necessariamente a formulação de uma outra com ela particularmente conexcionada: a afirmação de um ilícito especial implicará o afastamento das regras ou princípios gerais, mormente os respeitantes à ilicitude extracontratual?

Antes de respondermos a estas pertinentes questões, importa, desde logo, proceder à delimitação do âmbito normativo do art. 485.º, colocando em destaque os seus requisitos ou pressupostos, e explicitar ainda que subjacente à disciplina deste preceito se encontra o conflito entre a Liberdade de Expressão, por um lado, e a Tutela da Confiança de quem é induzido em erro pelas Informações ou Recomendações, por outro.

No tocante à caracterização das categorias mencionadas no art. 485.º – Conselhos, Recomendações, ou Informações, cumpre, desde logo, sublinhar que conceitualmente enquanto nas Recomendações e nos Conselhos se encontra coenvolvida uma tomada de posição acerca do acto futuro do destinatário, registando-se, portanto, uma exortação para este agir em certo sentido, relativamente às informações está fundamentalmente em causa a transmissão de um facto objectivo (um *status quo*). Desta feita, a informação deve considerar-se como uma realidade neutra.

No entanto, a distinção entre estas categorias não se revela fácil, uma vez que as mesmas se encontram interligadas. Por vezes, aquilo que formalmente é designado como informação acaba por materialmente constituir um conselho, e por vezes estas espécies encontram-se profundamente inter-relacionadas (ex.: Informações para fundamentação do conselho).

Tendo em conta que, por regra, as Informações, Recomendações e Conselhos são prestados de modo espontâneo e de forma gratuita, então o legislado consagrou no n.º 1 do art. 485.º como regra, a irresponsabilidade, na senda da velha tradição romanística do mandato e da disposição do *BGB* (§ 676 – correspondente ao actual § 675-2) que inspirou este preceito de Direito Pátrio.

Apesar da realidade jurídico-negocial já não corresponder ao paradigma atrás retratado, uma vez que parte dos Conselhos, Recomendações e Informações assumem hoje uma natureza onerosa, certo é que admitir uma genérica responsabilização do agente pela divulgação dos mesmos implicaria uma perigosa limitação ao valor da Liberdade de Expressão. Para além disso, não se pode ignorar que os Conselhos, Recomendações ou Informações atingem diariamente um número muito significativo de pessoas, e como tal são susceptíveis de provocar o surgimento de danos em cascata.

Na disciplina desta matéria importa, pois, sopesar devidamente a Liberdade de Expressão, por um lado, e a Tutela da Confiança de quem é induzido em erro, por outro.

No tocante aos danos susceptíveis de serem desencadeados em cascata por informações inexactas ou falsas, importa destacar que estão

basicamente em causa danos puramente patrimoniais, ou seja, prejuízos patrimoniais aos quais não corresponde a violação de direitos absolutos. Para além da natureza dos danos, por regra, provocados pelas informações inexactas ou erróneas, cumpre ainda explicitar que a produção de danos neste universo decorre a maior parte das vezes de uma causa intermédia: a vontade do destinatário ou utilizador da informação, razão pela qual se levantam ainda problemas delicados de causalidade.

Apesar da regra em matéria de divulgação de Informações, Recomendações ou de Conselhos ser a da irresponsabilidade (art. 485.º, n.º 1), certo é que no número dois da norma em análise prevêem-se hipóteses de responsabilidade, dependentes da observância de determinados requisitos, a saber: a assunção pelo agente da obrigação de indemnizar, ou a existência de um dever de dar Conselho, Recomendação ou Informação e do ponto de vista subjectivo, uma actuação do agente negligente ou dolosa, ou a ocorrência de um procedimento do agente que constitua um facto punível.

Apesar desta delimitação específica de um conjunto de situações determinantes da emergência de um dever de indemnizar pela divulgação de Recomendações, Conselhos ou Informações, torna-se, porém, muito duvidoso se esta regra do n.º 2 do art. 485.º permite cobrir com a mesma amplitude as hipóteses abrangidas pela ressalva genérica da norma paralela do Direito germânico, onde se admite a responsabilização do agente nos termos do Direito Contratual e do Direito Delitual.

Importa ainda chamar a atenção para o âmbito de aplicabilidade do art. 485.º, afastando-se, desde logo, da sua esfera de intervenção a Responsabilidade Pré-Contratual por Informações, que encontra, por seu turno, respaldo no art. 227.º, n.º 1.

Relativamente à emergência dos deveres de informação, cumpre sublinhar que a prestação de Conselho ou Informação pode constituir objecto de um contrato dirigido exclusivamente a esse fim: Contrato de Conselho, quando esteja em causa uma informação já trabalhada, ou um Contrato de Informação se esta for fornecida em estado bruto.

Nesta sede, não podemos ignorar a emergência cada vez mais frequente no hodierno tráfico jurídico de acordos contratuais cujo objecto se traduz na formulação de Conselhos ou na formulação de Informações. Definindo-se o conteúdo destes Contratos de Conselho ou de Informação sobretudo por via interpretativa, torna-se, por vezes, difícil determinar a existência deste tipo de acordo, suscitando particulares dificuldades neste âmbito a identificação dos comumente designados Contratos Tácitos

de Informação, atenta a admissibilidade das declarações negociais se traduzirem em comportamentos concludentes (art. 217.º).

Como a este propósito nos ensina Sinde Monteiro¹⁷, essencial é o facto de a nossa lei exigir a consciência de declaração (art. 246.º). Porém, para que a prestação de informação possa ser configurada como um comportamento concludente (art. 217.º), parece-nos ser bastante, em alguns casos, a identificação relativamente a quem preste a informação da existência de cognoscibilidade por parte deste de um interesse económico numa actuação em concordância com o conteúdo da informação, não se revelando exigível uma contraprestação em sentido jurídico.

Sobre a emergência de deveres de informação e a intensidade dos mesmos, não se pode deixar de levar em linha de conta a qualidade das partes e a natureza da relação jurídica. A este propósito, poderá afirmar-se que os deveres de informação assumirão menor relevo quando estiverem em causa interesses contraditórios do que quando se tratar de uma actividade no interesse de outrem.

Cumprindo por fim responder à importante questão já atrás mencionada, que consiste em saber se o regime contido no art. 485.º implica um afastamento dos princípios ou das regras gerais do Direito Delitual. Na resposta a uma tal questão, não podemos ignorar que, por regra, a prestação de informações erróneas ou inexactas não contende com a ilicitude que se consubstancia na violação de direitos absolutos (art. 483.º, n.º 1). Com feito, torna-se difícil visualizar a existência de situações de violação de direitos de outrem decorrentes da prestação de informações inexactas, uma vez que na maior parte das vezes a actuação do agente não desfere um ataque directo a tais direitos, sendo antes de contar-se, de premeio, com a vontade da pessoa que recebeu e confiou na Informação ou no Conselho.

Porém, quando tal suceder, será que a responsabilização do agente implicará a verificação do preenchimento dos requisitos do art. 485.º, n.º 2? Parece-nos que a resposta tem de ser necessariamente negativa. Além da falta de justificação material, não conhecemos qualquer precedente no sentido de afastar a regra fundamental de que é em princípio ilícita a violação de direitos de outrem (art. 483.º, n.º 1 – primeira modalidade de ilicitude), mesmo quando a mesma seja provocada por Conselhos ou Informações.

Não podemos, no entanto, deixar de levantar a interrogação destinada a saber se os princípios ou regras gerais de Direito Delitual oferecem

¹⁷ Cf. Sinde Monteiro (1989), p. 637.

uma resposta adequada para a problemática da responsabilização pela divulgação de Informações negligentes.

Ora, tendo em conta as limitações impostas pelo nosso Direito Delitual ao ressarcimento dos danos puramente patrimoniais, assume nesta sede uma particular relevância a figura da Relação Obrigacional sem deveres primários de prestação (onde se integram institutos como a culpa *in contrahendo*, a relação corrente do negócio, e o contrato com eficácia de protecção contra terceiros), bem como o recurso ao mecanismo de tutela do abuso de direito, pela violação dos bons costumes, uma vez que o Direito português, ao invés do Direito germânico (§ 826) não exige o requisito do dolo para fazer desencadear a aplicação do art. 334.º

Acerca da delicada questão de saber se o regime delitual geral oferece uma resposta adequada para a esmagadora maioria dos casos suscitados pela prestação de Conselhos ou Informações, e que se traduzem basicamente na divulgação de informações negligentes causadoras de danos puramente patrimoniais, importa referir que se torna, na verdade, bastante difícil encontrar um enquadramento satisfatório no âmbito das regras gerais de direito delitual, quando estiverem em causa tais prejuízos. Razão pela qual se revela fundamental encontrar apoio em construções dogmáticas, como a da Relação Obrigacional sem deveres primários de prestação¹⁸.

Tal como sustenta Sinde Monteiro, a responsabilização do agente nas hipóteses atrás mencionadas pode vir a ser alcançada por via da contrariedade aos Bons Costumes. Porém, como também sustenta o autor, o juízo de contrariedade aos Bons Costumes parece convocar uma ponderação global das circunstâncias, sendo a qualificação profissional e correspondente posição de confiança, apenas um dos elementos relevantes, embora de grande peso.

Cumprido, portanto, sublinhar, as dificuldades suscitadas por uma tal solução, uma vez que nestas hipóteses de contrariedade aos Bons Costumes «parece ser de exigir, senão culpa grave, ao menos uma negligência caracterizada, marcando-se a diferença entre o cliente e o terceiro»¹⁹.

Responsabilidade por Omissões: art. 486.º

O regime efectivo do art. 486.º constitui um desvio à regra em matéria delitual, porquanto a generalidade dos factos voluntários do agente

¹⁸ Cf. Sinde Monteiro (1989), pp. 514 e ss.

¹⁹ Cf. Sinde Monteiro (1989), p. 649.

susceptíveis de responsabilizá-lo traduzem-se em acções, atenta a relação de anonimato que liga o lesante ao lesado. Na verdade, o fundamento da ilicitude na sua primeira variante (art. 483.º, n.º 1) traduz-se na violação de direitos absolutos, os quais impõem a todos os membros da comunidade jurídica um dever geral de abstenção.

Realidade completamente distinta ocorre no plano contratual, onde o ilícito, por regra, se consubstancia na violação de deveres de conteúdo positivo, ou seja, de deveres de acção. Não admira assim que apenas excepcionalmente a responsabilidade contratual tenha na base uma acção. Tal sucede apenas quando, por força da relação contratual, se imponha às partes um *non facere*, podendo, nesta sede, invocar-se a título meramente exemplificativo a obrigação de não concorrência derivada dos contratos comerciais.

Em face destas considerações genéricas, não admira que a Responsabilidade por Omissão se encontre dependente da existência de um dever de agir, resulte o mesmo da lei ou de negócio jurídico.

Com efeito, admitir como norma a Responsabilidade por Omissões no universo extracontratual, representaria um rude golpe à liberdade de acção das pessoas, uma vez que perante o espectro de uma eventual responsabilização, os particulares, com toda a probabilidade, sentir-se-iam compelidos a agir, não actuando assim com plena liberdade.

A propósito dos deveres de agir impostos por lei, cumpre distinguir entre os resultantes de uma norma que imponha directamente uma certa acção (omissão pura) e os provenientes indirectamente de norma impositiva de colaboração aos seus destinatários para prevenção de certo resultado, que é punido de forma diversa na lei (omissão impura). Como a este propósito sublinha Antunes Varela «no 1.º caso, a ilicitude refere-se directamente à omissão (omissão pura), no 2.º, ao valor, bem ou interesse jurídico tutelado (comissão por interesse)»²⁰.

Particularmente relevante no âmbito da Responsabilidade por Omissões se revela a questão da sua admissibilidade quando alguém com a sua conduta crie uma situação ou fonte de perigo, surgindo então para esse sujeito o dever de evitar a consumação desse risco, ou seja, o dever jurídico de prevenção do perigo²¹.

Expostas que foram as dimensões estruturantes do regime contido no art. 486.º, conquanto de modo muito sumário, importa agora questionar

²⁰ Cf. Antunes Varela (2005), pp. 551-552.

²¹ Cf. Vaz Serra (1959), pp. 109 e ss.

também a propósito deste tipo de ilicitude, da eventual necessidade do legislador lhe ter reservado um tratamento autónomo. Estabelecendo um confronto com a resposta à mesma questão colocado a propósito dos artigos 484.º e 485.º, sempre se dirá que neste regime dedicado à Responsabilidade por Omissões, se registam poderosas razões para a previsão de um regime especial, uma vez que a regra geral do art. 483.º, n.º 1, situada no terreno extracontratual se reporta às relações marcadas por uma nota de anonimato.

Ora, como já atrás deixámos referido, o vínculo que liga o agente ao lesado traduz-se num dever genérico de abstenção, cuja violação é perpetrada pela adopção de um comportamento positivo: um *facere*. Desta feita, constituindo a Responsabilidade por Omissões um desvio à regra geral no universo delitual, era necessário que o legislador regulasse expressamente tais situações. De outro modo, as normas gerais não permitiriam responsabilizar o agente, não obstante os deveres de agir quando tenham por fonte a lei, nos reconduzam a uma tal solução.

Importa, por fim, sublinhar a incompatibilidade entre a Responsabilidade por Omissões e o instituto da Responsabilidade Civil quando o mesmo se fundamente na confiança, como, a este propósito, sustenta Carneiro da Frada: «Há deste modo que distinguir entre declaração e omissão de declaração, e afirmar igualmente, repita-se, a incompatibilidade desta última com a responsabilidade pela confiança e com a “lógica” dos seus requisitos – não existe condenação de condutas que se alicerce sobre uma pura omissão –, ordenando-a sistematicamente na responsabilidade por infracção de regras de agir. O que se reflecte obviamente na construção da responsabilidade.»²²

Na Doutrina germânica, regista-se, no entanto, uma certa tendência para a parificação da Responsabilidade por Declarações com a decorrente da Omissão de Esclarecimento²³.

Bibliografia

BARBOSA, Mafalda Miranda, *Lições de Responsabilidade Civil*, Cascais, 2017.

CARVALHO, Orlando de, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, 2012.

²² Cf. Carneiro da Frada (2007), pp. 615-616.

²³ Cf. Clauswilhelm Canaris (1983), pp. 102 e ss. (O autor funde as duas responsabilidades de modo homogéneo na violação de uma relação unitária de protecção.)

- CANARIS, Clauswilhelm, *Schutzgesetze-Verkehrspflichten-Schutzpflichten*, Fs für Karl Larenz zum 80 Geburtstag, München, 1983.
- FRADA, Manuel Carneiro da, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Coimbra, 2007.
- JORGE, Fernando Pessoa, «Ensaio sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil», in *Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal*, Lisboa, 1968.
- LEITÃO, Luís Menezes, *Direito das Obrigações*, Vol. I (14.^a ed.) – Introdução da constituição das obrigações, Coimbra, 2017.
- MATOS, Filipe Miguel Cruz de Albuquerque, *Responsabilidade Civil por Ofensa ao Crédito ou ao Bom Nome*, Coimbra, 2011.
- MATOS, Filipe Miguel Cruz de Albuquerque, «Colisão entre a Liberdade de Informação e o Direito à Honra e ao Bom Nome. O art. 484.º e a Jurisprudência do TEDH», in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 62 (Abril-Junho 2018), 2018.
- MONCADA, Cabral de, *Lições de Direito Civil, Parte Geral*, 4.^a ed. póstuma, 1995.
- MONCADA, Cabral de, *Lições de Direito Civil, Parte Geral*, 3.^a ed., 1959.
- MONTEIRO, J. Sinde, *Relatório sobre o Programa, Conteúdo e Métodos de uma Disciplina de Responsabilidade Civil*, Coimbra, 2009.
- MONTEIRO, J. Sinde, *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações*, Coimbra, 1989.
- OLIVEIRA, Nuno Pinto, «Sobre o Conceito de Ilícitude do Artigo 483.º do Código Civil», in *Estudos em Homenagem a Francisco José Velozo*, Braga, 2002.
- SERRA, A. Vaz, «Obrigação de Indemnização (colocação, fontes, conceito e espécie do dano. Nexo causal. Extensão do dever de indemnizar. Espécies de indemnização, direito de abstenção e remoção)», in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 84, 1959.
- SERRA, A. Vaz, «Requisitos da Responsabilidade Civil», in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 92, 1960.
- SOUSA, R. Capelo de, *O Direito Geral da Personalidade*, Coimbra, 1995.
- VARELA, J. Antunes, *Das Obrigações em Geral I* (10.^a ed.), Coimbra, 2005.

Responsabilidade civil sem causalidade¹

MAFALDA MIRANDA BARBOSA*

1. Hipóteses de responsabilidade sem causalidade

I – Aprendemos todos, em tempos mais ou menos recuados, a integrar entre os pressupostos da responsabilidade civil a causalidade. A razão para tal é clara: a responsabilidade civil tem um pendor eminentemente ressarcitório, pelo que a presença do dano e a sua ligação ao comportamento (em regra) culposo e ilícito é fundamental. Diria mais: diria que esta ligação, desde que estejamos a falar do dano evento ou dano lesão, é essencial para se estabelecer, inclusivamente, a ilicitude. Daí que recentemente se distinga a causalidade fundamentadora da responsabilidade da causalidade preenchedora da responsabilidade, distinção que me parece a todos os níveis fulcral. A primeira liga o comportamento do agente à violação do direito ou interesse legalmente protegido; a segunda liga a violação do direito ou interesse ao dano subsequentemente sofrido. Por isso, configura talvez uma heresia falar de responsabilidade sem causalidade. Ou mesmo uma contradição, dada a absoluta necessidade dela para configurar a própria ilicitude. Não obstante, nestes minutos que me são concedidos, tentarei argumentar no sentido da ausência de causalidade do sistema de responsabilidade civil delitual. Ausência esta entendida num duplo sentido: em primeiro lugar, referir-me-ei a situações em que o sujeito não causou o dano e, não obstante, é responsável por ele; em segundo lugar, darei conta de hipóteses (mais gerais) em que a causalidade entendida em sentido causalista falha, para, finalmente, concluir que ela deve ser substituída pela categoria da imputação.

II – Várias são as hipóteses com que nos confrontamos desde sempre em que não é possível falar de causalidade, em sentido próprio. Ou melhor, em que responsabilizamos um sujeito sem que ele tenha

* Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

¹ O texto que agora se apresenta corresponde, com alguns aditamentos e ligeiras modificações, à conferência que proferimos no dia 11 de outubro de 2018, na Universidade Católica Portuguesa (Lisboa), no âmbito das *Católica Talks*.

causado o dano. Pense-se no caso de A que encarrega B da execução de uma qualquer tarefa, vindo a responder pelos danos que B causa, ilícita e culposamente, quando está no exercício das funções que lhe foram confiadas; ou na hipótese de A que responde, independentemente de qualquer comportamento seu, pelos danos causados pelo seu automóvel que, estando estacionado, incendeia e explode. Estamos, aqui, no campo da responsabilidade pelo risco, que, não obstante as nossas considerações, foi vista por alguns autores como um exemplo de responsabilidade pela pura causalidade. Venezian, na verdade, pretendeu transformar a responsabilidade num puro sistema assente na causalidade, justificando esta a oneração do património do lesante. No fundo, aquela emergência como elemento suficiente da responsabilidade civil que assim se via convertida numa pura responsabilidade pelo resultado e num modelo absolutamente objetivo². É hoje, porém, evidente a falência das posições venezianas, que, ao transmutarem ou pretenderem transmutar a responsabilidade civil numa responsabilidade pela pura causalidade, esquecem, entre outros aspetos, o carácter aporético da indagação causal e o facto de, despido de qualquer sentido de *dever-ser*, a dita causalidade se situar tanto do lado do lesante como do lesado, pois sem ele jamais poderá verificar-se o dano, deixando sem fundamento a transferência do prejuízo da esfera do segundo para a esfera do primeiro. E se com isto se nega a causalidade como fundamento da responsabilidade objetiva, teremos de admitir que, em rigor, uma causalidade pura em sentido causalidade está também excluída como critério dessa mesma responsabilidade. Será assim sempre que tal responsabilidade avulte com base num comportamento alheio ou na ausência de um comportamento voluntário do agente.

III – Hipóteses há, também, no seio da responsabilidade objetiva, nas quais nem sequer de imputação – a categoria que como veremos vamos mobilizar para cumprir o desiderato que a causalidade prossegue tradicionalmente – se pode falar. Constatamo-lo ao nível da responsabilidade civil da entidade patronal por danos ocorridos no quadro dos acidentes de trabalho, domínio onde, por referência a determinados casos

² VENEZIAN (1918), 46. Para uma crítica mais aprofundada da responsabilidade objetiva como uma pura responsabilidade causal, cf. Mafalda Miranda BARBOSA (2013), 385 s., e Mafalda Miranda BARBOSA (2014), 37 s., 79 s., e, com grande acuidade, P. TRIMARCHI (1961), 14 s.

concretos, é preferível falar de um nexo de implicação e não de um nexo de imputação. Situações há, de facto, em que inexistente uma esfera de risco assumida pela entidade empregadora com contornos definidos. Somos confrontados – em face da amplitude que a mesma apresenta³ – não com uma esfera desenhada a partir dos riscos inerentes à atividade laboral – seja ela qual for –, mas com uma esfera de extensão máxima, em nome da tutela do trabalhador. A delimitação que é estabelecida aponta para um fundamento da responsabilidade que extravasa o risco e encaminha-nos para uma componente assistencialista. A causalidade, ainda que com o sentido imputacional com que a vamos revestir, deixa de ser pensada na ligação entre o acidente e os riscos próprios da laboração, havendo, contudo, uma ligação que não se perde. Para o percebermos, basta lembrarmos-se as situações de descaracterização do acidente e de verificação de um caso de força maior. Dir-se-ia, portanto, que o critério de ligação entre o acidente e o trabalho é, em primeira linha, espaço-temporal; e, em segunda linha, porque é necessário densificar – face à amplitude com que somos confrontados pela disciplina legal – o conceito de local e tempo de trabalho, material. Em todas as situações em que a estrita presença do trabalhador num local definido para executar a prestação laboral ou em que o cumprimento de um horário de trabalho não é bastante, exige-se uma conexão material ao quadro de competências que lhe foi atribuído⁴. Estamos, porém, longe do critério assente no risco plasmado, por exemplo, no artigo 500.º CC. Dir-se-ia que aquela conexão material se preenche sempre que o trabalhador se encontre naquele local, naquele momento e naquelas circunstâncias em virtude do seu trabalho. Em jogo, parece não estar qualquer ideia de causalidade, mas algo similar que, pressupondo um sentido imputacional mínimo, pode andar próximo do que em França se designa por nexo de implicação^{5/6}, e que entre nós acabaria por ser

³ Pense-se na responsabilidade pelos acidentes de trajeto, por exemplo.

⁴ Assim se resolvem, portanto, as situações como as anteriormente relatadas do desvio no trajeto profissional e do almoço de trabalho.

⁵ A este propósito, cf. Geneviève VINEY/Patrice JOURDAIN (2006), 182. As autoras distinguem o nexo de causalidade do *lien de rattachement* e da *implication*. Segundo esclarecem, o nexo de causalidade coloca em relação dois elementos constitutivos da responsabilidade – o facto gerador e a responsabilidade. Aquele pode ser um facto pessoal do defensor, mas também pode ser um comportamento de um terceiro ou estar polarizado numa coisa. Nestas últimas hipóteses, a relação causal entre o facto gerador e o dano não é suficiente para designar o responsável, sendo imprescindível uma outra relação a

acolhido jurisprudencialmente no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 16 de setembro de 2015⁷.

IV – Outras hipóteses há, fora da responsabilidade pelo risco e, mais amplamente, fora da responsabilidade objetiva, em que a causalidade tal como nos habituámos a pensá-la está ausente. Adequadamente compreendidas as coisas, chegaremos à conclusão de que, verdadeiramente, a causalidade estará ausente de qualquer esquema de imputação de danos. Há, contudo, que distinguir diversos níveis ou patamares discursivos, por não serem sempre idênticos os problemas com que nos confrontamos. Assim, haveremos de considerar as situações em que não se consegue responder positivamente ao teste da causalidade adequada, mas em que o jurista o força para poder assacar a responsabilidade, segundo um justo intuir, levando a que os autores falem do critério como uma fórmula vazia ou *leerformel*. E haveremos de considerar as situações em que falha o requisito da condicionalidade *sine qua non*, enredando-se o julgador numa verdadeira aporia em face da necessidade de não deixar indemne o lesado e da impossibilidade de o comportamento do sujeito se afirmar como condição sem a qual o dano não teria ocorrido. A questão é agora diversa: não está em causa um especial nicho problemático a exigir uma adaptação do modelo delitual, mas a constatação da falência dos critérios tradicionalmente predispostos para assegurar o cumprimento do requisito aquiliano.

unir a atividade lesiva a uma pessoa que lhe é estranha. Fala-se, então, de um *lien de rattachement*. Diferente seria, ainda, o conceito de *implication*: utilizado na lei de 5 de julho de 1985 sobre a indemnização das vítimas dos acidentes de circulação, cujo artigo 1.º considera aplicável «às vítimas de um acidente de circulação no qual está implicado um veículo terrestre a motor», que manteria, conforme se lê a págs. 183, um «certo parentesco com a causalidade», não deixando de se notar que a *Cour de Cassation* censura a orientação jurisprudencial que mobiliza os termos causais para apreciar a implicação de um veículo no acidente. O conceito acabaria por ser importado para o *Code Civile*.

Sobre o ponto, cf. Mafalda Miranda BARBOSA (2014-2), 53 s.

⁶ Isto é, o trabalho tem de estar implicado no acidente. Esta implicação pode resultar em termos formais dos critérios consagrados na lei ou, em casos mais complexos, de uma conexão material com as funções da pessoa. Daí dizer-se que andamos longe do juízo imputacional a que somos conduzidos pelo artigo 500.º do CC.

⁷ Proc. n.º 112/09.5TBVP.L2.S1, relator Mário Belo Morgado. Cf., ainda, Ac. Tribunal da Relação do Porto de 11 de setembro de 2017, Proc. n.º 62/15.6Y7PRT.P1, relatora Paula Leal de Carvalho.

2. A imprestabilidade da *conditio sine qua non* e as hipóteses de causalidade múltipla

I – A *conditio sine qua non*, ao fazer apelo a uma lógica determinística, quadra mal com a intencionalidade jurídica. Parte de uma visão determinística do mundo, que não é sequer aceite no campo das ciências exatas, esquecendo que, ao nível jurídico, o direito não pode ser determinado pelo ser, na medida em que se traduz num *dever-ser*. Por outro lado, deixa-nos sem resposta em todos os casos em que o dano tem origem no comportamento da vítima. Desde logo, há a considerar todos aqueles casos em que se desvela um comportamento do lesado que, concorrentemente, desempenha um papel ativo no processo causal. E não falamos só das hipóteses de concorrência de culpas do lesado – a encerrar a *vexata quaestio* da qualificação do seu âmagô como um problema atinente à culpa ou à causalidade –, mas também daquelas em que o processo causal tem início num comportamento da vítima, adotado em face da influência psicológica que um terceiro sobre ela exerceu. Lembramo-nos, num exercício de chamada à colação de uma memória predisponível dos problemas com que o sistema se vai debatendo, das situações de responsabilidade por informações⁸.

Ao mesmo tempo, conduz a uma extensão desmedida da responsabilidade⁹. Na verdade, o imbricamento em cadeia de acontecimentos opera-se com uma tal voracidade na realidade prática que torna imprestável um critério assente na pura conexão causal^{10/11}. Pense-se no caso da criança

⁸ Na verdade, sempre que o processo causal seja integrado por uma dimensão psicológica torna-se extremamente difícil, ou mesmo impossível, raciocinar em termos contrafactuais. Será que, sem o conselho recebido, o lesado teria atuado de forma diferente? Mas isso não afeta o núcleo de autonomia que predica a decisão em que radica, afinal, o agir humano?

⁹ Nesse sentido, cf. Vaz SERRA (1959), 22-23; Pereira COELHO (1951), 189 s.; Antunes VARELA (2001), 884-885; Almeida COSTA (2009), 761-762; Pessoa JORGE (1999), 390 s., e (1975/1976), 569 e 573; Sinde MONTEIRO (2005), 379; Carneiro da FRADA (2006), 101; Menezes CORDEIRO (1997), 547, e (2001), 334; Ribeiro de FARIA (2003), 498; Galvão TELLES (2010), 404 s.; Paulo Mota PINTO (2008), 655; Christophe QUÉZEL-AMBRUNAZ (2010), 35; Raniero BORDON (2006), 45; G. VALCAVI (1995), 488; W. V. H. ROGERS, (2002), 212 e 213.

¹⁰ Sobre esta crítica em especial, cf., *inter alia*, Antunes VARELA (2001), 885; Pereira COELHO (1951), 80; Gomes da SILVA (1944), 67 s.; Luís Menezes LEITÃO (2010), 359 e n. 760.

¹¹ Porque a doutrina da *conditio sine qua non* remonta ao quadro filosófico de inspiração millesiana, importa dar aqui nota da advertência feita por Pereira Coelho (1951), n. 1.

que, por não ter sido submetida a uma cesariana no momento do nascimento, sofreu danos. Imagine-se que, em virtude disso, tem de fazer fisioterapia para o resto da sua vida e que, ao fim de dez anos, à saída do consultório do fisioterapeuta, é atropelada e morre. Em rigor, a teoria da *conditio sine qua non* não nos permite resolver o problema, por não oferecer um critério de imputação.

Na verdade, afirma-se amiúde que a doutrina em causa abre a porta ao infinito. Alerta o jurista português que tal não é necessariamente assim, no quadro filosófico do problema. E não é porque, quando Stuart Mill «define a causa como a totalidade das condições, não compreende entre tais condições também os seus antecedentes mediatos, isto é, as condições das condições». Cf. Stuart MILL (1843), 392 s. Diante da explicação – que, saliente-se, não leva o autor a aderir à posição jurídica equivalente – concita-se uma dúvida e afiguram-se razoáveis alguns esclarecimentos. Em bom rigor, como distinguir as condições das condições, os tais antecedentes mediatos, das condições imediatas e próprias? A imprestabilidade de tal juízo – quando normativamente assumido, ao vestir a roupagem da teoria da equivalência das condições – só se logrará compreender, porém, na bifurcação de perspectivas. Centrando-nos no dano concretamente sofrido, indagamos *ex ante* se ele foi causado pelo comportamento do putativo lesante para, de acordo com a doutrina em apreço, respondermos que sim, sempre que surja como uma condição sem a qual não teria sobrevivido. Pergunta-se, então, e se confluir mais do que uma causa juridicamente atendível como eleger uma como o polo de imputação da responsabilidade? Prospetivamente, olhamos para a multiplicidade de danos sobrevividos. Operando a realidade segundo uma cadeia de causas e efeitos, como balizar o dano indemnizável? Contrariamente à pressuposição epistemológica da condicionalidade como padrão explicativo da realidade, do ponto de vista da intencionalidade jurídica ela nada nos comunica, senão a idoneidade do meio para produzir um determinado dano. Tanto mais que, no seio do que pode ser identificado com o kantiano reino dos fins, a estrutura dos acontecimentos é menos linear e mais tentacular.

No plano jurídico, Pereira Coelho mostra-se crítico da doutrina da *conditio sine qua non* exatamente pela «latitude verdadeiramente demarcada e in comportável» que ela fornece à noção de causa (1951), 188 e 190 s. Nelas, o autor, afastando visões caricaturais acerca da teoria, mostra que o que releva é saber em que medida o dano pode ser causalmente reconduzido ao facto que viole ou ofenda um direito de outrem.

Também no sentido de mostrar a impraticabilidade da adoção da doutrina da *conditio sine qua non* no quadro do direito civil, embora não se pronuncie sobre a prestabilidade da mesma no âmbito penalista, cf. Vaz SERRA (1959), 23; Oliveira ASCENSÃO (1956), 115.

Acerca da possível recondução do pensamento a um regresso *ad infinitum*, veja-se, ainda, Karl LARENZ (1987), 434. Cf., igualmente, Paul ESMEIN (1934), 317-369. Para uma sistematização das críticas apontadas à doutrina, Christophe QUÉZEL-AMBRUNAZ (2010), 34 s. (alargamento desmesurado do número de potenciais responsáveis, risco de condução da responsabilidade *ad infinitum*, impossibilidade de repartição do encargo ressarcitório entre os diversos coautores ou entre a vítima e um dos autores do dano, insusceptibilidade de resolução dos problemas de sobredeterminação causal).

Do mesmo passo, mas sem contradição, restringe, noutras situações, a responsabilidade, impedindo uma decisão justa. Pense-se no âmbito de relevância dos casos em abstrato assimiláveis pela intencionalidade problemática dos conceitos de causalidade cumulativa e alternativa.

II – Na verdade, a complexidade do real determina que, em muitas situações, possam concorrer diversas causas para a produção de um dano. Consoante a relação que se estabelece entre tais causas e a lesão que se produz, podemos falar de causalidade cumulativa necessária (há duas ou mais causas, sendo todas imprescindíveis para a ocorrência da lesão), de causalidade cumulativa não necessária (há duas causas, mas cada uma delas, por si só, teria causado o dano) e de causalidade alternativa incerta (concorrem para a produção da lesão duas ou mais causas. Contudo, apenas uma delas a causou efetivamente, sem que se consiga discernir qual foi).

Ora, se nos casos de causalidade cumulativa, a doutrina nacional é unânime em, chamando à colação os artigos 490.º e 497.º do CC, considerar que há responsabilidade solidária dos diversos agentes, no caso de causalidade alternativa incerta, a maioria dos autores – não obstante a existência de vozes discordantes¹² e de posições jurisprudenciais que afirmam a responsabilidade sem causalidade – parece renitente em aceitar que se imponha uma obrigação de indemnização.

III – O principal argumento aduzido no sentido da não responsabilização dos agentes repousa na impossibilidade de prova da *conditio sine qua non*. Havendo duas causas alternativas incertas, cada uma delas pode ser entendida como virtual, em virtude da incerteza sobre a causa real. Mas, se nos mantivermos presos ao pensamento tradicional, teremos de chegar à conclusão que ele se deixa enredar numa contradição interna. Na verdade, advoga-se usualmente que a causalidade virtual não releva positivamente (não é apta a alicerçar a responsabilidade) e que não releva negativamente. Simplesmente, como explica Menezes Cordeiro¹³, a sua não relevância negativa teria de ser acompanhada pela sua relevância positiva. Ora, o que isto nos mostra é que o pensamento

¹² Cf. J. Calvão da SILVA (1994), 465 s., e (1990), 579 a 587. Em sentido concordante com Calvão da Silva, veja-se, ainda, Paulo Mota PINTO (2008), 654, nota 1859, e M. Carneiro da FRADA (2006), 107, n. 125.

¹³ Cf. A. Menezes CORDEIRO (2001), 419.

tradicional assente na ideia de condicionalidade não é realizável. Se mantivermos a ancoragem da resposta logicista, somos confrontados com o seguinte cenário: não se dá relevância negativa à causalidade hipotética do ponto de vista da fundamentação da responsabilidade, porque se mantém intocável a relação de condicionalidade de facto entre o evento e o dano. Isso significa que, se forem duas as causas hipotéticas, nenhuma conduz à exclusão da responsabilidade do agente da outra. Por outro lado, sendo duas as causas hipotéticas, porque a mera hipótese de dano não funda a responsabilidade, nenhum dos agentes será obrigado ao pagamento de uma indemnização, excluindo-se a relevância positiva. Só que, ao excluir-se a relevância positiva, está-se, do mesmo passo, a afirmar a relevância negativa das duas causas hipotéticas, donde os termos lógicos da equação falham. Pelo que ou se insiste na manutenção da pura logicidade e se compromete a justeza material das soluções, ou se abdica dela. E fazendo-o, legitimamos a prescindibilidade da condicionalidade sem a qual a este nível, tornando-a também irrelevante do ponto de vista da causalidade concorrente. Acresce que a falta de determinismo da realidade impõe que a *conditio* se exprima em termos probabilísticos, donde, também na presença de uma só causa, não há evicção de toda a dúvida acerca da autoria da lesão, distinguindo-se as situações por uma questão de grau. Quer isto dizer que, no fundo, não conseguiremos saber com absoluta certeza qual o grau de contribuição causal de uma eventual causa. Mesmo se nos ativermos a uma solução de tipo estatístico, a incerteza não é totalmente apagada. E, no fundo, isto permite-nos rememorar o que é ensinado por Bydlinski: também nas situações de causalidade cumulativa responsabilizamos dois sujeitos, sem que se determine, em concreto, aquele grau de contribuição causal, que pode, aliás, ser mínimo¹⁴.

IV – Não estamos, porém, condenados a esta aporética impostação dos problemas. Basta alterar a perspectiva, partindo não da *conditio* mas da edificação de uma esfera de responsabilidade. Se ela se erige polarizada em mais do que um agente, então duas são as vias heurísticamente a considerar: ou uma das esferas consome a outra e só um é responsável; ou nenhuma delas exerce uma força consumptiva sobre a outra, havendo lugar à responsabilidade solidária nos termos do artigo 497.º do CC. Repare-se: a intencionalidade problemática do preceito assimila perfeitamente a intencionalidade do caso concreto. Quando A e B disparam

¹⁴ Cf. F. BYDLINSKI (1964), 32, 65-66.

sobre C, podem não ter causado a morte de C em conjunto, mas, na dúvida, ambos edificaram uma esfera de responsabilidade, por ela sendo chamados à liça. É ela e não a factualidade neutral que é ajuizada pelo direito. Não é, portanto, uma tomada de posição acerca da questão da relevância positiva da causalidade virtual que entra em cena. Em rigor, a dita virtualidade nem chega a ser, aos nossos olhos, tematizada, pois o jurista derrama o seu olhar não sobre factos puros, mas sobre aqueles que consegue inteligir à luz da intencionalidade predicativa da juridicidade. No fundo, ao partirmos de uma dada compreensão da causalidade como imputação, a ser afirmada, em homenagem à pessoalidade livre e responsável e tendo por base uma conceção de ação ético-axiologicamente densificada, a partir da edificação de uma esfera de risco e do cotejo com outras esferas de risco, estamos em condições de afirmar a solidariedade com base na constatação de mais do que uma esfera de responsabilidade, independentemente da prova da condicionalidade. O artigo 497.º do CC não exigiria, para a sua aplicação, a verificação de dois nexos causais em termos naturalísticos, mas a presença de dois segmentos imputacionais. Podem, aliás, detetar-se pontes de comunicação com situações em que é discernível a cumplicidade. Pense-se, por exemplo, no caso em que A e B disparam sobre C dois tiros a partir de armas com o mesmo calibre, só um dos projéteis tendo atingido C. Simplesmente, em vez de estarmos diante de um normal caso de causalidade alternativa incerta, B falha intencionalmente o alvo, de modo a impedir a prova da autoria da lesão e assim obviar a responsabilidade de A. Havendo auxílio material à prática do facto, poder-se-ia aventar a hipótese de cumplicidade, convocadora do artigo 490.º do CC, sendo em tudo análoga a situação àqueloutra em que apenas se deteta a incerteza causal alternativa. A aplicação da norma aos casos de coautoria, instigação ou auxílio à prática do ato ilícito é determinada pelo artigo 490.º do mesmo diploma. Para lá da força cogente do direito positivo, temos a justificar a solução o facto de existir uma concertação entre os agentes que determina a existência de um só (e conjunto) comportamento lesivo. Assumindo cada um o seu papel, mas todos sendo determinantes para a emergência do dano, não faria sentido que apenas um pudesse ser obrigado ao pagamento de uma indemnização. Donde, e sem embargo de ulteriores explicitações acerca da solidariedade ao nível da responsabilidade extracontratual, a pluralidade reclamada pelo artigo 497.º do CC harmoniza-se com a unicidade de comportamentos pressuposta pelo artigo 490.º do CC por via da desvelação de plúrimas esferas de responsabilidade, por meio

das quais se vai edificar a imputação. Quer isto dizer que aquela norma deve ser interpretada não no sentido de exigir a pluralidade fisicamente comprovada de condutas ilícitas, mas no sentido de impor a existência de mais do que um responsável¹⁵.

Sendo certo que esta não é uma posição unânime na doutrina portuguesa, cremos que ela é a que melhor corresponde ao sentido do justo. E, curiosamente, parece receber acolhimento recente na jurisprudência. Em dois acórdãos de 2015, os Tribunais portugueses vieram pronunciar-se sobre a questão da causalidade alternativa incerta. Em acórdão datado de 5 de maio de 2015, o Tribunal da Relação de Coimbra considerou que «provado o facto ilícito – invasão de terreno alheio e corte de árvores propriedade de um terceiro não interveniente no negócio – e o dano – árvores cortadas e destruição de um muro aí existente – e que tais factos ocorreram na sequência de um negócio de venda de árvores que o 1.º réu fez ao 2.º réu, tendo sido este quem procedeu ao respetivo corte, a falta de prova sobre qual deles se terá enganado na indicação ou perceção da estrema não poderá acarretar a isenção da responsabilidade de ambos os réus». E mais acrescenta, apelando a uma ideia de esfera de risco para edificar a imputação (que não causalidade) de que se cura, que «encontrando-se em causa a alienação de pinheiros existentes no prédio do 1.º réu até à estrema com o prédio confinante do autor, e sendo obrigação do Réu vendedor proceder à identificação precisa dos pinheiro a vender, e ainda que encarregando outem do respetivo corte, se vêm a ser cortadas árvores do prédio vizinho por erro na identificação das extremas, tal dano situa-se ainda dentro da esfera de risco ou de responsabilidade criada pelo negócio de alienação dos pinheiros», pelo que, conclui, ambos deverão ser responsabilizados nos termos do artigo 497.º do CC. Também o Supremo Tribunal de Justiça, num acórdão datado de 19 de maio de 2015, vem admitir a responsabilização solidária no caso de uma participação em rixa da qual resultaram danos, não sendo possível imputá-los à conduta de cada um dos participantes. Embora continue a fazer apelo a uma ideia de *conditio sine qua non*, abre a possibilidade de responsabilização sem que esta seja provada.

Mas, com isto, estamos, no fundo, a afirmar a possibilidade de existir responsabilidade sem causalidade, numa solução que se aproxima, embora

¹⁵ Para outros desenvolvimentos, incompatíveis com este espaço, cf. Mafalda Miranda BARBOSA (2013), cap. X.; Mafalda Miranda BARBOSA (2014); Mafalda Miranda BARBOSA (2017), 145-174.

com uma índole e um fundamento diferente, de posições consagradas em ordenamentos jurídicos estrangeiros. E estamos, ainda, a afirmar a prescindibilidade da condicionalidade sem a qual para afirmar a responsabilidade.

3. A superação do critério da causalidade adequada: do nexo de causalidade ao nexo de imputação

I – A afirmação da responsabilidade sem causalidade, a que nos referimos anteriormente, não deve, porém, ser entendida como uma solução que rompe com a intencionalidade predicativa da responsabilidade civil. Na verdade, consoante resulta implícito das nossas palavras, na ausência de uma norma legal que diretamente nos ofereça a responsabilização solidária dos diversos agentes, é através do funcionamento do modelo delitual pátrio que conseguimos encontrar uma solução justa. Para tanto, haveremos de compreender de outro modo o requisito causal. Mas tal compreensão acaba por ser ditada, igualmente, pela imprestabilidade da adequação como critério causal.

De facto, fora das hipóteses de causalidade múltipla, somos confrontados com situações em que, por um lado, só ficionalmente poderíamos falar de causalidade em sentido naturalístico, e, por outro lado, relativamente às quais, a adequação acaba por ser critério de coisa alguma.

Pense-se no caso decidido pelo *Bundesgerichtshof* (BGH) em 30 de junho de 1987¹⁶. Em virtude de um erro médico, uma criança tem necessidade de receber um novo rim através de um transplante, tendo a sua mãe atuado como dadora do órgão. Mais tarde questiona-se se, a par da indemnização devida ao lesado direto, a progenitora pode ou não vir a ser ressarcida pelos danos suportados, entrando em cena, uma vez mais, a problemática do estabelecimento do nexo de causalidade. Entendeu-se, então, que esse nexo existe entre a remoção do rim do autor do processo, relativamente ao qual não se pode duvidar da responsabilidade, e a doação de um substituto pela mãe. Mais se considerou se tal ato voluntário e meritório era uma probabilidade a ter em conta no momento da operação cirúrgica da qual resultou, incorretamente, a remoção do único rim funcional do menor. Ou seja, e continuando a acompanhar a fundamentação aduzida, não se quebra o nexo de causalidade pela voluntariedade do comportamento materno, até porque a sua atitude foi induzida pela situação de perigo, pela qual o réu era responsável. Mas,

¹⁶ O caso surge no *Juristenzeitung* de 1988, 150.

verdadeiramente, não se pode estabelecer aqui uma relação causa-efeito em termos naturalísticos. E, em rigor, a causalidade adequada assenta, ainda, num critério naturalístico. De facto, não é pensável que de um erro médico no corpo de um paciente resulte um dano na saúde ou na integridade física de outro sujeito. E, se quisermos fazer intermediar o juízo probabilístico com a consideração do comportamento da mãe, teremos de partir do pressuposto que o comportamento humano é sempre orientado no mesmo sentido a partir de um dado estímulo, contrariando a ideia de não determinabilidade que caracteriza o agir humano. A causalidade adequada não nos serve num caso como este. Igualmente dilemáticas se afiguram as pretensões indemnizatórias que se alicerçam na violação do dever de esclarecimento do médico e, portanto, na inexistência de consentimento informado por parte do paciente, no âmbito da responsabilidade médica. Na verdade, como determinar a causalidade, nesses casos, segundo um esquema causa-efeito, senão pressupondo aproblematicamente uma atuação determinística por parte do ser humano?

II – Simples exemplos mostram-nos como a causalidade adequada não serve¹⁷. Sistematizemos algumas das críticas que lhe podemos dirigir. Assim, colocam-se desde logo problemas ao nível da descrição dos *relatas*, isto é, dos termos a relacionar. Na verdade, se se perguntar «é normal e provável que um pequeno golpe na face provoque a morte de uma pessoa», a resposta será, em princípio, negativa. Mas se se perguntar «é normal e provável que um pequeno golpe na face provoque a morte de um hemofílico em último grau», a resposta pode já ser afirmativa. Quer isto dizer que consoante a descrição que se faça dos eventos, assim a resposta será diferente, de tal modo que se pode concluir que ela já vai contida na indagação. E não será fácil optar por uma descrição dos *relata* em abstrato – porque se perde a necessária relevância do caso concreto – ou em concreto, porque a pormenorização pode, de facto, condicionar uma solução que, *a priori*, não deveria estar estabelecida. Isto quer dizer, no fundo, que – consoante afirmam certos autores – a adequação é critério de coisa alguma, uma fórmula vazia (*Leeformel*)¹⁸.

¹⁷ Para um acompanhamento mais pormenorizado das diversas críticas que lançamos sobre a causalidade adequada, cf. Mafalda Miranda BARBOSA (2013), 99 s., bem como a demais bibliografia aí citada.

¹⁸ Menezes CORDEIRO (1997), 534, ao afirmar que ela não é bitola de coisa nenhuma, mas «espaço que iremos preenchendo com base no senso comum e em juízos de tipo ético»; Menezes LEITÃO (2005), 325; Günther BERNERT (1969), 421-442.

Por outro lado, coloca-se o problema de saber qual o ponto de vista que se deve adotar nesta indagação: o ponto de vista do sujeito que atuou, o ponto de vista do homem médio ou o ponto de vista do observador ótimo e experiente? E devem ou não ter-se em conta os conhecimentos efetivos do lesante que, em concreto, podem alterar o juízo de prognose a encetar? Basta pensar, por exemplo, na hipótese em que o sujeito sabia da hemofilia da vítima e por isso desferiu contra ela um golpe. Mas, ao considerarmos esta probabilidade corrigida por índices de subjetividade, não estamos a aproximar-nos da culpa e da previsibilidade, sendo certo que os autores a rejeitam – e bem – para estabelecer o nexo de causalidade? Mas, por outro lado, se o juízo for absolutamente objetivo e formulado *ex post*, não estaremos a condenar-nos a uma resposta de tipo estatístico que quadra mal com a intencionalidade predicativa da juridicidade e nos afasta de soluções justas, como no exemplo apresentado anteriormente? E, *in fine*, qual o grau de probabilidade que deve ser requerido?

A causalidade adequada mostra-se ainda falha noutras situações. Em primeiro lugar, ela não nos oferece uma resposta satisfatória sempre que esteja em causa a chamada causalidade psicológica, isto é, sempre que o sujeito atua para levar o lesado ou um terceiro a agir, como se constatou no caso do rim a que fizemos referência. Do mesmo modo, mostra-se insuficiente nas hipóteses de causalidade cumulativa necessária. Por último, ao partir de uma ideia de condicionalidade, acaba por ficar refém dos problemas anteriormente patenteados.

III – A tentativa de superação da causalidade adequada por via da consideração do fim da norma mostra-se, igualmente, falha. Se com a teoria do escopo da norma violada não somos conduzidos às aporias que a probabilidade nos comunica, não menos certo é que parece que ficamos dependentes da existência de uma norma da qual se possa determinar o escopo violado. Percebe-se, por isso, que alguns autores se mostrem particularmente interessados na doutrina a propósito da segunda modalidade de ilicitude. No mais, há quem tente continuar a combiná-la com a doutrina da adequação, embora ecoem vozes no sentido da incompatibilidade dos resultados a que se aporta por uma e por outra¹⁹. Acresce que ela apenas nos consegue oferecer uma visão estática, linear, do problema causal, não tendo em conta a complexidade conformativa do real.

¹⁹ Para uma reflexão mais aprofundada acerca da doutrina, cf. Mafalda Miranda BARBOSA (2013).

IV – Não obstante o que ficou dito, o certo é que não negamos a imprescindibilidade de se ligar o comportamento do lesante ao dano advindo e, primeiramente, à lesão do direito ou interesse. Daí que se coloque a questão de saber como se deve estabelecer a conexão que se impõe. A resposta a esta questão passa por uma mudança de perspectiva. Tal mutação radica em dois pontos fundamentais. Vejamos.

a) *A diferenciação entre a causalidade fundamentadora da causalidade e a causalidade preenchedora da responsabilidade*

Se, tradicionalmente, o nexos de causalidade era entendido de forma unívoca, estabelecendo a ligação entre a conduta ilícita e culposa e os danos sofridos pelo lesado, embora os autores acabassem por evidenciar – de forma mais ou menos clara – que este liame era chamado a cumprir uma dupla função: ao mesmo tempo que seria entendido como um pressuposto da responsabilidade, era visto como um problema atinente ao cálculo da indemnização²⁰, hoje, fruto da boa influência de além-fronteiras, a doutrina portuguesa passou a distinguir dois nexos de causalidade. Melhor dizendo, o nexos de causalidade comunga, naquela que nos parece ser a melhor visão do problema, de uma natureza binária. Lado a lado concorrem a causalidade fundamentadora da responsabilidade e a causalidade preenchedora da responsabilidade. A primeira liga o comportamento do agente à lesão do direito ou interesse protegido²¹; a segunda liga a lesão do direito ou interesse protegido aos danos consequenciais (segundo dano) verificado. A bifurcação a que se alude é análoga à estabelecida no quadro do ordenamento jurídico germânico, onde os autores distinguem a *haftungsbegründende Kausalität* da *haftungsausfüllende Kausalität*²²

²⁰ Entre nós, abordando unitariamente o problema, Pereira COELHO (1951), 113 a 115. Tradicionalmente o problema da causalidade era tratado ao nível da obrigação de indemnizar. Tal corresponde à estrutura sistemática das diversas codificações e, entre nós, respeita a orientação expendida nos trabalhos preparatórios do diploma mãe em matéria de direito civil – cf. Vaz SERRA (1959), 7.

²¹ Problematizar-se-á, portanto, sempre que a nossa perspectiva se centre na lesão de um direito subjetivo absoluto, seja ela uma lesão primária ou subsequente à prévia lesão de outro direito absoluto.

²² Cf. TRAEGER (1904), 219; ESSER/SCHMIDT (1995), 210 (cf. também pág. 521, afirmando que o nexos de causalidade cumpre uma função positiva de imputação e uma função negativa de delimitação dos danos); LARENZ, (1987), 432; ENNECCERUS-LEHMANN (1958), 60; Ulrich MAGNUS (2000), 63; Gert BRÜGGEMEIER (2006), 545 s.; FIKENTSCHER (1997), 290-292 [cf., também, FIKENTSCHER/HEINEMANN (2006), 299 s.]; Erwin DEUTSCH (1996),

e acaba por ser conexa com cisões estabelecidas no quadro de outros ordenamentos jurídicos. A nitidez da cisão pode esbater-se em face de determinadas formas de desvelação da ilicitude, mas afigura-se tanto mais imprescindível quanto mais vincada seja a predicação daquela ilicitude no resultado²³.

Pense-se, por exemplo, nas hipóteses de responsabilidade por violação do consentimento informado. A, médico, viola o dever de esclarecimento em relação ao paciente, omitindo os possíveis efeitos de uma cirurgia, recomendada, mas não imprescindível. Poderá ser responsabilizado por que danos? Se em causa estiver a lesão da integridade física do paciente, ainda que não haja violação das *leges artis*, para além da regra que impõe o dever de informação, o problema diz respeito à fundamentação da responsabilidade, podendo-se considerar, de acordo com o modelo que propomos, que o médico chamou a si uma esfera de risco/responsabilidade pela qual terá de responder. Se em causa não estiver qualquer lesão da integridade física, mas o paciente entender que quer ser compensado, por exemplo, pela perda de rendimentos durante o tempo de recuperação de uma cirurgia que não era imprescindível, então a questão diz respeito ao preenchimento da responsabilidade, a convocar outros critérios de resolução, quais sejam os que se ligam à análise do âmbito de proteção que é desenhado pelo conteúdo do direito subjetivo lesado (autodeterminação sobre o próprio corpo).

b) A compreensão da causalidade como nexo de imputação

A responsabilidade deixa, nesta perspetiva, de ser entendida exclusivamente do ponto de vista dogmático, mas ser compreendida do ponto

84; Hermann LANGE/Gottfried SCHIEMANN (2003), 77 s.; Hennig LÖWE (1999/2000), 106, 115 e 230 s.; Hans STOLL (1993), 392 s.; B. WINIGER/H. KOZIOL/B. A. KOCH/R. ZIMMERMANN (eds.) (2007), 7 e 593 s.; KRAMER (1976), 338 s.; GOTZLER (1977), 101 s.; Fritz LINDENMAIER (1950), 207 s., em especial pág. 214 s. (distinguindo a dupla função da causalidade: *haftungsauslösender Kausalität* e *haftungsbegründende Kausalität*); Ulrich HUBER (1969), 678; Hein KÖTZ/Gerhard WAGNER (2010), 59; Stephan Philipp FORST (2000), 25-26.

²³ Entre nós, com grande desenvolvimento (bem como com uma extensa lista de referências bibliográficas), cf. Paulo Mota PINTO (2008), 640 s., 924 s., nota 1834, 928 s., nota 2605 [a quem devemos importantes referências bibliográficas na matéria]; e, com importância nuclear no modelo de responsabilidade civil que propomos e na conceção de causalidade, Mafalda Miranda BARBOSA (2013), (2014) e (2017-2).

de vista ético-axiológico²⁴. Esta é uma exigência metodológica: na interpretação que se faça de uma norma ou instituto jurídico, haveremos de a remeter para o caso e para os princípios normativos em que se louva. Ora, o princípio com que nos confrontamos é o princípio da responsabilidade, a chamar à colação a ideia de pessoa livre e responsável, absolutamente diversa do indivíduo dessolidário e solipsista.

A pessoa, ao agir, porque é livre, assume uma *role responsibility*, tendo de, no encontro com o seu semelhante, cumprir uma série de deveres de cuidado. Duas hipóteses são, então, em teoria, viáveis: ou a pessoa atua investida num especial papel/função ou se integra numa comunidade de perigo concretamente definida e, neste caso, a esfera de risco apta a alicerçar o juízo imputacional fica *a priori* desenhada; ou a esfera de risco/responsabilidade que abraça não é suficientemente definida para garantir o acerto daquele juízo. Exige-se, por isso, que haja um aumento do risco, que pode ser comprovado, exatamente, pela preterição daqueles deveres de cuidado. Estes cumprem uma dupla função. Por um lado, permitem desvelar a culpa (devendo, para tanto, haver previsibilidade da lesão e exigibilidade do comportamento contrário tendo como referente o homem médio); por outro lado, alicerçam o juízo imputacional, ao definirem um círculo de responsabilidade, a partir do qual se tem de determinar, posteriormente, se o dano pertence ou não ao seu núcleo. A culpabilidade não se confunde com a «causalidade». Pode o epicentro da imputação objetiva residir na imputação subjetiva firmada, sem que, contudo, os dois planos se confundam. Condicionam-se dialeticamente, é certo, não indo ao ponto de se identificar. O condicionamento dialético de que se dá conta passa pela repercussão do âmbito de relevância da culpa em sede de imputação objetiva. Isto é, a partir do momento em que o agente atua de forma dolosa, encabeçando uma esfera de risco, as exigências comunicadas em sede do que tradicionalmente era entendido como o nexos de causalidade atenuam-se. Acresce que, ainda que a previsibilidade releve a este nível, o ponto de referência dela será diferente. Assim, a previsibilidade de que se cura deve ser entendida como cognoscibilidade do potencial lesante da esfera de risco que assume, que gera ou que incrementa. Ela não tem de se referir a todos os danos eventos. Designadamente, não terá de se referir aos danos

²⁴ Cf., para maiores desenvolvimentos, Mafalda Miranda BARBOSA (2013), 890 s. e 1130 s., bem como a demais bibliografia aí citada e que aqui damos por reproduzimos. Repristinamos algumas das conclusões a que, naquela investigação, chegámos.

subsequentes ou àqueles que resultem do agravamento da primeira lesão. Por isso, quando afirmamos que, ao nível da primeira modalidade de ilicitude, a culpa tem de se referir ao resultado, acompanhamos, entre outros, autores como Lindenmaier, Von Caemmerer ou Till Ristow, para sustentar que a previsibilidade que enforma a culpa deve recuar, no seu ponto referencial, até ao momento da edificação da esfera de risco que se passa a titular. Assim, para que haja imputação objetiva, tem de verificar-se a *assunção de uma esfera de risco*, donde a primeira tarefa do julgador será a de procurar o germen da sua emergência. São-lhe, por isso, em princípio, imputáveis todos os danos que tenham a sua raiz naquela esfera, donde, *a priori*, podemos fixar dois polos de desvelação da imputação: um negativo, a excluir a responsabilidade nos casos em que o dano se mostra impossível (*impossibilidade do dano*), ou por falta de objeto, ou por inidoneidade do meio; outro positivo, a afirmá-la diante de situações de *aumento do risco*.

Exclui-se a imputação quando o risco não foi criado (*não criação do risco*), quando haja *diminuição do risco* e quando ocorra um *facto fortuito ou de força maior*. Impõe-se, ademais, a ponderação da problemática atinente ao *comportamento lícito alternativo* e, ainda que na indagação da pertinência funcional da lesão do direito à esfera de responsabilidade que se erige e assume esta seja mais ampla que o círculo definido pela culpa, há que ter em conta, no juízo imputacional, uma ideia de *controlabilidade* do dado real pelo agente, entendida no sentido da evitabilidade do evento lesivo, com o que se exclui a possibilidade de indemnização dos danos que resultem de acontecimentos fortuitos ou de casos de força maior.

Num segundo momento, haveremos de operar com esta esfera de risco um cotejo com outras esferas de risco, abrindo-se o segundo patamar da indagação «causal» do modelo que edificamos. Este segundo patamar terá lugar depois de se constatar que o dano-lesão pertence ao núcleo da esfera edificada. Para tanto, é necessário que haja possibilidade do dano e que ele se integre dentro dos eventos que deveriam ser evitados com o cumprimento do dever. Só depois faz sentido confrontar a esfera titulada pelo potencial lesante com outras esferas de risco/responsabilidade.

Contemplando, *prima facie*, a *esfera de risco geral da vida*, diremos que a imputação deveria ser recusada quando o facto do lesante, criando embora uma esfera de risco, apenas determina a presença do bem ou direito ofendido no tempo e lugar da lesão do mesmo. O cotejo com a esfera de risco natural permite antever que esta absorve o risco criado

pelo agente, porquanto seja sempre presente e mais amplo que aquele. A pergunta que nos orienta é: um evento danoso do tipo do ocorrido distribui-se de modo substancialmente uniforme nesse tempo e nesse espaço, ou, de uma forma mais simplista, trata-se ou não de um risco a que todos – indiferenciadamente – estão expostos?

O confronto com a *esfera de risco titulada pelo lesado* impõe-se de igual modo. São a este nível ponderadas as tradicionais hipóteses da existência de uma predisposição constitucional do lesado para sofrer o dano. Lidando-se com a questão das debilidades constitucionais do lesado, duas hipóteses são cogitáveis. Se elas forem conhecidas do lesante, afirma-se, em regra, a imputação, exceto se não for razoável considerar que ele fica, por esse especial conhecimento, investido numa posição de garante. Se não forem conhecidas, então a ponderação há de ser outra. Partindo da contemplação da esfera de risco edificada pelo lesante, dir-se-á que, ao agir em contravenção com os deveres do tráfego que sobre ele impendem, assume a responsabilidade pelos danos que ali se inscrevam, pelo que haverá de suportar o risco de se cruzar com um lesado dotado de idiosincrasias que agravem a lesão perpetrada. Excluir-se-á, contudo, a imputação quando o lesado, em face de debilidades tão atípicas e tão profundas, devesse assumir especiais deveres para consigo mesmo. A mesma estrutura valorativa se mobiliza quando em causa não esteja uma dimensão constitutiva do lesado, mas sim uma conduta dele que permita erigir uma esfera de responsabilidade, pelo que, também nos casos de um comportamento não condicionado pelo seu biopsiquismo, a solução alcançada pelo cotejo referido pode ser intuída, em termos sistemáticos, a partir da ponderação aqui posta a nu. Há que determinar nestes casos em que medida existe ou não uma atuação livre do lesado que convoque uma ideia de autorresponsabilidade pela lesão sofrida. Não é outro o raciocínio encetado a propósito das debilidades constitucionais dele, tanto que a imputação só é negada quando se verifique a omissão de determinados deveres que nos oneram enquanto pessoas para salvaguarda de nós mesmos.

Não se estranha, por isso, que o pensamento jurídico – mormente o pensamento jurídico transfronteiriço – tenha gizado como critério guia do decidente o *critério da provocação*. Tornam-se, também, operantes a este nível ideias como a autocolocação em risco ou a heterocolocação em risco consentido.

Havendo essa atuação livre do lesado, temos que ver até que ponto os deveres que oneravam o lesante tinham ou não como objetivo obviar

o comportamento do lesado. Tido isto em mente, bem como a gravidade da atuação de cada um, poderemos saber que esfera de risco absorve a outra ou, em alternativa, se se deve estabelecer um concurso entre ambas.

O juízo comparatístico encetado e justificado não dista sobremaneira pelo facto de a titularidade da segunda *esfera de risco*, concorrente com aquela, vir *encabeçada por um terceiro*. A triangular assunção problemática a que nos referimos leva implícita uma prévia alocação imputacional, posto que ela envolve que, a jusante, se determine que o comportamento dele não é simples meio ou instrumento de atuação do primeiro lesante. Donde, afinal, o que está em causa é a distinção entre uma autoria mediata e um verdadeiro concurso de esferas de risco e responsabilidade, a fazer rememorar a lição de Forst, embora não a acolhamos plenamente. O segundo agente, que causa efetivamente o dano sofrido pelo lesado, não tem o domínio absoluto da sua vontade, ou porque houve indução à prática do ato, ou porque não lhe era exigível outro tipo de comportamento, atento a conduta do primeiro agente (o nosso lesante, a quem queremos imputar a lesão). Neste caso, ou este último surge como um autor mediato e é responsável, ou a ulterior conduta lesiva se integra ainda na esfera de responsabilidade por ele erigida e a imputação também não pode ser negada.

Maiores problemas se colocam, portanto, quando existe uma atuação livre por parte do terceiro que conduz ao dano. Há, aí, que ter em conta alguns aspetos. Desde logo, temos de saber se os deveres do tráfego que coloram a esfera de risco/responsabilidade encabeçada pelo lesante tinham ou não por finalidade imediata obviar o comportamento do terceiro, pois, nesse caso, torna-se líquida a resposta afirmativa à indagação imputacional. Não tendo tal finalidade, o juízo há de ser outro. O confronto entre o círculo de responsabilidade desenhado pelo lesante e o círculo titulado pelo terceiro – independentemente de, em concreto, se verificarem, quanto a ele, os restantes requisitos delituais – torna-se urgente e leva o jurista decidente a ponderar se há ou não consunção de um pelo outro. Dito de outro modo, a gravidade do comportamento do terceiro pode ser de molde a consumir a responsabilidade do primeiro lesante. Mas, ao invés, a obliteração dos deveres de respeito – deveres de evitar o resultado – pelo primeiro lesante, levando à atualização da esfera de responsabilidade a jusante, pode implicar que a lesão perpetrada pelo terceiro seja imputável àquele. Como fatores relevantes de ponderação de uma e outra hipótese encontramos a intencionalidade da intervenção dita interruptiva e o nível de risco que foi assumido ou

incrementado pelo lesante. Entre ambas, pode também estabelecer-se o devido concurso²⁵.

4. Consequências do entendimento proposto

I – As consequências do entendimento proposto são claras. Para além das vantagens na obtenção de uma resposta que se procura que seja normativamente fundada e materialmente justa, tais consequências projetam-se em sede de repartição do ónus da prova (entendendo-se, a partir daqui, que o lesado tem de provar a ocorrência do evento lesivo e o envolvimento do comportamento do lesante na história do surgimento do dano. Mas não mais. Na verdade, ao ser tratada como uma questão imputacional, a causalidade passa a ser compreendida como uma questão normativa, dependente, portanto, de um juízo do julgador) e em matéria do que anteriormente era entendido por condicionalidade. Assim, para a constatação do envolvimento do evento lesivo na história do surgimento do dano, não temos de recorrer a um qualquer teste assente na condicionalidade, redunde ele na pura *conditio sine qua non*, ou aproxime-nos ele de um *but-for test* ou de um *NESS-test* de que fala a doutrina e jurisprudência anglo-saxónica. Pelo contrário, podemos chegar à conclusão que a ideia de condicionalidade, como juízo prévio à causalidade, é prescindível a este nível, o que justifica – como vimos – as soluções propostas em matéria de causalidade múltipla.

Resolvido o problema imputacional desta forma, a ligação aos danos subsequentes haverá de basear-se, numa lógica de preenchimento da responsabilidade, em critérios diversos. Para tanto, o que se torna fundamental é a análise do conteúdo do próprio direito subjetivo, sem necessidade de considerar a adequação a que outrora abríamos as portas.

Bibliografia

ASCENSÃO, J. Oliveira, *Acção finalista e nexa causal*, Lisboa, 1956.

BARBOSA, Mafalda Miranda, *Do nexa de causalidade ao nexa de imputação. Contributo para a compreensão da natureza binária e personalística do requisito causal ao nível da responsabilidade civil extracontratual*, Princípia, Cascais, 2013.

BARBOSA, Mafalda Miranda, *Estudos a propósito da responsabilidade objetiva*, Princípia, Cascais, 2014.

²⁵ Para outros desenvolvimentos, cf. Mafalda Miranda BARBOSA (2013), cap. VIII.

- BARBOSA, Mafalda Miranda, «Os conceitos de causalidade, imputação e implicação a propósito da responsabilidade civil por acidentes de trabalho», *Para Jorge Leite – Escritos Jurídico-Laborais*, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, 53 s.
- BARBOSA, Mafalda Miranda, «Causalidade alternativa incerta: a solução da responsabilização solidária dos agentes», *XX – Estudos comemorativos dos 20 anos da FDUP*, vol. II, Almedina, 2017, 145-174.
- BARBOSA, Mafalda Miranda, «Haftungsbegründende Kausalität e haftungsausfüllende Kausalität. Causalidade fundamentadora e causalidade preenchedora da responsabilidade», *Revista da Faculdade de Direito e Ciência Política da Universidade Lusófona do Porto*, n.º 10, 2017, 14-36.
- BERNERT, Günther, «Die Leeformel von der Adäquanz», *Archiv für die civilistische Praxis*, 169, 1969, 421-442.
- BORDON, Raniero, *Il nesso di causalità*, Utet Giuridica, Torino, 2006.
- BRÜGGEMEIER, Gert, *Haftungsrecht. Struktur, Prinzipien, Schutzbereich zur Europäisierung des Privatrechts*, Springer, Berlin, Heidelberg, New York, 2006.
- BYDLINSKI, F., *Probleme der Schadensverursachung nach deutschem und österreichischem Recht*, F. Enke, Estugarda, 1964.
- COELHO, F. M. Pereira, «O nexo de causalidade na responsabilidade civil», *Boletim da Faculdade de Direito*, suplemento IX, 1951, 189 s.
- CORDEIRO, A. Menezes, *Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais*, Lex, Lisboa, 1997.
- CORDEIRO, A. Menezes, *Direito das Obrigações*, I, AAFDUL, Lisboa, 2001.
- COSTA, M. J. Almeida, *Direito das Obrigações*, 12.ª ed., Almedina, Coimbra, 2009.
- DEUTSCH, Erwin, *Allgemeines Haftungsrecht*, 2. völlig neugestaltete end erw. Aufl., Carl Heymanns Köln, Berlin, Bonn, München, 1996.
- ENNECCERUS-LEHMANN, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Recht der Schuldverhältnisse*, 15 Aufl., Mohr, Tübingen, 1958.
- ESMEIN, Paul, «Trois problèmes de responsabilité civile. Causalité. Concours des responsabilités. Conventions d'irresponsabilité», *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1934, 317-369.
- ESSER/SCHMIDT, *Schuldrecht I Allgemeiner Teil*, Teilband 1, 8 Aufl., 1995.
- FARIA, J. Ribeiro de, *Direito das Obrigações*, I, Almedina, Coimbra, 2003.
- FIKENTSCHER, *Schuldrecht*, 9 Aufl., De Gruyter, Berlin, New York, 1997.
- FIKENTSCHER/HEINEMANN, *Schuldrecht*, 10 Aufl., De Gruyter, Berlin, 2006.
- FORST, Stephan Philipp, *Grenzen deliktischer Haftung bei psychisch Vermittelter haftungsbegründender Kausalität*, Rechtswissenschaftliche Forschung und Entwicklung, München, 2000.
- FRADA, M. Carneiro da, *Direito Civil. Responsabilidade civil, O método do caso*, Almedina, Coimbra, 2006.
- GOTZLER, *Rechtmässiges Alternativverhalten im haftungsbegründenden Zurechnungszusammenhang*, Beck, München, 1977.

- HUBER, Ulrich, «Normzwecktheorie und Adäquanztheorie. Zugleich eine Besprechung des Urteils des BGH v. 7.6.1968», *Juristenzeitung*, 21, 1969, 677-684.
- JORGE, Pessoa, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Almedina, Coimbra, 1999.
- JORGE, Pessoa, *Direito das Obrigações*, 1.º vol., AAFDL, Lisboa, 1975/1976.
- KÖTZ, Hein / WAGNER, Gerhard, *Deliktsrecht*, 11. neu bearbeitete Auflage, Verlag Franz Vahlen, München, 2010.
- KRAMER, «Schutzgesetze und adäquate Kausalität», *Juristenzeitung*, 31, Heft 11/12, 1976, 338 s.
- LANGE, Hermann / SCHIEMANN, Gottfried, *Handbuch des Schuldrechts. Schadenersatz*, 3 Aufl., Mohr, Tübingen, 2003.
- LARENZ, Karl, *Lehrbuch des Schuldrechts I, Allgemeiner Teil*, 14 Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 1987.
- LEITÃO, Luís Menezes, *Direito das Obrigações*, I, 9.ª ed., Almedina, Coimbra, 2010.
- LEITÃO, Luís Menezes, *A responsabilidade do gestor perante o dono do negócio no direito civil português*, Almedina, Coimbra, 2005.
- LINDENMAIER, Fritz, «Adäquate Ursache und nächste Ursache. Zur Kausalität im allgemeinen bürgerlichen Recht und in den Allgemeinen Deutschen Seeverversicherungsbedingungen», *Festschrift für Wüstendörfer*; *Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht und Konkursrecht*, Hundertdreizehnter Band (113), 1950, 206-241.
- LÖWE, Hennig, *Der Gedanke der Prävention im deutschen Schadenersatzrecht. Die Flucht in den Geldersatz immaterieller Schäden. Zugleich eine Besprechung der Caroleine – Urteil des Bundesgerichtshofs und des Draehmpaehl – Urteil des Europäischen Gerichtshofs*, Peter Lang, Europäische Hochschulschriften, Reihe II, Rechtsissenschaft, Frankfurt, Berlin, Bern, Bruxelles, New York, Oxford, Wien, 1999/2000.
- MAGNUS, Ulrich, «Causation in german tort law», *Unification of Tort Law: causation*, J. SPIER (ed.), *Principles of European Tort Law*, vol. 4, European Centre of Tort and Insurance Law, Kluwer Law International, London, Boston, 2000.
- MILL, Stuart, *A system of logic: ratiocinative and inductive*, John W. Parker, London, 1843.
- MONTEIRO, J. Sinde, «Rudimentos da responsabilidade civil», *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, ano 2.º, 2005, 349-379.
- PINTO, Paulo Mota, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, volumes I e II, Coimbra, Coimbra Editora, 2008.
- QUÉZEL-AMBRUNAZ, Christophe, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, Dalloz, 2010.
- ROGERS, W. V. H., *Winfield and Jolowicz on Torts*, 16th edition, Thomson, Sweet and Maxwell, London, 2002.
- SERRA, Adriano Vaz, «Obrigação de indemnização. Colocação. Fontes. Conceito e espécies de dano. Nexo causal. Extensão do dever de indemnizar. Espécies de indemnização. Direito de abstenção e de remoção», *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 84, 1959, 5-301.

- SILVA, J. Calvão da, «Causalidade alternativa. L'arrêt DES», *European Review of Private Law*, 2, 1994, 465-474.
- SILVA, J. Calvão da, *Responsabilidade civil do produtor*, Almedina, Coimbra, 1990.
- SILVA, Gomes da, *O dever de prestar e o dever de indemnizar*, Lisboa, 1944.
- STOLL, Hans, *Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht. Eine Darstellung auf rechtsvergleichender Grundlage*, C. F. Müller, Heidelberg, 1993.
- TELLES, I. Galvão, *Direito das Obrigações*, 7.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2010.
- TRAEGER, *Der Kausalbegriff im Straf und Zivilrecht*, Elwert, Malburg, 1904.
- TRIMARCHI, Pietro, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Giuffrè, Milano, 1961.
- VALCAVI, G., «Intorno al rapporto di causalità nel torto civile», *Rivista di diritto civile*, n.º 5, 1995.
- VARELA, Antunes, *Das obrigações em geral*, Almedina, Coimbra, 2001.
- VENEZIAN, Giacomo, «Danno e risarcimento fuori dei contratti», *Opere Giuridiche*, I, *Studi sulle obbligazioni*, Roma, 1918, 1-46.
- VINEY, Geneviève / JOURDAIN, Patrice, *Traité de droit civil: Les conditions de la responsabilité*, 3.^a ed., LGDJ, Paris, 2006.
- WINIGER, B. / KOZIOL, H. / KOCH, B. A. / ZIMMERMANN, R. (eds.), *Digest of European Tort Law*, vol. 1, *Essential Cases on Natural Causation*, Springer, Wien, New York, 2007.

Problemas atuais da responsabilidade civil obrigacional/contratual¹

RUI SOARES PEREIRA*

Introdução

I. Antes de mais cumpre agradecer o amável convite da Senhora Professora Doutora ELSA VAZ DE SEQUEIRA, de quem fomos alunos, para participar numa das sessões das *Católica Talks* dedicadas à responsabilidade.

Tendo sido sugerido que a sessão se focasse num tema de responsabilidade civil, optámos por apresentar e discutir alguns problemas atuais da responsabilidade civil obrigacional/contratual.

A sessão contou com a moderação do Senhor Professor Doutor LUÍS MENEZES LEITÃO, que orientou a nossa dissertação de mestrado e também a de doutoramento, e que é um nome incontornável do Direito das Obrigações, domínio no qual se continua a inscrever a responsabilidade civil obrigacional/contratual. As posições assumidas na sessão exprimiram (no essencial) concordância com o seu magistério, embora divergindo num ou noutro ponto.

II. Versando a intervenção realizada na sessão problemas atuais da responsabilidade civil obrigacional/contratual, preferimos selecionar alguns tópicos avulsos relevantes (do ponto de vista dogmático e prático) com que temos sido confrontados no ensino e na prática.

Esses tópicos são os seguintes: os pressupostos da responsabilidade civil obrigacional/contratual e o ónus da sua prova (1.); o incumprimento das obrigações de resultado e das obrigações de garantia (2.); a imputação

* Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

¹ Texto elaborado para servir de base à apresentação realizada no dia 11 de dezembro de 2018, na Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, em Lisboa, numa sessão das *Católica Talks*. É devido um agradecimento à organização do encontro e também aos participantes pelas observações e comentários apresentados.

subjetiva do incumprimento e a presunção de culpa (3.); a reparação de danos não patrimoniais em sede obrigacional/contratual (4.); as situações de perda de chance ou de oportunidade no domínio obrigacional/contratual (5.); as pretensões primárias e secundárias do direito do não cumprimento (6.); a determinação da indemnização por incumprimento e o interesse contratual positivo (7.); a responsabilidade do devedor nos termos do artigo 800.º do Código Civil (8.).

1. Os pressupostos da responsabilidade civil obrigacional/contratual e o ónus da sua prova

I. No domínio da responsabilidade civil obrigacional/contratual, a obrigação de indemnizar também exige a verificação e demonstração de alguns pressupostos, elementos ou requisitos genéricos.

Isso parece resultar logo do teor do artigo 798.º do Código Civil, ao dispor sobre a responsabilidade do devedor o seguinte: «O devedor que falta culposamente ao cumprimento da obrigação torna-se responsável pelo prejuízo que causa ao credor.» Também o artigo 804.º, n.º 1, do Código Civil estabelece que o devedor em mora fica constituído na obrigação de reparar os danos causados ao credor.

II. Sobre a questão dos pressupostos da responsabilidade civil, diversas orientações são seguidas pela doutrina portuguesa, não apenas no tocante à viabilidade de apresentação de um elenco de pressupostos generalizável a todas as modalidades de responsabilidade civil², mas sobretudo em termos de opções tomadas quanto à sistematização desses mesmos pressupostos já na vigência do atual Código Civil.

Se, de acordo com uma orientação clássica, os pressupostos da responsabilidade civil delitual ou aquiliana abrangeriam o facto voluntário do lesante, a ilicitude, a culpa, o dano e o nexo de causalidade³, a verdade é que entre nós já foram apresentadas orientações mais sintéticas,

² Manifestando-se contra a viabilidade dessa apresentação, referindo que a enumeração corrente só será de aceitar para a responsabilidade civil por factos ilícitos-culposos, cfr. CARNEIRO DA FRADA (2006), p. 63, e ROMANO MARTINEZ (2017), p. 85.

³ Assim, por exemplo, ANTUNES VARELA (1996), pp. 544-545, ALMEIDA COSTA (1998), p. 483, RIBEIRO DE FARIA (1987a), p. 413, MENEZES LEITÃO (2018), p. 283, e MOURA VICENTE (2017), pp. 412-452.

que acabam por reconduzir os pressupostos a apenas dois⁴, a três⁵ ou mesmo a quatro⁶.

Seguindo uma posição difundida na doutrina⁷, os pressupostos, no caso da responsabilidade civil obrigacional/contratual, também se poderão reconduzir, tal como na responsabilidade civil delitual ou aquiliana, à conduta, à ilicitude, à culpa, ao dano e ao nexo de causalidade. Sucede que alguns autores, ao discutir em termos gerais a temática dos pressupostos, optam por identificar apenas quatro requisitos genéricos para a responsabilidade civil (uma situação de responsabilidade, uma forma de imputação, um dano e um nexo de causalidade entre aquelas e este), considerando que a determinação da modalidade de responsabilidade civil em causa dependerá dos dois primeiros requisitos⁸. Transpondo esse raciocínio para o domínio obrigacional/contratual seria então possível referir – orientação que parece ser de aplaudir – apenas quatro pressupostos: a identificação de uma situação de responsabilidade obrigacional/contratual, a ilicitude, a culpa, o dano e o nexo de causalidade.

III. Um aspeto eventualmente mais relevante⁹, até pelas respetivas consequências práticas que não devem ser desconsideradas ou desvalorizadas¹⁰, prende-se com o ónus da prova desses pressupostos.

⁴ É o caso de MENEZES CORDEIRO (1980), pp. 280-282, que defendeu que esses pressupostos seriam no essencial apenas dois: o dano e a imputação do dano. Atualmente, o mesmo autor (2010a, pp. 433-434) vem seguindo, por uma razão pragmática e uma razão histórico-cultural, a enumeração dos pressupostos defendida pela orientação clássica, ainda que continue a sustentar a correção da orientação sintética por si anteriormente defendida. ROMANO MARTINEZ (2017), p. 86, apesar de não prescindir do elenco tradicional de pressupostos, atende apenas ao dano e à imputação.

⁵ PESSOA JORGE (1999), pp. 55-57, considera dois pressupostos (o ato ilícito e o prejuízo reparável) a que se poderia somar mais um pressuposto: a ausência de causas de isenção da responsabilidade. PINTO OLIVEIRA (2011), p. 616, reconduz os requisitos gerais da responsabilidade contratual a apenas três: tipicidade, ilicitude e culpa.

⁶ GALVÃO TELLES (1997), pp. 331-333 (facto ilícito, a culpa, o prejuízo e a causalidade). Também reconduzindo a quatro pressupostos, cfr. MIRANDA BARBOSA (2017), pp. 127 e ss.: ilicitude, culpa, nexo de causalidade e dano.

⁷ MENEZES LEITÃO (2017), pp. 245-261. Parece também seguir essa orientação MOURA VICENTE (2017), pp. 282 e ss.

⁸ CARNEIRO DA FRADA (2006), p. 64.

⁹ No domínio da responsabilidade obrigacional/contratual, alguns autores fazem referência expressa ao problema da prova dos pressupostos da responsabilidade civil – v.g., GALVÃO TELLES (1997), pp. 333-336, e MENEZES LEITÃO (2017), pp. 251-253.

¹⁰ Segundo MENEZES CORDEIRO (2005), p. 468, as regras sobre ónus de prova assumem grande relevo «em âmbitos de litigiosidade delicada» e «[n]enhum estudo será

Para além da possível utilidade e até necessidade de se distinguir entre os vários sentidos de ónus de prova (aspeto que não iremos aqui aflorar, mas que não raras vezes é olvidado) – ónus de alegação, ónus de produção, ónus de persuasão e ónus tático¹¹ –, um ponto a realçar prende-se com a ideia segundo a qual à parte lesada incumbiria o ónus de provar os pressupostos da responsabilidade civil obrigacional/contratual.

Nos termos do artigo 342.º do Código Civil, ao credor incumbe «a prova dos factos consubstanciadores do direito invocado, enquanto fundamentadores dos pressupostos da responsabilidade civil por facto ilícito»¹².

Tal sucede porque, «ocorrido um dano, do que se trata é de saber se quem o sofre há-de suportá-lo ou, em vez, se há alguém responsável pelo

conclusivo se não versar o tema do ónus da prova». Rejeitando «uma visão radical que, apelando acriticamente a um vago pragmatismo ou realismo, afirme ser a questão do ónus da prova uma “tempestade num copo de água”», cfr. CARNEIRO DA FRADA (2006), p. 80.

¹¹ O ónus da prova assume, pelo menos, quatro tipologias ou dimensões: o ónus que impende sobre uma parte de alegar os correspondentes factos (sejam estes constitutivos ou não) – *burden of pleading* ou *burden of allegation* (ónus de alegação, *onus allegandi*); o ónus da parte de produzir os meios de prova que suportam os factos que alega – *burden of production* ou *evidential burden* (ónus de produção de prova); o ónus da parte de persuadir o tribunal – *burden of persuasion* (ónus de persuasão ou de convencimento); e o ónus tático que se distribui por ambas as partes – *tactical burden* (ónus tático). Assim, já em SOARES PEREIRA (2017), pp. 1112-1113. Os referidos ónus aplicam-se também em relação à defesa, quer esta seja realizada por impugnação ou exceção. Em ambas as modalidades de defesa, a parte que se defende tem o ónus de alegar os factos em que sustenta a sua defesa e também o ónus de produzir a prova que permita negar os factos constitutivos ou excecioná-los (ou seja, sobre a parte que se defende impende o *burden of pleading* e o *burden of production*), ainda que o risco de não conseguir demonstrar os factos constitutivos (*burden of persuasion*) continue a impender sobre a parte contrária. A ideia subjacente é a seguinte: a alegação de factos (constitutivos ou não) e a produção das provas que os suportam (*burden of pleading* e o *burden of production*) oneram quem tem o conhecimento e o interesse na divulgação de elementos que possam condicionar o resultado final do litígio, mesmo que o risco de vir a ser proferida uma decisão desfavorável (por exemplo, de improcedência) permaneça na esfera da parte que está onerada com a persuasão do tribunal (*burden of persuasion*). Mas, quando existir um risco (ainda que mínimo) de vir a ser proferida pelo tribunal uma decisão favorável em relação a uma das partes (por exemplo, o autor), pode assinalar-se a existência de um ónus tático (*tactical burden*) que é repartido por ambas as partes. Um ónus tático impende assim também sobre a defesa, já que, quando houver risco de ser proferida uma decisão favorável à parte contrária, a defesa não se poderá limitar a confiar no ónus de persuasão que impende sobre a contraparte. Sobre o tema, e refletindo também sobre o domínio processual penal, cfr. SOUSA MENDES (2013), pp. 216-218, e (2018), pp. 90-90.

¹² Ac. RC de 15.01.2013, Proc. 611/10.6T2AVR.C1 (ALBERTINA PEDROSO), disponível em www.dgsi.pt.

dano», sendo certo que o dano só será imputado a alguém, que responde por ele perante a parte lesada, quando aquele «haja praticado uma acção causadora do dano e ilícito-culposa»¹³.

Porém, ao contrário do que sucede na responsabilidade civil delitual, no domínio da responsabilidade obrigacional ou contratual o ónus de prova dos respetivos pressupostos não incumbe sempre à parte lesada (o credor), podendo ao invés dizer-se que, feita a prova da constituição de uma obrigação a favor do credor que não foi executada e que este sofreu prejuízos em consequência da violação da obrigação, os ónus de prova a cargo do credor lesado se encontram praticamente esgotados.

A explicação poderá ser a seguinte: se «na responsabilidade extracontratual, o lesado arca, em regra, com a prova de todos os elementos, objetivos e subjetivos que fundam o seu direito indemnizatório, já na responsabilidade obrigacional a relação de proximidade entre o credor e do devedor faz repartir de modo mais equilibrado o ónus probatório»¹⁴.

No domínio da responsabilidade obrigacional/contratual verifica-se então, por força do empenho e comprometimento do sujeito «no amplo cenário das relações e iniciativas intersubjectivas», uma justificada «inversão do ónus da prova e, desta forma, um desvio à referida necessidade de demonstração de todos os factos constitutivos do “*anspruchserzeugendes Tatbestand*”», em termos tais que para alguns autores se pode legitimamente falar, com a amplitude atribuída à presunção de culpa «susceptível de envolver a presunção da existência de uma conduta ilícita do sujeito e da sua causalidade com respeito à ofensa de uma situação jurídica protegida, ocasionando prejuízos ao seu titular», num agravamento das condições da responsabilidade «em direcção a uma quase-responsabilidade pelo risco»¹⁵.

IV. De facto, estando demonstrado pelo credor o incumprimento pelo devedor, a culpa deste presume-se (artigo 799.º, n.º 1, do Código Civil), mas, segundo alguma doutrina, deverá considerar-se presumida também a própria ilicitude e ainda o nexo de causalidade.

Para alguns autores, a influência que o sistema francês, que procede a uma unificação da culpa e da ilicitude num conceito omnicompreensivo

¹³ Ac. RC de 19.10.2010, Proc. 1198/07.2TBFIG.C1 (JOSÉ EUSÉBIO ALMEIDA), disponível em www.dgsi.pt.

¹⁴ BRANDÃO PROENÇA (2017), pp. 290-291.

¹⁵ CARNEIRO DA FRADA (2001), p. 301.

de *faute*, exerceu sobre o legislador português na esfera obrigacional ou contratual, permitiria sustentar que vigora no artigo 799.º, n.º 1, do Código Civil, não uma pura *Verschuldensvermutung*¹⁶, mas sim uma presunção simultânea de ilicitude, culpa enexo de causalidade entre a conduta e os danos¹⁷.

Outros autores, embora recorrendo a fundamentação diferente, chegam à mesma conclusão no que tange ao alcance da presunção contida no artigo 799.º, n.º 1, do Código Civil: abrangida pela presunção estará, não apenas a culpa, como também a ilicitude e a causalidade¹⁸.

¹⁶ MONTEIRO PIRES (2017), p. 620.

¹⁷ É o caso de MENEZES CORDEIRO, que refere: «O devedor que queira exonerar-se da “presunção de culpa” não irá aduzir causas de escusa: estas, aliás, teriam, sempre, de ser provadas por quem as invoque. Normalmente, o devedor irá provar a licitude da sua conduta ou a ausência de nexo de causalidade. A conclusão é inevitável: a culpa dos artigos 798.º e 799.º, do Código Civil, não é a culpa (Schuld) do artigo 483.º/1, do mesmo diploma, ou do § 823, I, do BGB; é antes, a *faute*, do artigo 1382.º, do Código Civil francês ou a culpa da pré-codificação. [...] Perante a falta de cumprimento, duma obrigação, presume-se que o devedor agiu ilicitamente, com culpa e de tal modo que os danos, correspondentes à supressão das vantagens, asseguradas pelo vínculo violado, lhe são imputáveis. Para evitar a responsabilidade – ou para a minorar – o devedor inadimplente terá de elidir algum ou alguns destes pontos» [MENEZES CORDEIRO (1997), pp. 469 e 486]; «A natureza híbrida da responsabilidade civil portuguesa tem consequências importantes, na responsabilidade bancária. Na presença dum acordo entre o banqueiro e o seu cliente, ou, de modo mais lato, na de vínculos obrigacionais específicos, a simples falta do resultado normativamente prefigurado – como será a recusa de pagamento de cheques que não preencham as acordadas condições de movimentação, acrescentaremos nós – implica presunções de ilicitude, de culpa e de causalidade» [MENEZES CORDEIRO (2001), p. 397. Cfr. MENEZES CORDEIRO (2010a), p. 392].

¹⁸ Cfr. CARNEIRO DA FRADA (1997), pp. 28-29: «A inversão do ónus da prova da culpa na responsabilidade obrigacional não atinge apenas a questão da censurabilidade da conduta do devedor como pressuposto da pretensão indemnizatória. Na verdade, para além da censurabilidade dessa conduta, a presunção de culpa refere-se também à existência de um comportamento faltoso do devedor e à causalidade entre esse comportamento e a falta de cumprimento ou o cumprimento defeituoso da prestação verificadas. Provada a falta ou a deficiência da prestação realizada, a lei presume que elas repousam numa atitude ilícita, faltosa, do devedor, eximindo nessa medida o credor da prova do comportamento concreto que deu origem a esse incumprimento ou a essa deficiência na prestação realizada.» Cfr. CARNEIRO DA FRADA (2001), pp. 301-305, nota 282: «A amplitude que a presunção de culpa reveste no domínio da responsabilidade obrigacional» permite defender que essa presunção encerra «uma presunção de uma conduta ilícita e a sua causalidade em relação à falta de cumprimento», já que, sendo a falta de cumprimento «uma situação básica de responsabilidade», a mesma, verificada, «indicia um comportamento ilícito-culposo» e que, «configurando-se a prestação a cargo do devedor como

A posição favorável ao alargamento da referida presunção de culpa, embora com vozes discordantes¹⁹, tem vindo a merecer alguma adesão na doutrina²⁰ e também em alguma jurisprudência mais recente, designadamente no domínio da responsabilidade civil do intermediário financeiro²¹.

resultado e demonstrando-se a sua não verificação, a prova da causalidade em relação a ela de um facto imputável ao devedor não está na realidade a cargo do credor». Cfr. ainda CARNEIRO DA FRADA (1994), pp. 191-192.

¹⁹ MENEZES LEITÃO (2018 e 2017), pp. 350-351 e 246, nota 522. PAULO MOTA PINTO (2008b), p. 1111, nota 3118, adota uma posição que se pode apelidar de intermédia, uma vez que aceita os resultados da tentativa de extensão da presunção de culpa preconizada por certa doutrina, apenas negando que isso deva ser feito à custa de uma interpretação extensiva dos artigos 798.º e 799.º, n.º 1, do Código Civil: «Ora, nos seus resultados – isto é, na não imposição ao credor, para além da prova do não cumprimento, do encargo de provar qual foi a conduta do devedor (ilícita) que o causou e o nexo entre ela e o não cumprimento –, parece-nos que a solução é de acompanhar: a responsabilidade contratual basta-se com o preenchimento do tipo “falta [...] ao cumprimento”, sendo depois ao devedor que incumbe a “prova desoneradora” de causas de justificação (por exemplo, um estado de necessidade, força maior, ou outra causa) ou de falta de causalidade entre a sua conduta, apta a realizar o resultado da prestação, e a sua não verificação (tendo-se, por exemplo, tal nexo “quebrado” ou “interrompido” por eventos exteriores inesperados – assim, por exemplo, quando um dever contratual de segredo é violado pela intervenção de terceiros, que os roubaram. Mas temos dúvidas de que para tanto seja necessário (ou, sequer, que seja inteiramente convincente) “esforçar” a noção de “culpa” que o legislador empregou nos arts. 798.º e 799.º, n.º 1 (posto que se admite que no n.º 2 deste último o termo tem o sentido corrente).»

²⁰ SANTOS JÚNIOR (2010), pp. 280-281, ainda que rejeitando a conclusão de MENEZES CORDEIRO, segundo a qual a responsabilidade obrigacional teria uma natureza jurídica distinta da responsabilidade delitual, defende que no domínio da responsabilidade obrigacional vigora uma dupla presunção que abrange o incumprimento e a culpa, nos seguintes termos: «parece que o credor não tem de provar senão que é credor e alegar o incumprimento, para fundar a pretensão de condenação do devedor; a este compete provar que cumpriu, ou será dado por certo que não cumpriu. Neste caso, o devedor é presumido culpado: será condenado, se não provar que o incumprimento não foi devido a culpa sua». Parecendo aceitar a posição de MENEZES CORDEIRO de consagração do modelo da *faute* em matéria contratual, que não permitiria, mesmo fazendo um esforço analítico, cindir a ilicitude da culpa, não apenas nas hipóteses de incumprimento em sentido estrito, mas também de cumprimento imperfeito e de violação positiva do contrato, cfr. MIRANDA BARBOSA (2017), pp. 418-420.

²¹ Contra, por exemplo, Ac. RP de 21.03.2013, Proc. 2050/11.2TBVFR.P1 (LEONEL SERÓDIO), disponível em www.dgsi.pt: «A lei estabelece uma presunção de culpa quando os danos decorram da violação do dever de informação, mas não presume a ilicitude.» Porém, manifestando dúvidas, cfr. Ac. RL de 06.04.2017, Proc. 519/10.5TYLSB-H.L1-2 (ONDINA CARMO ALVES), disponível em www.dgsi.pt: «É certo que, segundo Menezes Cordeiro [...], na presença de um acordo entre o banqueiro e o seu cliente a

De resto, a visão crítica acerca da posição que atribui um alcance mais alargado à presunção de culpa tem perdido algum fulgor²².

Não espanta, por isso, que alguns autores apresentem em estudos recentes o seguinte diagnóstico em relação à questão do alcance da presunção de culpa: hoje «a dúvida está *apenas* em saber se se trata de uma presunção no sentido técnico do termo – Menezes Cordeiro e Carneiro da Frada – ou uma decorrência do preenchimento do tipo *não cumprimento* da obrigação – Mota Pinto»²³.

2. O incumprimento das obrigações de resultado e das obrigações de garantia

I. Entrando no segundo tópico, cumpre assinalar uma contraposição que tem vindo a assumir uma importância crescente na prática contratual

falta do resultado normativamente prefigurado implica presunções de culpa, de ilicitude e de causalidade [...]. Todavia, esta posição não é pacífica na doutrina, ressaltando a dúvida sobre a admissão da existência no nosso ordenamento jurídico de um modelo de presunção de imputação obrigacional em virtude da ilicitude e da culpa serem recebidos pela lei como um macropressuposto em que, a verificação do “ilícito-culposo implicaria necessariamente a verificação do pressuposto do nexu causal.» E, a favor, cfr. Ac. RL de 11.07.2019, Proc. 14285/18.2T8LSB.L1-2 (LAURINDA GEMAS), disponível em www.dgsi.pt: «Atento o disposto no art. 342.º do CC e no art. 314.º do CVM na redação anterior ao Decreto-Lei n.º 357-A/2007, o ónus da prova da verificação desses pressupostos, salvo quanto à culpa, é do demandante. Sem embargo desta posição, não podemos deixar de acrescentar que não nos repugna a tese segundo a qual a presunção de culpa pode constituir também uma presunção de ilicitude relativamente ao cumprimento dos citados deveres legais de informação, fazendo recair sobre o intermediário o ónus da prova da sua observância, apenas nos parecendo excessivo que possa ainda abranger o nexu de causalidade.»

²² Certos autores, como PINTO OLIVEIRA (2011), p. 625, consideram que hoje a questão terá escassa relevância prática, por entenderem que ao credor bastará demonstrar que o devedor não cumpriu o que lhe competia: «O interesse prático da controvérsia [...] deve relativizar-se. O dissenso quanto à fundamentação ou à justificação dos resultados corresponde a um consenso (alargado) quanto aos resultados em si. O credor não tem de provar a existência de uma ação ou de uma omissão do devedor, ou a existência de uma relação de causalidade entre a ação ou a omissão do devedor e a violação do direito do credor – causalidade fundamentadora da responsabilidade –, ou a existência de uma relação de causalidade entre a violação do direito do credor e o dano correspondente ao valor da prestação não realizada – causalidade preenchedora da responsabilidade –, ou sequer a ilicitude da ação ou da omissão.»

²³ BARRETO MENEZES CORDEIRO (2018), p. 97.

e nos litígios (judiciais ou arbitrais) envolvendo pretensões indemnizatórias de natureza contratual.

Na doutrina e na jurisprudência por vezes distingue-se, tendo em consideração o respetivo conteúdo, entre, por um lado, obrigações de meios e obrigações de resultado e, por outro lado, entre estas e as obrigações de garantia²⁴.

Apesar de na doutrina ser discutida a questão de saber se se trata de uma contraposição que deve ser acolhida²⁵, não raras vezes as partes estipulam em contratos obrigações de resultado (que não se confundem com as habituais obrigações de meios) e, por vezes, preveem mesmo nos contratos, através da prestação de declarações e garantias, verdadeiras obrigações de garantia.

II. As obrigações de resultado existem «quando se conclua da lei ou do negócio jurídico que o devedor está vinculado a conseguir um certo efeito útil», ficando sujeitas a um regime bastante diferente das obrigações de meios em matéria de incumprimento: «só a impossibilidade objectiva e não culposa da prestação exonera o devedor (art. 790.º)»²⁶.

Nesta modalidade de obrigações, a obrigação só se considera bem cumprida pelo devedor quando o resultado prometido (o interesse final do credor) é atingido, não sendo suficiente, como nas obrigações de

²⁴ Sobre a distinção entre obrigação de meios e obrigação de resultado, cfr. GOMES DA SILVA (1944), pp. 233-248, MANUEL DE ANDRADE (1966), pp. 411-415, ALMEIDA COSTA (1998), pp. 932-934, LUCAS RIBEIRO (2010), e MÚRIAS/LURDES PEREIRA (2012), pp. 1000-1001; Ac. STJ de 14.04.2015, Proc. 203/11.2TVLSB.L1.S1 (MÁRIO MENDES), disponível em www.dgsi.pt – a obrigação de meios é «aquela em que o devedor se compromete a desenvolver prudentemente e com diligência certa actividade para a obtenção de um determinado efeito, mas sem assegurar que o mesmo se produza»; a obrigação de resultado «verifica-se quando se conclui da lei ou do negócio jurídico que o devedor está adstrito à obtenção de um certo efeito útil. [...] Acrescente-se, então, que, na obrigação de meios, o devedor fica exonerado no caso de o cumprimento demandar uma exigência maior que a que prometeu e que quer a impossibilidade subjectiva como a objectiva não imputáveis ao devedor o exoneram; e que, na obrigação de resultado, só a impossibilidade objectiva e não culposa libera o devedor». E entre as anteriores modalidades de obrigações e as obrigações de garantia, cfr. ALMEIDA COSTA (1998), p. 933, BRANDÃO PROENÇA (2017), pp. 286-290, ROMANO MARTINEZ (2017), p. 142, e MONTEIRO PIRES (2016), pp. 120 e 121, (2017), pp. 637-638, e (2018), pp. 71-73.

²⁵ BRANDÃO PROENÇA (2017), pp. 289-290.

²⁶ ALMEIDA COSTA (1998), p. 933.

meios, que o devedor desenvolva apenas atividade com diligência para atingir esse resultado (respeite um interesse instrumental do credor)²⁷.

Isso sucede porque as obrigações de resultado são obrigações de causação ou causativas, vinculando-se o devedor a causar (atingir) certo resultado, mais propriamente o resultado definidor da prestação, ao passo que as obrigações de meios são meras obrigações de tentativa ou de adequação, vinculando-se o devedor apenas a tentar causar o resultado, mais propriamente a praticar os atos que, numa apreciação *ex ante*, sejam considerados adequados a causá-lo²⁸.

III. Já as obrigações de garantia constituem verdadeiras obrigações de conformidade, ou seja, correspondem ao «equivalente moderno e mais exigente dos regimes de cumprimento defeituoso e de venda de coisa onerada»²⁹.

As obrigações de garantia distinguem-se das obrigações de meios e também das obrigações de resultado, esclarecendo a esse respeito a doutrina que naquele tipo de obrigações o devedor «promete ainda mais do que nas obrigações de resultado, pois assume o risco da não verificação do efeito pretendido», pelo que também responde perante o credor «haja o que houver, não lhe sendo lícito invocar causa estranha que tenha tornado a prestação impossível»³⁰. Noutra formulação, pode dizer-se que nas obrigações de garantia «o devedor assegura que o resultado se verificará e, assim não sendo, independentemente da razão, responsabiliza-se o *solvens* por tal incumprimento»³¹.

IV. Ora, costumam surgir litígios envolvendo obrigações de garantia quando tenha ocorrido a inclusão de cláusulas de garantia no contrato, mais propriamente de declarações e garantias (*representations and warranties*) prestadas, as quais não têm exata expressão no Código Civil por serem «extraídas de um “ambiente conceptual” (ou, melhor dizendo, de um “ambiente funcional”) anglo-saxónico»³².

²⁷ ROMANO MARTINEZ (2017), p. 142.

²⁸ MÚRIAS/LURDES PEREIRA (2012), pp. 1000-1001.

²⁹ FERREIRA DE ALMEIDA (2014), p. 135.

³⁰ ALMEIDA COSTA (1998), pp. 932-934.

³¹ ROMANO MARTINEZ (2017), p. 142. Na formulação idêntica de BRANDÃO PROENÇA (2017), p. 288: «a responsabilidade é automática [...], mesmo havendo força maior».

³² MONTEIRO PIRES (2018), p. 64.

Tratando-se de contratos de compra e venda de participações acionistas de controlo (compra e venda de uma empresa) refere a doutrina que a justificação desse tipo de cláusulas de garantia estará associada «à insatisfação que se regista com o regime aplicável, nomeadamente no que respeita à resolução (em regra, indesejada e indesejável) e à redução do preço (complexa e incerta)» e, quando estipuladas em conjunto com outras cláusulas, «visam, muitas vezes, “assegurar” uma determinada equivalência entre prestação e contraprestação»³³.

A inclusão deste tipo de cláusulas de garantia nos contratos de compra e venda visa então «essencialmente assegurar a fidedignidade, certeza e vinculatividade jurídicas das partes quanto ao objeto do negócio»³⁴, estabelecendo as características e as qualidades do objeto, e definindo, desse modo, o âmbito da responsabilidade do devedor perante o comprador.

As cláusulas de garantia inseridas em contrato de compra e venda oferecem assim ao comprador um sistema garantístico «automático», cujo objeto é a assunção de um determinado risco³⁵. Em concreto, estas cláusulas de garantia permitem às partes «alocar o risco resultante do contrato, garantindo a existência de determinadas características ou qualidades do objeto do negócio ao comprador solucionando a falta de visibilidade que este terá relativamente a esse objeto – o vendedor assegura um determinado “estado de coisas” à data da aquisição, responsabilizando-se pela sua não verificação»³⁶.

Mediante a prestação de declarações e garantias (que no contexto de um contrato de compra e venda de uma empresa fundamentalmente «atestam o estado de facto da empresa societária à data da conclusão do contrato» e «visam criar obrigações recíprocas entre as partes relativamente a um conjunto de matérias ou aspectos dessa empresa após aquela conclusão»³⁷), o devedor assume o risco de não verificação da «situação» garantia, independentemente de culpa da sua parte, podendo afirmar-se praticamente sem mais a sua responsabilidade em caso de violação.

³³ MONTEIRO PIRES (2018), pp. 63-64.

³⁴ ENGRÁCIA ANTUNES (2008), p. 783.

³⁵ Neste sentido, cfr. FÁBIO RUSSO (2010), pp. 115-136; TAVARES LOUREIRO/CORDEIRO FERREIRA (2016); ENGRÁCIA ANTUNES (2008); CLEMENTE GALVÃO (2010).

³⁶ TAVARES LOUREIRO/CORDEIRO FERREIRA (2016), p. 16.

³⁷ ENGRÁCIA ANTUNES (2008), p. 783.

V. O regime do incumprimento das obrigações de resultado e das obrigações de garantia não é coincidente em vários aspetos com o regime do incumprimento das obrigações de meios.

Desde logo, as obrigações de resultado ficam sujeitas a um regime diferente das obrigações de meios em matéria de incumprimento: como já se referiu, «só a impossibilidade objectiva e não culposa da prestação exonera o devedor (art. 790.º)»³⁸. Além disso, sendo verdade que ao incumprimento das obrigações de resultado se aplicam regras idênticas às do incumprimento das obrigações de meios em matéria de apreciação e prova da culpa do devedor (artigo 799.º, n.º 1, do Código Civil), alguma doutrina assinala especificidades em termos de consequências na apreciação da culpa em função do tipo de vinculação e da boa-fé: «admite-se que numa obrigação de resultado o julgador seja especialmente exigente na apreciação da causa externa que afasta a presunção de culpa, enquanto, sendo a obrigação de meios, possa ter maior condescendência perante os factos invocados pelo devedor para afastar a culpa; deste modo, tal como prescreve o n.º 1 do artigo 799.º, presume-se sempre a culpa do devedor, contudo, sendo a prestação de meios, pode haver maior tolerância na apreciação de factos externos que ilidam a presunção de culpa»³⁹.

Já nas obrigações de garantia vai-se ainda mais longe. Aí encontramos a afirmação clara da vigência de uma ideia de incondicionalidade (que se traduz no facto de o obrigado responder haja o que houver ou de a sua responsabilidade ser automática), embora alguma doutrina mais recente defenda que essa ideia poderá afinal vir a ser relativizada em razão da interpretação do contrato, mais concretamente tomando em consideração restrições «baseadas no conhecimento ou na esfera de negócios e de atividade do devedor»⁴⁰. As situações de relativização da incondicionalidade da responsabilidade do devedor nas obrigações de garantia não se encontram documentadas com frequência na doutrina e na jurisprudência portuguesas. Ponderando a figura das declarações e garantias alguns autores limitam-se no essencial a assinalar que «na determinação da espécie e do grau de proteção do adquirente em caso de incorreção das informações dadas pelo alienante» assumirá preponderância a interpretação das respetivas cláusulas⁴¹. Porém, é de admitir

³⁸ ALMEIDA COSTA (1998), p. 933.

³⁹ ROMANO MARTINEZ (2017), p. 143.

⁴⁰ MONTEIRO PIRES (2016), pp. 120-121.

⁴¹ PAULO CÂMARA/BRITO BASTOS (2011), p. 39.

a possibilidade de serem prestadas declarações e garantias fracas, típicas de cláusulas de melhor conhecimento (*best knowledge* ou *nach bestem Wissen*) do vendedor, estipulação que poderá ter o condão de relativizar a referida ideia de incondicionalidade. De facto, as partes podem querer introduzir desvios às regras no sentido de reforçar o texto do acordo e tornar irrelevante o que dele não conste⁴². Em todo o caso, a relativização terá de decorrer da interpretação do contrato que se mostre contrária à incondicionalidade. Mais difícil poderá ser ver uma restrição à referida ideia de incondicionalidade pelo simples facto de as partes não terem expressamente convencionado que as declarações e garantias são prestadas independentemente do conhecimento que tenham ou venham a obter sobre a correção e verdade das declarações e garantias. Não parece que, por exemplo, a não previsão da irrelevância do conhecimento possa valer como uma modalidade tácita de exclusão das garantias prestadas. Daqui decorre que, mesmo que tenha razão de ser a ideia da relativização da incondicionalidade (relativização que a generalidade da doutrina e também da jurisprudência ainda não identificaram como princípio geral nas obrigações de garantia), não parece que a defesa dessa possibilidade possa pura e simplesmente conduzir a uma outra ideia: à ideia segundo a qual no ordenamento jurídico português a ausência de estipulação da irrelevância do conhecimento deverá conduzir a uma desresponsabilização do vendedor pelas declarações e garantias prestadas.

3. A imputação subjetiva do incumprimento e a presunção de culpa

I. Um terceiro tópico prende-se com a imputação subjetiva do incumprimento e a presunção de culpa.

Tal como sucede com a responsabilidade civil delitual, a responsabilidade obrigacional/contratual integra ainda uma modalidade de responsabilidade subjetiva, pelo que a imputação subjetiva do incumprimento ao devedor ou a culpa deste (como lesante) assume relevância como pressuposto da obrigação de indemnizar.

Simplesmente o pressuposto da culpa apresenta, no domínio da responsabilidade obrigacional/contratual, algumas especificidades.

Desde logo, a culpa «reconduz-se a um juízo de censura ou de reprovação que é dirigido ao obrigado que, atentas as circunstâncias do caso,

⁴² MONTEIRO PIRES (2018), pp. 68-70.

podia e devia ter agido de outro modo»⁴³, ou seja, a uma avaliação sobre a conduta do devedor a fim de saber se lhe poderá «ser pessoalmente censurável o facto de não ter adoptado o comportamento devido, o que sucederá sempre que esse não cumprimento seja devido a facto do credor, de terceiro, ou a caso fortuito ou de força maior»⁴⁴.

Além disso, o artigo 799.º do Código Civil consagra aquilo que tradicionalmente se designa como presunção de culpa. Nas situações de falta de cumprimento *tout court* e de cumprimento defeituoso (artigo 799.º, n.º 1, do Código Civil), a culpa do devedor presume-se, tornando-se assim o devedor responsável pelos prejuízos que causar ao credor (artigo 798.º do Código Civil) caso não consiga ilidir a presunção (artigo 350.º, n.º 2, do Código Civil).

Ora, para além das dúvidas suscitadas quanto ao alcance da presunção de culpa nos termos já afluídos, vale a pena referir alguns aspetos adicionais relacionados com essa presunção.

II. Um primeiro aspeto prende-se com a questão de saber se a presunção de culpa abrange quaisquer modalidades de culpa, como é o caso do dolo ou da culpa grave, designadamente quando o contrato faça depender a obrigação de indemnizar da verificação de uma dessas modalidades de culpa.

No caso do dolo, o conhecimento, tal como a intenção, carece de ser provado, sendo certo que a doutrina penal vem entendendo a este respeito que a prova do dolo se realiza demonstrando a existência de condutas que «revelam a devida e mais elevada oportunidade (por força da representação e vontade do agente relativamente ao facto típico) de o agente optar por alternativas de ação em face do conhecimento disponível sobre o objeto e efeitos da sua conduta»⁴⁵.

Pode duvidar-se que a presunção de culpa do artigo 799.º do Código Civil possua o alcance necessário para modalidades de culpa mais graves, como será o dolo. Este supõe, pelo menos, uma demonstração cabal de que o agente representou a possibilidade de a sua conduta ter como consequência a realização de um facto típico, pelo que é discutível se

⁴³ Ac. RG de 13.10.2014, Proc. 2149/12.8TBVCT.G1 (FERNANDO FERNANDES FREITAS), disponível em www.dgsi.pt.

⁴⁴ MENEZES LEITÃO (2017), p. 247.

⁴⁵ FERNANDA PALMA (2013), p. 186.

a presunção de culpa prevista no artigo 799.º, n.º 1, do Código Civil conseguirá abrangê-lo.

III. Outro aspeto relevante será perceber qual o impacto das modelações ao nível da configuração das obrigações, em termos de conteúdo, na relevância da presunção de culpa.

No domínio das obrigações de resultado o alcance da presunção de culpa será para alguns autores ainda mais notório do que nas obrigações de meios⁴⁶, pois terá de compreender: *a*) a presunção de que a conduta do devedor é ilícita (presunção de ilicitude); *b*) a presunção de que a conduta ilícita do devedor constituiu a causa da falta de cumprimento ou de cumprimento defeituoso; *c*) a presunção de que a conduta ilícita do devedor é censurável (presunção de culpa *stricto sensu*)⁴⁷. Em caso de incumprimento de obrigações de resultado, ficará então, segundo alguma doutrina, logo indiciada a responsabilidade do devedor, cabendo-lhe «esclarecer que a sua não produção se deveu a motivos que não lhe são imputáveis»⁴⁸. De facto, e como refere a jurisprudência, «no caso de se tratar de uma obrigação de resultado presume-se a culpa do devedor», invertendo-se então o ónus da prova, «uma vez que nos contratos em que o objecto encerra um resultado a sua não obtenção é “quantum satis” para empenhar, por presunção, a responsabilidade do devedor»⁴⁹.

No caso das obrigações de garantia, a presunção de culpa perderá à partida relevância, já que a culpa não carecerá de ser apurada por estarmos no domínio da responsabilidade objetiva⁵⁰: como se costuma dizer, o devedor responde «haja o que houver, não lhe sendo lícito invocar a causa estranha que tenha tornado a prestação impossível»⁵¹. Resta, no entanto, saber se, no «recorte exato do âmbito em que a responsabilidade

⁴⁶ LUCAS RIBEIRO (2010), pp. 125 e ss.

⁴⁷ CARNEIRO DA FRADA (2006), pp. 80-81.

⁴⁸ CARNEIRO DA FRADA (2006), pp. 80-81.

⁴⁹ Ac. STJ de 14.04.2015, Proc. 203/11.2TVLSB.L1.S1 (MÁRIO MENDES), disponível em www.dgsi.pt.

⁵⁰ Como explica MONTEIRO PIRES (2018), p. 72, pode falar-se numa contraposição hoje presente no direito alemão (§ 276) e que deve ser aceite também no direito português entre, por um lado, o princípio da garantia (*Garantiehaftung*), de acordo com o qual o devedor responde sempre, salvo em casos excepcionais, e o princípio da culpa (*Verschuldenhaftung*), em que o devedor responde apenas se tiver causado a falta de cumprimento com dolo ou negligência.

⁵¹ ALMEIDA COSTA (1998), pp. 932-933.

objetiva se movimenta»⁵², a presunção de culpa continua a assumir alguma relevância quando estejam em causa obrigações de garantia fracas (declarações e garantias fracas, típicas de cláusulas de melhor conhecimento), onde, segundo alguma doutrina, é, como já se referiu, possível defender a relativização da ideia de incondicionalidade.

4. A reparação de danos não patrimoniais em sede obrigacional/contratual

I. Um quarto tópico refere-se ao ressarcimento de danos não patrimoniais no campo obrigacional/contratual.

O ressarcimento de danos não patrimoniais em casos de responsabilidade obrigacional/contratual é hoje largamente aceite na doutrina e na jurisprudência⁵³.

Todavia, importa referir que tal não sucede sem dificuldades e sem discussão.

II. Na doutrina e na jurisprudência os danos não patrimoniais continuam a suscitar algumas dúvidas⁵⁴, embora a tendência dos últimos anos seja claramente mais favorável à indemnização desta tipologia de danos e não exista propriamente uma reserva ou desconfiança em relação a estes danos.

Várias razões podem ser apontadas para o efeito. Mas as dúvidas anteriormente suscitadas em Portugal e noutros ordenamentos jurídicos não são hoje consideradas fundadas ou, pelo menos, vistas como insuperáveis.

Em relação ao direito português, há que tomar em consideração alguns aspetos gerais que permitem atenuar a dificuldade de aceitação da reparação dos danos não patrimoniais: (i) o verdadeiro sentido da patrimonialidade no Direito das Obrigações (que é de facto eminentemente patrimonial) reconduz-se à limitação da garantia do cumprimento de dívidas ao património do devedor e não à sua pessoa; (ii) o Código Civil acolheu um sentido elevado de solidariedade (favorável ao lesado) mas formulou também exigências que conduzem a uma solidariedade

⁵² MONTEIRO PIRES (2018), p. 71.

⁵³ MARIA MANUEL VELOSO (1998); SOARES PEREIRA (2009), p. 321.

⁵⁴ *Colorandi causa*, cfr. MARIA MANUEL VELOSO (2004); ALBUQUERQUE DE MATOS (2014a), (2014b), (2015), p. 465, e (2017); MIRANDA BARBOSA (2014a), e (2017), pp. 300-304.

atenuada (pois não esquece igualmente o lesante e os demais responsáveis); (iii) embora a origem histórica dos danos não patrimoniais esteja associada à figura da pena privada, à reparação dos danos não patrimoniais deve ser assinalada uma finalidade primária de compensação ao lesado e apenas uma finalidade complementar preventivo-punitiva; (iv) os danos não patrimoniais reparáveis são apenas os dotados de um significativo relevo, o que aponta para a frustração de fins ou utilidades não patrimoniais juridicamente relevantes (graves) e para a colocação de o bem (patrimonial ou não patrimonial) que os assegura (seja este grave ou não) em situação de o beneficiário o não poder utilizar⁵⁵.

III. No que se refere ao incumprimento das obrigações são necessárias justificações adicionais, atenta a localização sistemática do artigo 496.º do Código Civil, mas não se trata de uma questão que a doutrina e a jurisprudência maioritárias tenham considerado insuperáveis⁵⁶.

Uma correta interpretação dos artigos 798.º e 804.º do Código Civil aponta, nos seus elementos mais relevantes, para a previsão da reparação dos danos não patrimoniais e, caso se entenda existir uma lacuna, em causa sempre estaria uma lacuna involuntária do legislador e superável. E, não só as partes podem definir uma disciplina de reparação dos danos não patrimoniais, como existem interesses não patrimoniais relevantes em certos vínculos obrigacionais que são dignos de tutela⁵⁷. Tal não deve automaticamente implicar a aplicação da disciplina do artigo 496.º do Código Civil ao domínio obrigacional, mas apenas quando se possa encontrar uma análoga valoração ao que sucede no domínio extracontratual: nos casos de concurso de imputações a disciplina pode ser a do artigo 496.º do Código Civil por se poder identificar uma valoração equivalente, salvo se as partes tiverem estipulado cláusulas destinadas a afastar essa disciplina; contudo, a aplicação de uma disciplina especificamente obrigacional ocorrerá sempre que as partes tenham contemplado (ainda que implicitamente) a tutela de interesses não patrimoniais e delineado a própria disciplina de reparação⁵⁸.

⁵⁵ SOARES PEREIRA (2009), pp. 167-245.

⁵⁶ PAULO MOTA PINTO (2008b), p. 1556, e MIRANDA BARBOSA (2017), pp. 300-304.

⁵⁷ Para além da hipótese em que existe analogia com as situações de responsabilidade extracontratual, cfr. MOURA VICENTE (2017), p. 292, que sublinha o facto de nas economias modernas o incumprimento dos contratos poder dar lugar a danos não patrimoniais que devem ser indemnizados.

⁵⁸ SOARES PEREIRA (2009), pp. 267 e ss.

IV. A doutrina e a jurisprudência são hoje praticamente unânimes no que respeita à ressarcibilidade dos danos não patrimoniais em geral e decorrentes do incumprimento das obrigações⁵⁹, embora nem sempre valorando os aspetos já assinalados quanto à disciplina de reparação aplicável, que pode de facto ser, em sede obrigacional, menos restritiva do que a que aquela que vigora para o domínio extracontratual.

Em todo o caso, hoje somos confrontados com uma realidade bastante diferente e que, de certa forma, contrasta de forma significativa com a visão anteriormente adotada na doutrina e na jurisprudência, mesmo quando se mostravam favoráveis à ressarcibilidade dos danos não patrimoniais.

V. Desde logo, à luz do regime que se encontra atualmente previsto no artigo 493.º-A, n.º 3, do Código Civil, por força da Lei n.º 8/2017, de 3 março, parece que a questão da indemnização por danos não patrimoniais também pode surgir em situações anteriormente consideradas menos comuns, como seja no quadro de morte ou lesão grave e permanente de animais de estimação⁶⁰.

Porém, importa não esquecer que o novo regime não atribui automaticamente o direito a uma indemnização por danos não patrimoniais decorrentes da morte ou lesão grave e permanente de animais de estimação, pois essa atribuição depende da verificação, do preenchimento e da ponderação das exigências constantes do artigo 496.º, n.º 1, do Código Civil para o qual o n.º 3 do artigo 493.º-A expressamente remete. Tal significa que não basta a mera invocação de ter ocorrido a violação de um bem jurídico que assegurava utilidades ou interesses não patrimoniais, sendo exigível a demonstração de que essas utilidades ou interesses não patrimoniais são dotados de gravidade⁶¹.

⁵⁹ MARIA MANUEL VELOSO (1998); SOARES PEREIRA (2009), BRANDÃO PROENÇA (2017), pp. 301-306, e MIRANDA BARBOSA (2017), pp. 302-304 e 428-429.

⁶⁰ O que tem motivado ações de responsabilidade civil contratual movidas por donos de animais de estimação contra hospitais veterinários ou clínicas veterinárias e/ou respetivos médicos com esse fundamento (sobretudo fundadas no artigo 800.º do Código Civil), mas que se admite poderem os respetivos pressupostos decisórios vir a ser estendidos a outros domínios.

⁶¹ Assim, por exemplo, SOARES PEREIRA (2009), pp. 237-245 e 322-323. A esse respeito escreve BRANDÃO PROENÇA (2017), p. 304: «o filtro da “gravidade” constituirá uma barreira contra os meros “receios”, a simples “tristeza e desilusão”, as “contrariedades”, os “incómodos” ou “meras preocupações” com que os lesados fundamentam, por vezes, a sua pretensão».

Além disso, segundo alguma doutrina, é muito discutível a ideia segundo a qual a morte ou a lesão grave e permanente de um animal de estimação deve justificar o ressarcimento de danos não patrimoniais nos termos previstos pela Lei n.º 8/2017, de 3 março⁶².

VI. Em geral, poderá dizer-se que o legislador português, apesar de no domínio do ressarcimento de danos não patrimoniais ter adotado uma solução mais generosa do que a vigente noutros ordenamentos jurídicos, também não acolheu (nem a Lei n.º 8/2017 poderá ser invocada nesse sentido) uma solução perdulária ou como visando apenas excluir ofensas bagatelares ou de menor relevo.

Entendeu o legislador à data da aprovação do Código que só seriam reparáveis os danos não patrimoniais dotados de um significativo relevo, fazendo apelo à respetiva gravidade objetiva dos danos e ao merecimento de tutela desses danos, o que encontra plena justificação numa ligação existente entre a reparação de danos não patrimoniais, a afirmação central da dignidade e da personalidade humana e um dever de solidariedade que não dá guarida a motivações meramente abusivas e oportunistas⁶³.

Ora, essa ligação parece claudicar ou impor alguma perspetivação restritiva estando em causa certos pedidos de indemnização de danos não patrimoniais no domínio contratual (por exemplo, verificada a morte ou a

⁶² ALBUQUERQUE DE MATOS/MIRANDA BARBOSA (2017), pp. 125-137, referem no essencial os seguintes argumentos: (i) o sistema de responsabilidade civil não pode ser mera expressão de sensibilidades ou posições meramente individuais e ainda que estas sejam compreensíveis e respeitáveis; (ii) não é possível equiparar a morte de um animal à morte de uma pessoa; (iii) uma solução contrária levaria a esquecer a (difícil) evolução legislativa verificada a respeito do chamado «dano da morte» como categoria autónoma; (iv) uma outra posição só poderia encontrar respaldo numa bioética descentralizada de contornos nebulosos e votada a relativizar e diminuir o peso do personalismo ético que não pode deixar de ser a pedra angular do ordenamento jurídico; (v) existem sérios riscos de alargamento das pessoas com legitimidade para pedir compensação por dano da morte do animal e de se vir a fomentar o comércio em torno de bens de ordem espiritual com a qualificação da situação de detenção de um animal como uma espécie de apólice de seguro de vida. De resto, mesmo em caso de existir direito dos donos a ressarcimento de danos não patrimoniais decorrentes de morte ou lesão grave e permanente de animais de estimação, na fixação da indemnização não podem deixar de ser tomadas em consideração as circunstâncias referidas no artigo 494.º do Código Civil, bem como a idade do animal, o seu estado de saúde, o grau de sensibilidade do animal, o nível de dependência emocional do proprietário face ao animal e também a existência de seguro de danos relativo ao animal para evitar uma dupla compensação.

⁶³ SOARES PEREIRA (2009), p. 244.

lesão grave e permanente de animal de estimação), pelo que se justificará da parte do julgador particulares cautelas na atribuição de indemnizações nas situações em que tal suceda⁶⁴.

VII. Outros aspetos relevantes nesta matéria prendem-se com a atribuição de indemnizações por danos não patrimoniais às pessoas coletivas⁶⁵ e com os chamados danos não patrimoniais ditos indiretos⁶⁶ e reflexos⁶⁷, aspetos que não iremos aqui desenvolver, mas que poderão exigir uma ponderação acrescida e/ou específica.

5. As situações de perda de chance ou de oportunidade no domínio obrigacional/contratual

I. Um quinto tópico diz respeito a uma outra dificuldade, que não sendo exclusiva do domínio obrigacional/contratual, aqui tem tido um especial relevo, até pelo tratamento jurisprudencial e doutrinário específico que lhe vem sendo dado: as situações de perda de chance ou de oportunidade.

É no mínimo discutível esta figura na doutrina e na jurisprudência portuguesas⁶⁸. Para além de não ser unânime que configure um dano indemnizável⁶⁹, a perda de chance ou perda de oportunidade pode ser definida como a «perda da possibilidade de obter um resultado favorável, ou de evitar um resultado desfavorável»⁷⁰, desde que se demonstre ter um determinado grau de consistência.

O dano da perda de chance é considerado pela doutrina «um dano em si, como que antecipando o prejuízo relevante em relação ao dano final (apenas hipotético, *v.g.*, da ausência de cura, da perda do concurso, do malograr das negociações por outros motivos), para cuja ocorrência se não pode asseverar um nexos causal suficiente»⁷¹.

⁶⁴ Assim, SOARES PEREIRA (2018a).

⁶⁵ Sobre o tema, *cfr.* MARIA MANUEL VELOSO (2007); PINTO MONTEIRO (2014).

⁶⁶ TEIXEIRA PEDRO (2017).

⁶⁷ MIRANDA BARBOSA (2014a); PÁRIS FERNANDES (2017).

⁶⁸ BRANDÃO PROENÇA (2017), p. 301: «o dano da perda de chance é dogmaticamente controverso».

⁶⁹ Defendendo que o direito positivado não admite a autonomização deste prejuízo como um tipo de dano, PAULO MOTA PINTO (2008b), p. 1106, nota 3103; VIEIRA GOMES (2005); CARDONA FERREIRA (2011), pp. 329 e ss.

⁷⁰ SANTOS ROCHA (2014), p. 19.

⁷¹ CARNEIRO DA FRADA (2006), pp. 103-104. *Cfr.* SANTOS ROCHA (2014), p. 23.

Conforme referiu o Tribunal da Relação de Guimarães em acórdão de 09.01.2014: «Trata-se de um dano presente que consiste na perda de probabilidade de obter uma futura vantagem, um acréscimo patrimonial, sendo, contudo, a perda de chance uma realidade atual e não futura, um bem jurídico digno de tutela, embora possa surgir no futuro, reportando-se ao valor da oportunidade perdida e não ao benefício esperado.»⁷²

Contudo, não raras vezes recusa-se a vigência de um direito a uma indemnização por perda de chance ou de oportunidade em abstrato para a generalidade das situações invocadas. Tal sucede ainda mais quando se conclua estar afastado o ressarcimento de danos indiretos e lucros cessantes.

II. As dúvidas que alguns autores portugueses exprimem e o diagnóstico que vêm realizando acerca do tema apontam para a ideia de a perda de chance ou de oportunidade não ser em geral ressarcível⁷³, fora dos casos de responsabilidade médica e dos casos de perda de chance processual⁷⁴.

⁷² Ac. RG de 09.01.2014, Proc. 15/11.3TCGMR.G1 (MANUEL BARGADO), disponível em www.dgsi.pt. Ver também Ac. STJ de 01.07.2014, Proc. 824/06.5TVLSB.L2.S1 (FONSECA RAMOS), disponível em www.dgsi.pt.

⁷³ Não obstante, a jurisprudência tem analisado a perda de chance em diversas situações: relativas ao dano biológico – Acs. STJ de 10.11.2016, Proc. 175/05.2TBPSR.E2.S1 (LOPES DO REGO), de 28.01.2016, Proc. 136/12.5TVLSB.L1.S1 (MARIA DA GRAÇA TRIGO); em sede de execução específica – Ac. RL de 01.01.2018, Proc. 1337/12.1TVPRT.P1 (MANUEL DOMINGOS FERNANDES); no contexto de concursos públicos – Ac. STJ de 19.05.2016, Proc. 6473/03.2TVPRT.P1.S1 (ANTÓNIO DA SILVA GONÇALVES), Ac. TCA (Norte), de 11.10.2013, Proc. 01119/08.5BECBR (CARLOS LUÍS MEDEIROS DE CARVALHO), Ac. TCA (Norte) de 01.07.2016, Proc. 00542/05.1BECBR (FREDERICO MACEDO BRANCO), Ac. STA de 20.11.2012, Proc. 0904/12 (ALBERTO AUGUSTO OLIVEIRA), Ac. RL de 19.02.103, Proc. 1400/12.9TBVRL.P1 (VIEIRA E CUNHA); no domínio do direito público – Ac. RE de 06.10.2016, Proc. 342/14.8TBTNV.E1 (TOMÉ RAMIÃO), Ac. TCA (Norte) de 07.10.2016, Proc. 02589/14.8BEPRT (FREDERICO MACEDO BRANCO), Ac. TCA (Sul) de 08.09.2011, Proc. 06762/10 (FONSECA DA PAZ), Ac. TCA (Norte) de 30.11.2012, Proc. 00682-A/2002-Coimbra (JOSÉ AUGUSTO ARAÚJO VELOSO), Ac. TCA (Sul) de 04.10.2012, Proc. 05647/09 (CRISTINA DOS SANTOS); no âmbito da ação executiva – Ac. RE de 14.09.2017, Proc. 1633/13.0TBSTR.E2 (SÍLVIA SOUSA), Ac. TCA (Norte) de 09.10.2015, Proc. 00814/2000-Coimbra (JOAQUIM CRUZEIRO), Ac. TCA (Norte) de 25.09.2014, Proc. 00277-A/2003 Porto (FREDERICO MACEDO BRANCO), todos disponíveis em www.dgsi.pt.

⁷⁴ Acs. STJ de 01.07.2014, Proc. 824/06.5TVLSB.L2.S1 (FONSECA RAMOS), de 09.07.2015, Proc. 5105/12.2TBXL.L1.S1 (TOMÉ GOMES), Ac. RG de 02.02.2017, Proc. 753/15.1T8VGT.G1 (ELISABETE VALENTE), Ac. STJ de 05.02.2013, Proc. 488/09.4TBESP.P1.S1 (HÉLDER ROQUE), Ac. RL de 27.04.2017, Proc. 1062/14.9TVLSB.L1-2 (MARIA

Mesmo nesse domínio específico, pode dizer-se que costuma ser adotada uma visão restritiva e/ou cautelosa por parte da generalidade da doutrina⁷⁵ e da jurisprudência⁷⁶, o que quadra bem com o facto de mesmo em ordenamentos jurídicos com posturas mais avançadas no que toca ao ressarcimento de situações de perda de chance ou de oportunidade ser possível encontrar várias cautelas e chamadas de atenção⁷⁷.

III. Várias razões poderão ser apresentadas para o facto de a jurisprudência e a doutrina apresentarem uma postura restritiva e/ou cautelosa em relação a pedidos de indemnização baseados na perda de chance ou de oportunidade.

JOSÉ MOURA), Ac. RC de 09.10.2017, Proc. 1579/158.8T8CBR.C1 (ANTÓNIO CARVALHO MARTINS), Ac. RL de 28.02.2013, Proc. 1773/06.2TBVNG.P1 (JOSÉ AMARAL), Ac. RL de 09.02.2015, Proc. 5500/10.1TBVNG.P1 (CAIMOTO JÁCOME), Ac. RC de 27.09.2016, Proc. 51/14.8TBVIS.C1 (MARIA DOMINGAS SIMÕES), Ac. RL de 23.06.2015, Proc. 1540/11.1TVLSB.L1-7 (ROSA RIBEIRO COELHO), Ac. STJ de 16.02.2016, Proc. 2368/13.0T2AVR.P1.S1 (GABRIEL CATARINO), Ac. STJ de 30.09.2014, Proc. 739/09.5TVLSB.L2-A.DS1 (MÁRIO MENDES), Ac. STJ de 29.04.2010, Proc. 2622/07.0TBPNF.P1.S1 (SEBASTIÃO PÓVOAS), Ac. RL de 10.02.2015, Proc. 5105/12.2TBSXL.L1-1 (PEDRO BRIGHTON). Cfr. também sobre perda de chance processual por órgão de pessoa coletiva, Ac. RL de 14.09.2017, Proc. 1069-16.1YRLSB-6 (CARLOS MARINHO), todos disponíveis em www.dgsi.pt.

⁷⁵ PAULO MOTA PINTO (2008b), p. 1106, nota 3103, e (2016), p. 175.

⁷⁶ Vejam-se os seguintes acórdãos referentes a responsabilidade civil por ato médico, recusando indemnização, Ac. STJ de 15.10.2009, Proc. 08B1800 (RODRIGUES DOS SANTOS), e Ac. STJ de 22.10.2009, Proc. 409/09.4YFLSB (JOÃO BERNARDO); referentes a responsabilidade da Administração, diversamente, Ac. STA de 29.11.2005, Proc. 041321A (ALBERTO AUGUSTO OLIVEIRA), Ac. STA de 24.10.2006, Proc. 289/06 (FERNANDA XAVIER), e Ac. STA de 16.12.2010, Proc. 4948/07 (ALVES VELHO); negando ressarcibilidade da perda de chance processual Ac. STJ de 29.05.2012, Proc. 8972/06.5TBBRG.G1.S1 (JOÃO CAMILO), Ac. STJ de 19.10.2012, Proc. 5817/09.8TVLSB.L1.S1 (SERRA BAPTISTA), Ac. STJ de 30.05.2013, Proc. 2531/06.7TBBRG.G1.S1 (SERRA BAPTISTA) e Ac. STJ de 09.12.2014, Proc. 1378/11.6TVLSB-L1.S1 (SEBASTIÃO PÓVOAS), e reconhecendo ressarcibilidade e considerando a consistência da chance perdida para cálculo da indemnização – Ac. STJ de 10.03.2011, Proc. 9195/03 (TÁVORA VÍCTOR), ou para a negar – Ac. STJ 6.03.2014, Proc. 23/05.3TBGRD.C1.S1 (PINTO DE ALMEIDA), Ac. STJ 1.07.2014, Proc. 824/06.5TVLSB.I.2.S1 (FONSECA RAMOS). Mais recentemente, cf. Ac. RC de 27.09.2016, Proc. 51/14.8TBVIS.C1 (MARIA DOMINGAS SIMÕES), e Ac. STJ de 30.11.2017, Proc. 12198/14.6T8LSB.L1.S1 (TOMÉ GOMES), todos disponíveis em www.dgsi.pt.

⁷⁷ PAULO MOTA PINTO (2016), pp. 179-182, quanto à abordagem da doutrina austríaca, holandesa e alemã. Referindo que não existe um entendimento unânime nos vários sistemas jurídicos, cfr. MOURA VICENTE (2017), p. 302.

Por um lado, afirma-se que um tal juízo no essencial implicaria aceitar que o direito a uma indemnização se pudesse suportar em probabilidades de probabilidades e que na prática conduziria a uma total incerteza jurídica. Tal incerteza seria relativa, não só ao dano («não se aceita, assim, a indemnização de “chances” puramente abstratas, independentemente da sua probabilidade»)⁷⁸, mas também ao nexos causal⁷⁹. Por outro lado, refere-se que um tal juízo implicaria que o lesante não se pudesse defender convenientemente, pois veria contra si afirmada uma probabilidade que dificilmente será capaz de rebater⁸⁰. Finalmente, sustenta-se que, para a parte lesada, seria impossível ser indemnizada de acordo com a fórmula da diferença, uma vez que não pode ser colocada na situação hipotética que existiria se não fosse o evento lesivo⁸¹.

Também se revela difícil determinar o exato enquadramento das situações de perda de chance ou de oportunidade. À partida, o ressarcimento da perda de chance ou de oportunidade pouco ou nada terá que ver com o tema do nexos de causalidade, estando antes relacionado com a questão do dano⁸². Assim o considerou o Supremo Tribunal de Justiça no acórdão de 31.11.2017: «Ora, uma coisa será, em primeira linha, identificar a própria perda de chance com consistência suficiente, em função do resultado final hipotético definitivamente perdido, para ser qualificada como dano emergente e certo, outra algo diferente será depois imputar essa perda à conduta lesiva, segundo as regras da causalidade adequada.»⁸³

⁷⁸ PAULO MOTA PINTO (2016), p. 182.

⁷⁹ Cfr. SOARES PEREIRA (2017), pp. 1189-1190, e SANTOS ROCHA (2014), p. 22.

⁸⁰ PAULO MOTA PINTO (2016), p. 192: «Justamente por este efeito de transformador do lesante em garante da probabilidade da “chance”, com o correspondente avantajamento do lesado, defendemos anteriormente, e reiteramos, que não deve admitir-se em geral o ressarcimento da mera “perda de chance”. Pode, mesmo, dizer-se que essa indemnização contraria princípios básicos do nosso direito da responsabilidade civil, como o da limitação da indemnização pela finalidade compensatória e da proibição do enriquecimento do lesado. E no plano de *Jure condito* cremos que não existe, aliás, qualquer apoio legal nesse sentido.» Cfr. SOARES PEREIRA (2017), pp. 1209-1212.

⁸¹ MOURA VICENTE (2017), p. 306.

⁸² SANTOS ROCHA (2014), pp. 58-59; PAULO MOTA PINTO (2016), p. 182.

⁸³ Ac. STJ de 30.11.2017, Proc. 12198/14.6T8LSB.L1.S1 (TOMÉ GOMES), disponível em www.dgsi.pt. Cfr. também o Ac. STJ de 09.07.2015, Proc. 5105/12.2TBXL.L1.S1 (TOMÉ GOMES) («Nessa linha, uma vantagem perdida por decorrência de um evento lesivo, desde que consistente e séria, deve ser qualificada como um dano autónomo, não obstante a impossibilidade absoluta do resultado tido em vista, reconduzindo-se a um dano autónomo existente à data da lesão, portanto qualificável como dano emergente, segundo um juízo de probabilidade suficiente, independente do resultado final frustrado»),

Além disso, não é igualmente líquido que, mesmo concluindo que as referidas situações estejam relacionadas com o dano, o chamado dano da perda de chance ou de oportunidade possa ser visto como um dano emergente ou antes como um lucro cessante⁸⁴. Essa qualificação parece estar dependente da forma como se configurem juridicamente as meras chances ou oportunidades de obtenção de ganhos⁸⁵. E no domínio contratual tem-se defendido que a ressarcibilidade do dano da perda de chance ou de oportunidade não poderá fundar-se na violação de uma obrigação de meios⁸⁶.

IV. Igualmente relevante para a compreensão das situações de perda de chance ou de oportunidade parece ser a ponderação das consequências de a questão ser enquadrada e resolvida pela via do dano ou antes do nexos de causalidade⁸⁷.

Numa perspetiva processual, a admissão ou não do ressarcimento de situações de perda de chance ou de oportunidade deve implicar que se proceda à análise das tipologias de decisões de improcedência nos termos que propõe TEIXEIRA DE SOUSA⁸⁸.

Se forem analisadas as consequências que cada uma das soluções (enquadramento e resolução no plano do dano ou antes do nexos causal) poderá ter para a parte lesada e para a parte lesante no quadro de uma eventual decisão de improcedência, tendo em consideração a distinção entre os casos *vel-vel* e os casos *aut-aut*, chegaríamos ao seguinte:

e Ac. TCA (Sul) de 04.10.2012, Proc. 05647/09 (CRISTINA DOS SANTOS), ambos disponíveis em www.dgsi.pt («Para efeitos de dano por perda de chance, a concreta operação urbanística de construção de vivenda num lote apenas assume uma base de existência projectável no futuro com a aprovação do projecto de arquitectura – cfr. art. 20.º RJUE – sem a qual constitui invocação de dano meramente eventual, não ressarcível por falta do requisito da certeza relativa»).

⁸⁴ VIEIRA GOMES (2005), p. 25.

⁸⁵ PAULO MOTA PINTO (2016), p. 178.

⁸⁶ PAULO MOTA PINTO (2016), p. 199: «não pode considerar-se relevante, para fundar a ressarcibilidade do dano da “perda de chance”, o facto de a responsabilidade civil resultar da violação de uma “obrigação de meios” contratualmente assumida pelo mandatário forense». Sobre as obrigações de meios e a contraposição em relação às obrigações de resultado e às obrigações de garantia, chamando a atenção para a sua não previsão legal no Código Civil e para a base de cariz conceptualista em que assenta a distinção, cfr. ROMANO MARTINEZ (2017), pp. 142-144.

⁸⁷ Já assim em SOARES PEREIRA (2017), pp. 1212-1213.

⁸⁸ TEIXEIRA DE SOUSA (2016).

Se a solução para as situações de perda de chance passar por ver a oportunidade perdida como um dano autónomo, mas que, como propõe por exemplo SANTOS ROCHA⁸⁹, terá de revestir as características da seriedade e certeza relativa dos demais danos, uma eventual decisão de improcedência terá de ser configurada como um típico caso *aut-aut*, pelo que tal decisão deverá resultar da não prova pela parte lesada de um facto constitutivo (o dano).

Porém, se a solução passar por defender que nestas situações de perda de chance estamos perante um verdadeiro problema de causalidade⁹⁰, das duas, uma. Caso se entenda que o problema deverá ser resolvido através de uma presunção de causalidade (de inversão derivada do ónus da prova), como sugere PAULO MOTA PINTO⁹¹, uma eventual decisão de improcedência terá de assumir a configuração de um típico caso *vel-vel*: assim, ainda que se mantenha a prova da ilicitude e do dano, a improcedência resultará de um fundamento normativo próprio – a ilusão da presunção de causalidade pela parte lesante (ou seja, que o facto presumido não acompanhou os factos que servem de base à presunção) ou a não prova pela parte lesada dos factos que constituem a base da presunção (a conduta ilícita e o dano). Já caso se entenda que o problema deverá ser resolvido através de uma inversão originária do ónus da prova, como também admite CARNEIRO DA FRADA⁹², uma eventual decisão de improcedência terá de ser configurada como um típico caso *aut-aut*, mas a improcedência da decisão só ocorrerá se a parte lesante conseguir demonstrar o facto contrário – a falta de causalidade.

6. As pretensões primárias e secundárias do direito do não cumprimento

I. Embora não se trate de um ponto que represente um aspeto propriamente problemático da responsabilidade obrigacional/contratual, a compreensão da distinção entre as pretensões primárias e as prestações secundárias do direito do não cumprimento assume importância, tanto mais que permite esclarecer a função e o alcance daquela modalidade

⁸⁹ SANTOS ROCHA (2014).

⁹⁰ O que é contestado, por exemplo, por MENEZES LEITÃO (2018), pp. 340-342, que configura a questão como um problema de indemnizabilidade de um dano que não possui as características exigíveis (v.g., a sua certeza) e, por isso, não é autonomamente ressarcível.

⁹¹ PAULO MOTA PINTO (2008b), p. 1106, nota 3103.

⁹² CARNEIRO DA FRADA (2006), p. 104.

de responsabilidade civil, evitando-se assim algumas confusões que por vezes surgem na prática e na jurisprudência.

II. As normas jurídicas, independentemente da sua fonte ou espécie, podem ser objeto de uma tutela preventiva ou repressiva.

Característico da tutela repressiva (também conhecida por tutela reparadora) é a reação contra um facto ilícito através da aplicação de uma sanção jurídica.

Essa sanção jurídica pode ter, entre outras, natureza restitutiva (ou reconstitutiva) ou satisfativa (ou ressarcitória), o que significa que, ocorrido por exemplo um facto ilícito, a parte lesada poderá, através das sanções, ser, respetivamente, reposta no estado em que deveria encontrar-se se o facto ilícito não tivesse ocorrido ou então apenas compensada através de meios pecuniários ou realizando um interesse sucedâneo do interesse ofendido⁹³.

À partida, uma sanção reconstitutiva (ou restitutiva) faculta à parte lesada o restabelecimento da situação concreta anterior à inobservância da norma jurídica⁹⁴, ou seja, à situação que existiria se a norma jurídica não tivesse sido violada.

Simplemente a reconstituição da situação que existia antes da violação da norma poderá operar por três vias: (1) mediante a realização do próprio interesse desrespeitado pelo infrator sem recurso a algum bem inexistente (reconstituição em espécie ou *in natura*), (2) através do cumprimento forçado daquilo a que o infrator se obrigou (execução específica) ou ainda (3) mediante a disponibilização à parte lesada de um bem que desempenha a mesma função (indenização específica).

A colocação da parte lesada no estado em que estaria não fora o facto ilícito através de uma sanção de natureza reconstitutiva ou restitutiva faz-se habitualmente pela chamada reconstituição em espécie (ou *in natura*) ou pela chamada restituição específica (execução específica).

O direito português privilegia (como forma normal de reação da ordem jurídica)⁹⁵ a sanção reconstitutiva na modalidade da reconstituição em espécie ou *in natura*, mas admite-se que a parte lesada possa recorrer à indenização específica (disponibilização de um bem que desempenha a mesma função) quando não seja possível repor a situação anterior

⁹³ DIAS MARQUES (1994), pp. 66-69.

⁹⁴ GALVÃO TELLES (2001), pp. 17-18.

⁹⁵ OLIVEIRA ASCENSÃO (2013), p. 68.

através dos bens existentes no momento da violação (que se encontram danificados) e seja necessário então recorrer a outros bens (substitutos) que permitem desempenhar a mesma função⁹⁶.

E, quando a reconstituição da situação por uma das referidas vias primárias não seja possível, terá mesmo de recorrer-se às sanções de natureza satisfativa ou ressarcitória, nomeadamente à via do ressarcimento através do pagamento de montante pecuniário ou de um valor equivalente (indenização pecuniária ou por equivalente), ou seja, às modalidades secundárias de sanções jurídicas.

III. A distinção existente ao nível das sanções jurídicas entre as diferentes formas de tutela repressiva encontra correspondência no domínio do direito do cumprimento ou do direito do não cumprimento português, no qual são diferenciadas as pretensões primárias das pretensões secundárias.

Como refere CATARINA MONTEIRO PIRES, o Código Civil português (inspirado no Código alemão) optou (na linha da conceção de FRIEDRICH MOMMSEN e da ideia de pretensão de BERNHARD WINDSCHEID) por: (i) dar prioridade ao cumprimento natural (*Naturalerfüllung*) ou à realização da prestação na forma acordada como forma de reação primária do credor; (ii) assentar no princípio do cumprimento natural (*Prinzip der Naturalerfüllung*) ou da condenação natural (*Grundsatz der Naturalkondemnation*), uma vez que reconhece a prevalência da execução *in natura* em relação ao ressarcimento através de sucedâneo indemnizatório ou de cumprimento pecuniário⁹⁷.

Essas opções revelam-se, desde logo, nos artigos 817.º e ss. e nos artigos 827.º e ss. do Código Civil, podendo ser apontados alguns argumentos que reforçam a sua aceitação generalizada por parte da doutrina, tais como: (i) a irrenunciabilidade do direito do credor à execução específica⁹⁸; (ii) o amplo reconhecimento do direito à execução específica, por exemplo, como forma de reação do credor em caso de cumprimento defeituoso (que não permite sequer ao credor ou ao devedor optar pela responsabilidade contratual)⁹⁹, e o carácter sucedâneo e residual da indenização pecuniária¹⁰⁰; (iii) a força do princípio *pacta sunt servanda*;

⁹⁶ SANTOS JUSTO (2006), pp. 158-159.

⁹⁷ MONTEIRO PIRES (2017), pp. 253 e ss.

⁹⁸ CALVÃO DA SILVA (1987), pp. 177 e ss., e (2004), p. 485.

⁹⁹ ROMANO MARTINEZ (2001), p. 391, e PINTO OLIVEIRA (2011), pp. 498 e ss.

¹⁰⁰ PINTO MONTEIRO (1990), p. 37.

(iv) a correspondência entre o cumprimento natural e a mais exata satisfação do interesse do credor (uma forma de tutela jurídica mais perfeita); (iv) o facto de o cumprimento natural dispensar o credor de uma prova difícil dos danos; (v) o facto de o cumprimento natural ser a forma mais cómoda de satisfação do interesse do credor.

No essencial estará em causa uma ideia de tutela do credor, mas tal não significa que com o princípio do cumprimento natural os interesses do devedor deixem de ser (subordinadamente) atendidos: o devedor (assim se espera) quererá receber a contraprestação, exonerar-se, realizar a prestação e obter ganhos reputacionais e evitar a resolução do contrato e indemnização por danos (normalmente mais onerosa do que o cumprimento da prestação)¹⁰¹.

O princípio do cumprimento também não implica que, apesar do que dispõe o artigo 762.º, n.º 1, do Código Civil, não possam existir outros remédios primários ao dispor do credor, que possam funcionar como sucedâneos do cumprimento, como ocorre com a dação em cumprimento, a qual assume no domínio do direito do cumprimento ou do direito do não cumprimento função idêntica à da indemnização específica (de um *aliud* ou de uma prestação substitutiva), com a particularidade de se exigir o consentimento do credor para a exoneração do devedor (artigo 837.º do Código Civil)¹⁰².

A opção de favorecer o cumprimento ou o recurso aos sucedâneos do cumprimento (como a dação) também se revela no campo das chamadas pretensões secundárias, conforme resulta do artigo 562.º do Código Civil, e ainda no facto de, perante uma situação de impossibilidade superveniente da prestação (ou seja, em que a prestação não pode ser obtida *in natura*), o credor ver bloqueada a sua pretensão de cumprimento, de recurso à execução específica (artigo 790.º do Código Civil), embora se mantenha em aberto a possibilidade de vir a ser indemnizado¹⁰³.

Distinguindo os deveres primários de prestação dos deveres secundários de indemnização, o Código Civil confere então ao credor diferentes mecanismos tendo em vista satisfazer o seu interesse (v.g., a ação de cumprimento, a execução específica e a atribuição de uma indemnização), sendo os dois primeiros mecanismos relativos à satisfação do interesse

¹⁰¹ MONTEIRO PIRES (2017), p. 258.

¹⁰² MENEZES CORDEIRO (2017), pp. 987 e ss.

¹⁰³ MONTEIRO PIRES (2017), pp. 258-259.

que o credor anteriormente pretendia e o terceiro mecanismo relativo ao interesse prejudicado pelo não cumprimento (o dano)¹⁰⁴.

Por esse motivo, se diz que o direito de indemnização implica a satisfação do direito do credor através de execução por equivalente ou sucedâneo (ou seja, a atribuição ao credor de um benefício a que primitivamente o devedor não estava vinculado) e não se confunde com a execução específica na medida em que não pressupõe como nesta a manutenção, na esfera do credor, do direito à prestação original¹⁰⁵, nem sequer com a indemnização específica que no domínio do cumprimento poderá operar através da dação em cumprimento e traduz a possibilidade de o devedor prestar uma coisa diversa da devida e exonerar-se.

Como refere MENEZES CORDEIRO, a obrigação de indemnizar constitui uma realidade diversa do dever de prestar, estando dotada de uma fonte própria (o facto ilícito do incumprimento), de um regime próprio (o da obrigação de indemnização) e de um objeto diverso do inicial (a indemnização)¹⁰⁶.

Mais: se para alguma doutrina a indemnização resultará da transformação ou conversão de um dever primário de prestação num dever secundário de indemnização, outra parte da doutrina sugere, em linha aliás com o que dispõe atualmente o § 275 do BGB, que estaremos perante deveres radical ou completamente distintos¹⁰⁷, tanto mais que a obrigação de indemnizar traduzirá «uma sanção do ordenamento jurídico destinada a reparar o dano da violação da especial relação patrimonial entre dois sujeitos instituída pelo contrato»¹⁰⁸.

Além disso, embora o princípio do cumprimento natural tenha sido reforçado ao longo da história, não se pode dizer que as opções do Código Civil português sejam generalizáveis em favor desse primado, já que: no direito romano clássico (baseado nas *actiones*) não vingou o princípio do cumprimento natural, mas sim o princípio da *condemnatio*

¹⁰⁴ LURDES PEREIRA/MÚRIAS (2011), p. 629.

¹⁰⁵ MENEZES LEITÃO (2017), p. 277.

¹⁰⁶ MENEZES CORDEIRO (2017), p. 392.

¹⁰⁷ Assim, por exemplo, GOMES DA SILVA (1944), pp. 213-232, PESSOA JORGE (1999), pp. 44-47, LURDES PEREIRA/MÚRIAS (2011), e MENEZES CORDEIRO (2017), p. 392. Defendendo, porém, uma certa «identidade normativa» entre o dever de prestar e o dever de indemnizar, cfr. PAULO MOTA PINTO (2008b), pp. 1492-1500.

¹⁰⁸ CARNEIRO DA FRADA (1994), p. 94. Sobre a discussão da identidade/distinção entre o dever de prestar e o dever de indemnizar, cfr. MIRANDA BARBOSA (2017), pp. 405-408, e LURDES PEREIRA/MÚRIAS (2011).

pecuniária; no direito inglês, que apresenta semelhanças com o direito romano, a *specific performance* (o equivalente à versão alemã e portuguesa da realização da prestação na forma acordada) é excecional (só costuma ser admitida quando a *common law* não se revele adequada para resolver o caso concreto); nos Princípios Unidroit optou-se por uma solução compromissória entre o sistema alemão e os sistemas de *common law*, dando-se preferência ao cumprimento natural, mas admitindo-se várias exceções¹⁰⁹.

7. A determinação da indemnização por incumprimento e o interesse contratual positivo

I. Entrando no sétimo tópico, ainda hoje existem sérias dificuldades ao nível da determinação da indemnização em caso de incumprimento.

Se a indemnização à parte lesada (credor) houver de ser paga em dinheiro, e num cenário em que não tenha sido estipulada uma cláusula penal, a medida da indemnização devida poderá ser a fixada no artigo 566.º, n.º 2, do Código Civil: «a indemnização em dinheiro tem como medida a diferença entre a situação patrimonial do lesado, na data mais recente que puder ser atendida pelo tribunal, e a que teria nessa data se não existissem danos».

Este artigo consagra um método de avaliação da indemnização em dinheiro. Ainda que a doutrina¹¹⁰ e a jurisprudência¹¹¹ portuguesas defendam que esta norma consagra a «teoria da diferença», em rigor o que está em causa é, na verdade, a chamada fórmula da diferença ou a «hipótese diferencial», que permite o «cômputo valorativo do dano»¹¹².

II. De acordo com a referida fórmula ou hipótese, o cálculo da indemnização a ser paga em dinheiro deverá ter em consideração a diferença entre o valor para a parte lesada dos seus direitos tal como consagrados no contrato (*status quo injuriae*) e o valor atual para a parte lesada dos

¹⁰⁹ MONTEIRO PIRES (2017), pp. 253 e ss. Cfr. também, com maior detalhe, MOURA VICENTE (2017), pp. 279-282.

¹¹⁰ ALMEIDA COSTA (1998), p. 687; MENEZES LEITÃO (2018), p. 403; ROMANO MARTINEZ (2017), p. 131.

¹¹¹ Ac. STJ de 14.07.2017, Proc. 829/12.7TBABF.E1.S1 (TÁVORA VICTOR), disponível em www.dgsi.pt.

¹¹² PAULO MOTA PINTO (2008a), p. 816.

seus direitos caso o devedor não tivesse lesado os mesmos direitos (*statuts integralis*).

Assim, «para se determinar o montante da indemnização há [...] que comparar a situação real actual do património do lesado com a situação hipotética que existiria sem o facto lesivo. À diferença entre estas duas situações corresponderá o montante da indemnização»¹¹³. Em sentido idêntico, escreve MENEZES LEITÃO: «Para apreciação dessas alterações efectua-se uma comparação entre a situação patrimonial actual efectiva do lesado e a sua situação patrimonial actual hipotética se não existissem danos [...]. Não se toma em consideração o valor objectivo do bem destruído, mas antes a reposição da situação patrimonial do lesado.»¹¹⁴

Todavia, admitindo que a fórmula da diferença exprime um método de cálculo da indemnização, uma questão inevitavelmente surge: podem os tribunais (estaduais ou arbitrais) lançar mão na prática de outras fórmulas de cálculo, que sejam potencialmente mais vantajosas de uma perspectiva económica, ou estão os referidos tribunais vinculados na tomada de decisão à fórmula da diferença?¹¹⁵

III. Para além desta questão, surge a problematização da inclusão do chamado interesse contratual positivo.

No domínio contratual contrapõe-se aquilo que se designa por dano do cumprimento (indemnização pelo interesse contratual positivo ou *in contractu*) e o que se considera ser o dano da confiança (a indemnização pelo interesse contratual negativo ou *in contrahendo*).

A distinção está ligada à responsabilidade obrigacional/contratual, uma vez que apenas neste âmbito fará sentido falar em interesse contratual positivo ou de cumprimento¹¹⁶; aliás, alguma doutrina considera que

¹¹³ RUI DE ALARCÃO (1983), p. 232.

¹¹⁴ MENEZES LEITÃO (2018), pp. 403-404. Cfr. ALMEIDA COSTA (1998), pp. 687-689.

¹¹⁵ PAULO MOTA PINTO (2008a), pp. 815-817, sugere que a fórmula da diferença, apesar de não poder ser rejeitada *in totum* e definitivamente, poderá não ser adequada na prática como meio de cálculo e de avaliação dos danos e que a sua relevância não deve também ser exagerada, o que poderá ter levado à perda da sua relevância, e, em qualquer dos casos, que a fórmula não pode ser imposta à jurisprudência ou à doutrina.

¹¹⁶ MENEZES LEITÃO (2017), p. 249. Defendendo que o ressarcimento do interesse contratual positivo é um elemento distintivo da responsabilidade contratual, em contraste com a responsabilidade extracontratual, cfr. MOURA VICENTE (2017), p. 287.

o dano que se indemniza na responsabilidade obrigacional/contratual tipicamente corresponderá ao interesse contratual positivo¹¹⁷.

A indemnização pelo interesse contratual positivo tem como escopo colocar a parte lesada na posição em que estaria se o contrato tivesse sido pontualmente cumprido; isto significa que são ressarcíveis todos os danos que decorrem do não cumprimento pontual do contrato, englobando-se os danos emergentes e os lucros cessantes¹¹⁸. Por outro lado, a indemnização pelo interesse contratual negativo tem como fim colocar o contraente não faltoso na situação em que estaria se não tivesse sido celebrado o contrato¹¹⁹.

A indemnização pelo interesse contratual negativo tem, em princípio, um âmbito de aplicação mais circunscrito, redundando num montante indemnizatório necessariamente inferior. Não obstante, a jurisprudência tem considerado que tanto o interesse negativo como o interesse positivo abrangem quer os danos emergentes quer os lucros cessantes¹²⁰. Aliás, alguma doutrina e jurisprudência aceita que a indemnização pelo interesse contratual negativo poderá admitir a ressarcibilidade dos «lucros cessantes consistentes no proveito que o contraente fiel teria se não tivesse celebrado o contrato»¹²¹. Caberá nessa situação ao credor demonstrar então que, caso não tivesse celebrado aquele contrato com o devedor, poderia ter celebrado outro contrato que lhe conferiria utilidades semelhantes.

¹¹⁷ MIRANDA BARBOSA (2017), p. 427.

¹¹⁸ A indemnização pelo interesse positivo ou de cumprimento (*in contractu*) visa colocar a parte lesada na situação em que estaria se o contrato fosse pontualmente cumprido, e compreende os «danos que decorrem do não cumprimento do contrato, cumprimento defeituoso ou tardio; trata-se de violação das respectivas prestações típicas ou principais que podem aliás ser acompanhadas de deveres secundários ou inclusive laterais» – ALMEIDA COSTA (1983-1984), p. 206, ou seja, os benefícios que a parte lesada teria auferido com o cumprimento do contrato.

¹¹⁹ Visa repor a parte lesada na situação em que estaria se não tivesse celebrado o contrato, ou mesmo iniciado as negociações com vista à respetiva conclusão, e compreende «o dano que resulta da violação da confiança de uma das partes no comportamento da outra» – v. Ac. RC de 04.02.2003, Proc. 3488/01 (TÁVORA VÍTOR), disponível em www.dgsi.pt; cfr. CARLOS MOTA PINTO (1982), pp. 457 e ss., isto é, os danos que a parte lesada não teria sofrido se não houvesse contratado.

¹²⁰ Acs. STJ de 04.12.2003, Proc. 03B3693 (FERREIRA DE ALMEIDA); de 11.10.1994, Proc. 08734 (SOUSA INÊS), ambos disponíveis em www.dgsi.pt.

¹²¹ Ac. STJ de 27.03.2007, Proc. 06A4002 (SEBASTIÃO PÓVOAS), disponível em www.dgsi.pt.

IV. A discussão sobre a inclusão do interesse contratual positivo na determinação da indemnização devida em caso de incumprimento do contrato é particularmente relevante quando esteja em causa uma obrigação de garantia (e não apenas uma obrigação de meios ou uma obrigação de resultado).

Tendo sido convencionadas, por exemplo, obrigações de garantia na aquisição de uma empresa ou apenas de participações acionistas¹²², admite-se na doutrina recente que o comprador (credor) possa exigir do vendedor (devedor) o cumprimento da garantia prestada ou o pagamento de uma indemnização pelo não cumprimento, incluindo aí o interesse contratual positivo¹²³.

V. Outras dúvidas sobre o interesse contratual positivo surgem quando o credor tenha optado por resolver o contrato.

Na doutrina e jurisprudência discute-se se, ao resolver o contrato, a parte não faltosa poderá exigir da parte inadimplente uma indemnização (também ou apenas) pelo interesse contratual positivo.

A doutrina tradicional entende que não, invocando que, destruindo-se retroativamente o contrato, não faria sentido que a indemnização «pudesse continuar a abranger os danos resultantes da não realização da prestação». Não obstante, doutrina mais recente tem entendido que «se a resolução do contrato libera o seu autor do dever de efetuar a contraprestação, não pode, porém, prejudicá-lo em termos de indemnização, pelo que ela deve continuar a abranger o interesse contratual positivo»¹²⁴.

Hoje pode dizer-se que a questão da cumulação da resolução do contrato com a indemnização pelo interesse contratual positivo se apresenta como menos problemática ou até não problemática¹²⁵. Os direitos de resolução e de indemnização são entendidos como cumuláveis, *ex vi* artigo 801.º, n.º 2, do Código Civil, podendo abranger, segundo a doutrina e a jurisprudência mais recentes, quer o interesse contratual negativo quer o interesse contratual positivo do credor. Embora a orientação tradicional restringisse a indemnização em caso de resolução do contrato ao interesse contratual negativo, tal orientação tem merecido a discordância da

¹²² Sobre os problemas relativos à aquisição de empresas e de participações acionistas, cfr. muito especialmente MONTEIRO PIRES (2018).

¹²³ PINTO MONTEIRO/PAULO MOTA PINTO (2007), p. 94, e MONTEIRO PIRES (2018), pp. 83 e ss.

¹²⁴ MENEZES LEITÃO (2017), p. 261.

¹²⁵ Esse é o diagnóstico de MOURA VICENTE (2017), pp. 288-289.

doutrina e da jurisprudência mais recentes, em termos tais que se poderá dizer que a doutrina¹²⁶ e a jurisprudência¹²⁷ convergem hoje em sentido favorável à indemnizabilidade do interesse contratual positivo.

Deste modo, pode dizer-se que a resolução do contrato não irá constituir, em princípio, obstáculo para a parte lesada obter ressarcimento integral, incluindo, não apenas o interesse contratual negativo (que permite à parte lesada ser colocada na situação em que estaria se as partes não tivessem celebrado o contrato), mas também o interesse contratual positivo (que permitirá à parte lesada ser colocada na posição em que estaria se o contrato tivesse sido integralmente cumprido).

Apesar de consistentemente ser atribuído apenas o interesse contratual negativo à parte que resolve o contrato, a doutrina e a jurisprudência estão a convergir favoravelmente no sentido de atribuir indemnização baseada tanto no interesse contratual positivo como no interesse contratual negativo em caso de resolução do contrato¹²⁸.

8. A responsabilidade do devedor nos termos do artigo 800.º do Código Civil

I. Entramos no último tópico: o da responsabilidade do devedor nos termos do artigo 800.º do Código Civil.

A responsabilidade (extracontratual ou obrigacional) por facto de outrem encerra questões muito importantes¹²⁹ e muito recentemente foi

¹²⁶ MONTEIRO PIRES (2017), pp. 647-649. Neste sentido, cfr., *inter alia*: VAZ SERRA (1955), pp. 16, 21, 38, 39 e 40; MENEZES CORDEIRO (2010b), pp. 139-140 e 158 e ss.; RIBEIRO DE FARIA (1987), II, pp. 424 e ss.; ROMANO MARTINEZ (2006), pp. 208 e ss.; PAULO MOTA PINTO (2008b), pp. 1604 e ss.; BRANDÃO PROENÇA (2017), pp. 377 e ss.; FERREIRA DE ALMEIDA (2013), p. 217, nota 74; PINTO OLIVEIRA (2007), pp. 121-122.

¹²⁷ Ac. STJ de 15.02.2018, Proc. 7461/11.0TBCSC.L1.S1 (TOMÉ GOMES), disponível em www.dgsi.pt. Neste sentido, cfr. Ac. STJ de 24.01.2017, Proc. 1725/13.6TVLSB.C1.S1 (PINTO DE ALMEIDA), Ac. STJ de 21.10.2010, Proc. 1285/07.7TJVNF.P1.S1 (BARRETO NUNES), e Ac. RC de 06.11.2007, Proc. 1687/04.0TBAVR.C1 (JORGE ARCANJO), todos disponíveis em www.dgsi.pt.

¹²⁸ Cfr. MONTEIRO PIRES (2017), pp. 647-649, e Ac. STJ de 15.02.2018, Proc. 7461/11.0TBCSC.L1.S1 (TOMÉ GOMES), disponível em www.dgsi.pt.

¹²⁹ O tema tem conhecido várias reflexões e desenvolvimentos. Sem pretensões de exaustividade, para além dos autores e obras já citados em notas anteriores, cfr. CARNEIRO DA FRADA (1998), MENEZES CORDEIRO (2010a), pp. 601-623, e MENEZES LEITÃO (2018 e 2017), pp. 366-371 e 253-256, CLÁUDIA MADALENO (2014), em especial pp. 897-1012, GRAÇA TRIGO (2015), pp. 23-40 (quanto à temática da presunção de culpa do

convocada para o domínio da imputação de conhecimento às sociedades comerciais num estudo dedicado a esse tema¹³⁰.

II. Aí se discutiu se a relação entre o problema da imputação de conhecimento e o da responsabilidade civil, podendo existir, seria ou não geradora de confusão dogmática.

A conclusão a que se chegou no estudo foi no sentido negativo, já que os autores desse estudo enjeitaram a possibilidade de o conhecimento vir a ser imputado às sociedades comerciais (em virtude da teoria do risco de organização) de uma forma objetiva (independentemente de culpa), como sugere a teoria do «risco da empresa»¹³¹, e o fundamento da imputação de conhecimento seria, não tanto a responsabilidade objetiva por facto de outrem, mas sim os imperativos de proteção do tráfego e os deveres de adequada organização dos fluxos de informação (ou da comunicação interna) no seio da sociedade¹³².

III. No entanto, ao ser defendida pelos autores do estudo uma falta de equivalência material entre a imputação de conhecimento à sociedade comercial e a imputação de danos ao abrigo dos artigos 500.º e 800.º do Código Civil¹³³, parece ter sido renovado o interesse pela questão de saber se o regime da imputação de danos pressupõe ou não a prática de um ato ilícito ou culposo por parte do comissário ou do representante legal ou auxiliar.

Se existem autores que defendem que, no domínio da imputação de danos no caso dos artigos 500.º e 800.º do Código Civil, a responsabilidade do comitente e do devedor dependem da demonstração da prática de um ato ilícito ou culposo pelo comissário ou representante ou auxiliar, na doutrina portuguesa continua a não ser pacífica tal exigência¹³⁴,

condutor-comissário ou do condutor por conta de outrem), e MIRANDA BARBOSA (2017), pp. 429-440, e (2014b), em especial pp. 143-146.

¹³⁰ FERREIRA GOMES/COSTA GONÇALVES (2017).

¹³¹ Vários elementos sobre esta teoria podem ser encontrados, por exemplo, em CARNEIRO DA FRADA (1994), pp. 208-209, e GRAÇA TRIGO (2009), pp. 410 e ss. e 421 e ss.

¹³² FERREIRA GOMES/COSTA GONÇALVES (2017), pp. 102-103.

¹³³ FERREIRA GOMES/COSTA GONÇALVES (2017), pp. 102-103. Uma comparação dos pressupostos de aplicação dos artigos 500.º e 800.º do Código Civil pode ser encontrada, por exemplo, em MÚRIAS (1996), pp. 171-217, e GRAÇA TRIGO (2004).

¹³⁴ Recordem-se, por exemplo, as divergências (ainda que nem sempre com reflexos na jurisprudência) em torno da possibilidade de responsabilização do comitente nos termos do artigo 500.º do Código Civil com fundamento apenas no risco ou em facto

existindo inclusive também jurisprudência recente (fora ou não do domínio da responsabilidade civil médica) que a dispensa muito claramente em relação ao artigo 800.^{o135}

Ora, se assim for, mais elementos poderão ter de ser convocados para afirmar a falta de equivalência da imputação de conhecimento proposta pelos referidos autores em relação, pelo menos, ao artigo 800.^o do Código Civil¹³⁶.

Bibliografia

- ALARCÃO, Rui de (1983), *Direito das Obrigações*, Coimbra.
- ALMEIDA, Carlos Ferreira de (2013), *Contratos I*, 5.^a ed., Almedina, Coimbra.
- ALMEIDA, Carlos Ferreira de (2014), *Contratos IV*, Almedina, Coimbra.
- ANDRADE, Manuel de (1966), *Teoria Geral das Obrigações*, 3.^a ed., Almedina, Coimbra.
- ANTUNES, José Engrácia (2008), «A empresa como objecto de negócios. “Asset Deals” Versus “Share Deals”», *ROA*, Ano 68, n.^{os} 2-3 (setembro-dezembro 2008), pp. 715-793.
- ASCENSÃO, José de Oliveira (2013), *O Direito: Introdução e Teoria Geral*, 13.^a ed., Almedina, Coimbra.
- BARBOSA, Mafalda Miranda (2014a), «(Im)pertinência da autonomização dos danos puramente morais?: considerações a propósito dos danos morais reflexos», *Cadernos de Direito Privado*, n.^o 45 (janeiro-março 2014), pp. 3-18.
- BARBOSA, Mafalda Miranda (2014b), *Estudos a Propósito da Responsabilidade Objetiva*, Príncipia, Cascais.
- BARBOSA, Mafalda Miranda (2017), *Lições de Responsabilidade Civil*, Príncipia, Cascais.
- CÂMARA, Paulo / BASTOS, Miguel Brito (2011), «O Direito da Aquisição de Empresas: Uma Introdução», in *Aquisição de Empresas*, Coimbra Editora/Sérvulo, Coimbra, pp. 13-64.

lícito – MENEZES LEITÃO (2018), pp. 370-371, e GRAÇA TRIGO (2009), pp. 301-307, e (2004), pp. 159-161. Contra a exigência de ilicitude e culpa em relação ao artigo 800.^o do Código Civil parecem estar, por exemplo, CARNEIRO DA FRADA (1994), pp. 209 e ss. (não há dependência de prévia imputação aos auxiliares), e (2006), p. 87 (ao contrário do artigo 500.^o não é necessária uma imputação primária ao comissário), e GRAÇA TRIGO (2009), pp. 245 e ss. No essencial, para além de PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA e de PINTO MONTEIRO que FERREIRA GOMES/COSTA GONÇALVES citam, poderiam ser convocados, entre outros, JAIME DE GOUVEIA (1932), p. 424, VAZ SERRA (1958), pp. 278 e ss., ANTUNES VARELA (1997), pp. 103-104, PESSOA JORGE (1999), pp. 143 e ss., BRANDÃO PROENÇA (2011), pp. 253-254, e VICTÓRIA DA ROCHA (1989), pp. 98-99.

¹³⁵ Acs. RC de 10.02.2009, Proc. 510/06.6TBSEI.C1 (JORGE ARCANJO), de 08.04.2014, Proc. 1603/11.3T2AVR.C1 (JORGE ARCANJO), e de 11.11.2014, Proc. 308/09.0TBCBR.C1 (JORGE ARCANJO), todos disponíveis em www.dgsi.pt.

¹³⁶ Assim já em SOARES PEREIRA (2018b), pp. 114-118.

- CORDEIRO, A. Barreto Menezes (2018), «A Responsabilidade Civil dos intermediários financeiros. O artigo 304.º-A do CVM», in *Responsabilidade civil: cinquenta anos em Portugal, quinze anos no Brasil* (coord. Mafalda Miranda Barbosa / Francisco Muniz), vol. II, IJ – Instituto Jurídico – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, pp. 83-104.
- CORDEIRO, António Menezes (1980), *Direito das Obrigações*, 2.º vol., AAFDL, Lisboa.
- CORDEIRO, António Menezes (1997), *Da Responsabilidade Civil dos Administradores das Sociedades Comerciais*, Lex, Lisboa.
- CORDEIRO, António Menezes (2001), *Manual de Direito Bancário*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra.
- CORDEIRO, António Menezes (2005), *Tratado de Direito Civil Português*, I, Tomo V, Almedina, Coimbra.
- CORDEIRO, António Menezes (2010a), *Tratado de Direito Civil Português*, II, Tomo III, Almedina, Coimbra.
- CORDEIRO, António Menezes (2010b), *Tratado de Direito Civil Português*, II, Tomo IV, Almedina, Coimbra.
- CORDEIRO, António Menezes (2017), *Tratado de Direito Civil*, IX, 3.ª ed., Almedina, Coimbra.
- COSTA, Mário Júlio de Almeida (1983-1984), «A Responsabilidade Civil pela Ruptura das Negociações Preparatórias de um Contrato», *RLJ*, Ano 116, p. 206.
- COSTA, Mário Júlio de Almeida (1998), *Direito das Obrigações*, 7.ª ed., Almedina, Coimbra.
- FARIA, Jorge Ribeiro de (1987a), *Direito das Obrigações*, vol. I, Almedina, Coimbra.
- FARIA, Jorge Ribeiro de (1987b), *Direito das Obrigações*, vol. II, Almedina, Coimbra.
- FERNANDES, Gabriela Páris (2017), «A compensação dos danos não patrimoniais reflexos nos cinquenta anos de vigência do Código civil português», in *Edição comemorativa do cinquentenário do Código Civil* (coord. Elsa Vaz de Sequeira e Fernando Oliveira e Sá), UCE, Lisboa, pp. 389-422.
- FERREIRA, Rui Cardona (2011), *Indemnização do interesse contratual positivo e perda de chance (em especial, na contratação pública)*, Coimbra Editora, Coimbra.
- FRADA, Manuel Carneiro da (1994), *Contrato e Deveres de Protecção*, Coimbra.
- FRADA, Manuel Carneiro da (1997), *Uma «Terceira Via» no Direito da Responsabilidade Civil? O problema da imputação dos danos causados a terceiros por auditores de sociedades*, Almedina, Coimbra.
- FRADA, Manuel Carneiro da (1998), «A responsabilidade objectiva por facto de outrem face à distinção entre responsabilidade obrigacional e aquiliana», *Direito e Justiça*, vol. 12, Tomo 1 (1998), pp. 297-311.
- FRADA, Manuel Carneiro da (2001), *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Almedina, Coimbra.
- FRADA, Manuel Carneiro da (2006), *Direito Civil. Responsabilidade Civil. O Método do Caso*, Almedina, Coimbra.

- GALVÃO, Clemente (2010), «Conteúdo e incumprimento do contrato de compra e venda de participações sociais», *ROA*, Ano 70, n.ºs 1-4 (janeiro-dezembro 2010), pp. 533-573.
- GOMES, José Ferreira / GONÇALVES, Diogo Costa (2017), *A Imputação de Conhecimento às Sociedades Comerciais*, Almedina, Coimbra.
- GOMES, Júlio Vieira (2005), «O dano da perda de chance», in *Direito e Justiça*, 2005, vol. XIX, tomo II, pp. 9-47.
- GOUVEIA, Jaime de (1932), *Da Responsabilidade Contratual*, Lisboa.
- JORGE, Fernando Pessoa (1999), *Ensaio sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil*, Almedina, Coimbra.
- JÚNIOR, Eduardo Santos (2010), *Direito das Obrigações I: Sinopse Explicativa e Ilustrativa*, AAFDL, Lisboa.
- JUSTO, António Santos (2006), *Introdução ao Estudo do Direito*, 3.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra.
- LEITÃO, Luís Menezes (2017), *Direito das Obrigações*, vol. II, 11.ª ed., Almedina, Coimbra.
- LEITÃO, Luís Menezes (2018), *Direito das Obrigações*, vol. I, 15.ª ed., Almedina, Coimbra.
- LIMA, Fernando Pires de / VARELA, João Antunes (1987), *Código Civil Anotado*, vol. I, 4.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra.
- LOUREIRO, Catarina Tavares / FERREIRA, Manuel Cordeiro (2016), «As cláusulas de declarações e garantias no direito português – reflexões a propósito do acórdão do Supremo Tribunal De Justiça», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 44-2016, pp. 15-30.
- MADALENO, Cláudia (2014), *A Responsabilidade Obrigacional Objetiva por Facto de Outrem*, Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico Cívicas, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2014, in http://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/22242/1/ulsd071777_td_Claudia_Madaleno.pdf.
- MARQUES, José Dias (1994), *Introdução ao Estudo do Direito*, 2.ª ed., Lisboa.
- MARTINEZ, Pedro Romano (2001), *Cumprimento Defeituoso: em especial na Compra e Venda e na Empreitada*, Almedina, Coimbra.
- MARTINEZ, Pedro Romano (2006), *Da Cessação do Contrato*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra.
- MARTINEZ, Pedro Romano (2017), *Direito das Obrigações. Apontamentos*, 5.ª ed., AAFDL, Lisboa.
- MATOS, Filipe Albuquerque de (2014a), «Reparação por danos não patrimoniais: insitucionalidade da relevância da situação económica do lesado – comentário ao Ac. STJ de 24.04.2013», *RLJ*, Ano 143, pp. 189-219.
- MATOS, Filipe Albuquerque de (2014b), «Culpa exclusiva do condutor e compensação dos danos não patrimoniais ao abrigo do artigo 496.º, n.º 2, do Código Civil – anotação ao Ac. UJ n.º 12/2014 de 05.06.2016, Proc. 108/08», *Cadernos de Direito Privado*, n.º 48 (outubro-dezembro 2014), pp. 17-40.
- MATOS, Filipe Albuquerque de (2015), «A compensação do dano não patrimonial do proprietário por morte de animal de estimação», *RLJ*, Ano 144, p. 465.
- MATOS, Filipe Albuquerque de (2017), «A compensação dos danos não patrimoniais no Código Civil de 1966», in *Responsabilidade civil: cinquenta anos em Portugal, quinze*

- anos no Brasil* (coord. Mafalda Miranda Barbosa / Francisco Muniz), IJ – Instituto Jurídico – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, pp. 31-60.
- MATOS, Filipe Albuquerque de / BARBOSA, Mafalda Miranda (2017), *O novo Estatuto Jurídico dos Animais*, Gestlegal, Coimbra.
- MENDES, Paulo de Sousa (2013), *Lições de Direito Processual Penal*, Almedina, Coimbra.
- MENDES, Paulo de Sousa (2018), *Causalidade Complexa e Prova Penal*, Almedina, Coimbra.
- MONTEIRO, António Pinto (1990), *Cláusula Penal e Indemnização*, Almedina, Coimbra.
- MONTEIRO, António Pinto (2014), «A indemnização por danos não patrimoniais em debate: também na responsabilidade contratual?: também a favor das pessoas jurídicas?», *Revista Brasileira de Direito Comparado*, n.º 46, pp. 13-33.
- MONTEIRO, António Pinto / PINTO, Paulo Mota (2007), «Compra e venda da empresa: a venda de participações sociais como venda de empresa (“share deal”)», *RLJ*, Ano 137, pp. 76-102.
- MÚRIAS, Pedro Ferreira (1996), «A responsabilidade por actos de auxiliares e o entendimento dualista da responsabilidade civil», *RFDUL*, vol. 37, n.º 1, pp. 171-217.
- MÚRIAS, Pedro / PEREIRA, Maria de Lurdes (2012), «Obrigações de meios, obrigações de resultado e custos da prestação», in *Centenário do nascimento do Professor Doutor Paulo Cunha: estudos em homenagem*, Coimbra: Almedina, pp. 999-1018.
- OLIVEIRA, Nuno Pinto (2007), *Contrato de compra e venda: noções fundamentais*, Almedina, Coimbra.
- OLIVEIRA, Nuno Pinto (2011), *Princípios de Direito dos Contratos*, Coimbra Editora, Coimbra.
- PALMA, Maria Fernanda (2013), *Direito Penal – Parte Geral*, AAFDL, Lisboa.
- PEDRO, Rute Teixeira (2017), «Os danos não patrimoniais (ditos) indiretos: uma reflexão *ratione personae* sobre a sua ressarcibilidade», in *Responsabilidade civil: cinquenta anos em Portugal, quinze anos no Brasil* (coord. Mafalda Miranda Barbosa e Francisco Muniz), IJ – Instituto Jurídico – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, pp. 239-269.
- PEREIRA, Maria de Lurdes / MÚRIAS, Pedro (2011), «Obrigação primária e obrigação de indemnizar», in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, vol. II, Almedina, Coimbra, pp. 605-636.
- PEREIRA, Rui Soares (2009), *A Responsabilidade por Danos Não Patrimoniais do Incumprimento das Obrigações no Direito Civil Português*, Coimbra Editora, Coimbra.
- PEREIRA, Rui Soares (2017), *O Nexo de Causalidade na Responsabilidade Delitual: Fundamento e Limites do Juízo de Condicionalidade*, Almedina, Coimbra.
- PEREIRA, Rui Soares (2018a), Recensão ao livro *O novo Estatuto Jurídico dos Animais*, por Filipe Albuquerque de Matos e Mafalda Miranda Barbosa, Coimbra: Gestlegal, 2017, pp. 162, disponível em <https://blogippc.blogspot.pt/2018/01/recensao-de-o-novo-estatuto-juridico.html>.
- PEREIRA, Rui Soares (2018b), «Levando a sério o risco de organização como critério de imputação de conhecimento às sociedades comerciais», *Revista de Direito Comercial*, pp. 94-135.

- PINTO, Carlos Mota (1982), *Cessão da Posição Contratual*, Almedina, Coimbra.
- PINTO, Paulo Mota (2008a), *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, I, Coimbra Editora, Coimbra.
- PINTO, Paulo Mota (2008b), *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, II, Coimbra Editora, Coimbra.
- PINTO, Paulo Mota (2016), «Perda de chance processual», *RLJ*, Ano 145, pp. 174-201.
- PIRES, Catarina Monteiro (2016), «Limites dos esforços e dispêndios exigíveis ao devedor para cumprir», *ROA*, Ano 76, n.ºs 1-4 (janeiro-dezembro 2016), pp. 105-136.
- PIRES, Catarina Monteiro (2017), *Impossibilidade da Prestação*, Almedina, Coimbra.
- PIRES, Catarina Monteiro (2018), *Aquisição de Empresas e de Participações Acionistas: problemas e litígios*, Almedina, Coimbra.
- PROENÇA, José Carlos Brandão (2011), *Lições de Cumprimento e Não Cumprimento das Obrigações*, Coimbra Editora, Coimbra.
- PROENÇA, José Carlos Brandão (2017), *Lições de Cumprimento e Não Cumprimento das Obrigações*, 2.ª ed., Porto: UCE.
- RIBEIRO, Ricardo Lucas (2010), *Obrigações de meios e obrigações de resultado*, Coimbra Editora, Coimbra.
- ROCHA, Maria Victória da (1989), «A Imputação Objetiva na Responsabilidade Contratual: algumas considerações», *RDE*, Ano XV, pp. 31-103.
- ROCHA, Nuno Santos (2014), *A «Perda de Chance» Como Uma Nova Espécie de Dano*, Almedina, Coimbra.
- RUSSO, Fábio (2010), «Das cláusulas de garantia nos contratos de compra e venda de participações sociais de controlo», *Direito das Sociedades em Revista*, Ano 2, vol. 4 (setembro 2010), pp. 115-136.
- SERRA, Adriano Vaz (1955), «Impossibilidade superveniente e cumprimento imperfeito imputáveis ao devedor», *BMJ*, n.º 47, pp. 5-97.
- SERRA, Adriano Vaz (1958), «Responsabilidade do devedor pelos factos dos auxiliares, dos representantes legais ou dos substitutos», *BMJ*, n.º 72, pp. 259-305.
- SILVA, João Calvão da (1987), *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, Coimbra, separata do BFD (4.ª ed., 2002).
- SILVA, João Calvão da (2004), «Não Cumprimento das Obrigações», in *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da reforma de 1977*, vol. III, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 483-494.
- SILVA, Manuel Gomes da (1994), *O Dever de Prestar e o Dever de Indemnizar*, Lisboa.
- SOUSA, Miguel Teixeira de (2016), «Análise lógico-normativa da decisão de improcedência: uma reflexão sobre a *evidentiary defeasibility* e a dupla ordem pública», in *Liber Amicorum Fausto de Quadros* (coord. Marcelo Rebelo de Sousa e Eduardo Vera-Cruz Pinto), vol. 2, Almedina, Coimbra, pp. 461-479.
- TELLES, Inocêncio Galvão (1997), *Direito das Obrigações*, 7.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra.

- TELLES, Inocêncio Galvão (2001), *Introdução ao Estudo do Direito*, vol. II, 10.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra.
- TRIGO, Maria da Graça (2004), «Responsabilidade civil do comitente (ou responsabilidade por facto de terceiro)», in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, vol. III, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 153-169.
- TRIGO, Maria da Graça (2009), *Responsabilidade Civil Delitual por Facto de Terceiro*, Coimbra Editora, Coimbra.
- TRIGO, Maria da Graça (2015), *Responsabilidade Civil: temas especiais*, UCE, Lisboa.
- VARELA, João Antunes (1996), *Das Obrigações em Geral*, vol. I, 9.^a ed., Almedina, Coimbra.
- VARELA, João Antunes (1997), *Das Obrigações em Geral*, vol. II, 7.^a ed., Almedina, Coimbra.
- VELOSO, Maria Manuel (1998), *A Compensação do Dano Contratual Não Patrimonial (em especial no direito de Autor)*, Dissertação de Mestrado, Ciências Jurídicas, Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra.
- VELOSO, Maria Manuel (2004), «Danos não patrimoniais», in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, vol. III, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 495-559.
- VELOSO, Maria Manuel (2007), «Danos não patrimoniais a sociedade comercial?, comentário a Ac. RL de 20.04.2004», *Cadernos de Direito Privado*, n.º 18 (abril-junho 2007), pp. 29-45.
- VICENTE, Dário Moura (2017), *Direito Comparado*, vol. II, Almedina, Coimbra.

A responsabilidade civil por danos não patrimoniais: um breve excurso sobre o tema à luz do Código Civil de 1966¹

MARIA GABRIELA PÁRIS FERNANDES*

I. Enquadramento geral

O Código Civil de 1966, pelo n.º 1 do seu artigo 496.º, *reconheceu expressamente* um princípio favorável à «indemnização» em dinheiro do dano não patrimonial, seguindo a solução que VAZ SERRA preconizou nos trabalhos preparatórios, depois de ter tecido uma cuidada análise crítica aos argumentos contrários a uma solução desta natureza que, no âmbito da antiga querela sobre a ressarcibilidade dos danos não patrimoniais, foram apontados². Na formulação deste princípio, o n.º 1 do artigo 496.º estabelece uma *cláusula geral*, determinando que, na fixação da indemnização, se deve atender aos danos não patrimoniais que, pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito. Ao consagrar esta *cláusula geral* – e ainda na senda da solução proposta por VAZ SERRA nos trabalhos preparatórios –,

* Assistente da Escola de Lisboa da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.

¹ O presente texto reproduz a comunicação oral que apresentei na Universidade Católica Portuguesa, a convite do *Católica Research Centre for the Future of Law*, em abril de 2019, na pessoa da Senhora Professora Doutora Elsa Vaz de Sequeira, a quem muito agradeço. Uma palavra de profunda gratidão é devida ainda à Senhora Conselheira Maria da Graça Trigo que, muito generosamente, aceitou o encargo de comentar a minha intervenção, em muito a enriquecendo. O texto que aqui se publica, e que serviu de base à comunicação oral descrita, corresponde, no essencial, ao texto que escrevi em anotação ao artigo 496.º do Código Civil – in *Comentário ao Código Civil. Direito das Obrigações. Das Obrigações em Geral*, coord. José Brandão Proença, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2018, pp. 348-364 –, sem prejuízo de alguns aspetos do tema serem, no presente texto, tratados de forma mais sumária e sem prejuízo, por outro lado, da introdução de algumas notas de atualização quanto à jurisprudência mais relevante. Dado que o texto que agora se publica pretende, apenas, traduzir a referida comunicação oral, não são, neste contexto, reproduzidas as indicações bibliográficas e jurisprudenciais mais desenvolvidas, que constam da citada anotação, e para as quais remeto.

² Cfr. VAZ SERRA (1959), p. 78.

o legislador optou por não circunscrever *o direito a compensação por dano não patrimonial a hipóteses legalmente expressas*, designadamente àquelas em que o facto danoso constitua crime ou lese certos bens jurídicos da personalidade, delimitados por lei. Considerou preferível, em alternativa, admitir, em termos gerais, a compensação do dano não patrimonial, estabelecendo apenas, como requisito específico de admissibilidade dessa compensação, a acrescer aos pressupostos gerais da responsabilidade civil definidos no artigo 483.º do Código Civil, que o dano não patrimonial se revista de gravidade tal que mereça a tutela do direito.

Decorridos pouco mais de cinquenta anos desde a entrada em vigor do Código Civil, a solução do legislador de 1966 merece, ainda hoje, ser saudada, pela sua *novidade*, pela sua *modernidade* e pela sua *adequação*.

Novidade, quer face ao Código Civil de 1867 – que não continha norma expressa relativa à «indemnização» dos danos não patrimoniais, propendendo a doutrina maioritária da época para a recusa de um princípio geral que admitisse a sua compensação³ – quer face a outros ordenamentos jurídicos que nos são próximos. Recordem-se, a propósito, os Códigos Cíveis francês e espanhol, que não incluíram regra expressa quanto à ressarcibilidade dos danos não patrimoniais, e os Códigos Cíveis alemão e italiano, que consagraram um princípio de *tipicidade* de reparação desta categoria de prejuízos⁴.

Modernidade, porque a solução consagrada no n.º 1 do artigo 496.º do Código Civil português de 1966 acompanha, na sua aplicação jurisprudencial, a evolução que o instituto da responsabilidade civil tem registado, no sentido de não considerar, sobretudo, os reflexos patrimoniais do facto lesivo, mas visar, mais amplamente, a tutela da pessoa, na completa expressão do seu ser – assinala-se, neste contexto, o reconhecimento, nos ordenamentos jurídicos que nos são próximos atrás referenciados, de uma solução favorável, em termos amplos, à indemnização em dinheiro do dano não patrimonial, evolução que se deveu, mesmo na ausência de uma norma legal expressa, a uma árdua construção da doutrina e da jurisprudência, segundo uma interpretação do Direito Civil «constitucionalmente orientada».

³ Cfr., sobre este ponto, PÁRIS FERNANDES (2011).

⁴ Cfr., na primitiva redação do Código Civil alemão, o seu parágrafo 847 (revogado pela Reforma de 2002 e cuja disciplina consta, atualmente, do parágrafo 253 do Código). Cfr., ainda, o artigo 2059 do Código Civil italiano.

Adequação, uma vez que, nos dias de hoje, o princípio consagrado no n.º 1 do artigo 496.º do Código Civil permite, no plano da responsabilidade civil, a tutela do sujeito, nas várias dimensões da sua concreta existência e do desenvolvimento da sua personalidade, reclamada pelo princípio da dignidade da pessoa humana: o que se deve, em grande medida, ao largo campo de aplicação do princípio, à natureza compreensiva que doutrina e jurisprudência têm reconhecido à categoria do dano não patrimonial, bem como ao entendimento que doutrina e jurisprudência têm atribuído aos requisitos de que a lei faz depender a sua indemnização.

II. Âmbito de aplicação do princípio da ressarcibilidade dos danos não patrimoniais

O princípio da ressarcibilidade dos danos não patrimoniais vale não apenas no âmbito da responsabilidade civil extracontratual por facto ilícito – como a localização sistemática do artigo 496.º, reconhecidamente pouco feliz, poderia sugerir –, mas com âmbito geral, ou seja, também na responsabilidade civil extracontratual pelo risco⁵ (*ex vi* artigo 499.º do Código Civil) e por facto lícito⁶; e vale, ainda, no domínio da responsabilidade pré-contratual⁷ e no domínio da responsabilidade contratual. Quanto

⁵ São inúmeros os arestos que se poderiam citar, por exemplo, em matéria de acidentes de viação. Cfr., a título ilustrativo, e mais recentemente, os Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 19.03.2019 (Fátima Gomes), processo n.º 5173/15.5T8BRG.G1.S1, www.dgsi.pt, e de 28.03.2019 (Ilídio Sacarrão Martins), processo n.º 2078/12.5TBPBL.C1.S1, www.dgsi.pt. Cfr., ainda, a título de exemplo, quanto à responsabilidade civil do comitente por facto do comissário, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 14.03.2018 (Manuel Augusto de Matos), processo 191/09.5PEPDL.L4.S1, www.dgsi.pt, e, quanto à responsabilidade objetiva por danos causados por animais, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19.06.2007 (Ribeiro de Almeida), processo n.º 07A1730, www.dgsi.pt.

⁶ Cfr., a título de exemplo, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 27.04.2017 (Maria da Graça Trigo), processo n.º 996/05.6TBFAF.G2.S1, www.dgsi.pt, quanto à responsabilidade civil do proprietário pelos danos que escavações no seu prédio causem aos proprietários vizinhos (artigo 1348.º, n.º 2, do Código Civil).

⁷ Cfr., a título de exemplo, mais recentemente, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19.03.2019 (José Rainho), processo n.º 3922/16.3T8VIS.C2.S1, www.dgsi.pt, numa hipótese de responsabilidade civil do intermediário financeiro por violação de deveres de informação, e o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 11.04.2019 (Tomé Gomes), processo n.º 2758/15.3T8BCL.G1.S1, www.dgsi.pt, numa hipótese de violação, por entidade concedente de crédito, de deveres de informação, de comunicação e de formalização do contrato.

à responsabilidade civil contratual, recorde-se que a inserção sistemática do artigo 496.º, no âmbito da disciplina da responsabilidade civil extra-contratual e não da disciplina da obrigação de indemnização, bem como a preocupação de acautelar a certeza e a segurança do comércio jurídico e a preocupação de evitar o aumento das pretensões de indemnização, na vasta área do comércio jurídico coberta pelos contratos, justificaram que algumas vezes na doutrina e, num primeiro momento, também a jurisprudência, recusassem a aplicação do preceito às consequências do incumprimento da obrigação. Contudo, já nos trabalhos preparatórios do Código Civil VAZ SERRA se mostrara favorável à compensação do dano não patrimonial contratual⁸, continuando a defender essa solução nos primeiros anos da vigência do Código. Nos dias de hoje, a doutrina e jurisprudência dominantes acolhem um princípio favorável à compensação do dano não patrimonial na responsabilidade contratual, a aplicar com certa prudência e segundo uma específica valoração do dano contratual⁹. Na jurisprudência, podem encontrar-se várias decisões judiciais arbitrando indemnização por dano não patrimonial por incumprimento dos contratos de arrendamento¹⁰, de compra e venda¹¹, de empreitada¹², de hospedagem¹³, de transporte¹⁴, de prestação de serviços médicos¹⁵ e de trabalho¹⁶, entre outros exemplos que se poderiam citar.

⁸ Cfr. VAZ SERRA (1959), pp. 102-109.

⁹ Na doutrina, sobre o tema, cfr., em especial, MARIA MANUEL VELOSO (1998), SOARES PEREIRA (2009) e, mais recentemente, BRANDÃO PROENÇA (2017), pp. 301-306. Indicações bibliográficas complementares às contidas na presente nota podem ainda ser consultadas em PÁRIS FERNANDES (2018b), pp. 348-364.

¹⁰ Cfr., a título ilustrativo, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 14.06.2018 (Maria da Graça Trigo), processo n.º 8543/10.1TBCSC.L1.S1, www.dgsi.pt.

¹¹ Cfr., a título ilustrativo, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 14.07.2016 (Fernanda Isabel Pereira), processo n.º 1047/12.0TVPRT.P1.S1, www.dgsi.pt.

¹² Cfr., a título ilustrativo, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 07.03.2019 (Rosa Ribeiro Coelho), processo n.º 2293/10.6TBVIS.C1.S1, www.dgsi.pt.

¹³ Cfr., a título ilustrativo, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22.01.2015 (João Bernardo), processo n.º 125/06.9TBLGS.E1.S1), www.dgsi.pt.

¹⁴ Cfr., a título ilustrativo, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 26.09.2013 (Távora Victor), processo n.º 7798/09.9T2SNT.L1.S1, www.dgsi.pt.

¹⁵ Cfr., a título ilustrativo, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22.03.2018 (Maria da Graça Trigo), processo n.º 7053/12.7TBVNG.P1.S1, www.dgsi.pt.

¹⁶ Cfr., a título ilustrativo, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 20.06.2018 (António Leones Dantas), processo n.º 31947/15.9T8LSB.L2.S1, www.dgsi.pt.

III. O dano não patrimonial

A plena compreensão do alcance do princípio da ressarcibilidade do dano não patrimonial no nosso ordenamento jurídico implica, ainda, que se tenha presente que o dano não patrimonial – ou seja, o prejuízo insuscetível de avaliação pecuniária – tem sido entendido, pela doutrina e pela jurisprudência, como uma categoria ampla e aberta. O dano não patrimonial, definindo-se pela negativa, não se esgota, embora a compreenda, na categoria *dano moral*, isto é, nas perturbações emocionais ou afetivas (desgostos, angústias, vexames) resultantes, v.g., de ofensa à integridade física, à saúde, à honra, à liberdade, ao sentimento religioso, à paz e tranquilidade espirituais. Para ilustrar a afirmação, refira-se que a lesão do direito à integridade física é, enquanto dano que está *in re ipsa*, objeto de proteção, sem pressupor um estado de consciência do lesado, sendo devida, por exemplo, a reparação do dano não patrimonial de doentes que, por lesão à sua integridade física, se encontrem em estado de coma¹⁷. A jurisprudência tem considerado esta visão compreensiva do dano não patrimonial, ponderando as diversas categorias que o dano não patrimonial pode abranger: refira-se, a título descritivo, o *dano corporal ou à saúde* traduzido na diminuição psicossomática da pessoa por lesão à integridade física e psíquica – atualmente designado também como *dano biológico*; o *dano que consiste no sofrimento físico ou psíquico* – quantum doloris; o *prejuízo estético*; o *prejuízo sexual*; o dano que se traduz no prejuízo da vida concreta e relacional da pessoa, designadamente familiar – que pode ser designado por *dano existencial* ou à *vida de relação* ou por *prejuízo de afirmação pessoal*, e que pode ainda ser particularizado no «*prejuízo de distração ou passatempo*», no «*prejuízo juvenil*», no «*pretium juventutis*», no «*prejuízo da autossuficiência*»¹⁸.

¹⁷ Neste sentido, cfr. o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 28.02.2013 (Lopes do Rego), processo n.º 4072/04.0TVLSB.C1.S1, www.dgsi.pt. Cfr., ainda, sobre o tema, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 14.03.2018 (Manuel Augusto de Matos), processo n.º 191/09.5PEPDL.L4.S1, www.dgsi.pt, que arbitrou uma indemnização por danos não patrimoniais a vítima de agressão sexual, que sofria de síndrome demencial, reconhecendo que a falta de percepção subjectiva da lesão pela ofendida não afasta a responsabilidade.

¹⁸ Cfr., mais recentemente, e a título ilustrativo da afirmação feita em texto, os Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 18.10.2018 (Helder Almeida), processo n.º 3643/13.9TBSTB.E1.S1, www.dgsi.pt, de 08.01.2019 (Catarina Serra), processo n.º 4378/16.6T8VCT.G1.S1, www.dgsi.pt, e o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 20.03.2019 (Conceição Gomes), processo n.º 183/13.0GAVNO.E1.S1, www.dgsi.pt.

Refira-se, neste contexto, que tem suscitado particulares dificuldades na jurisprudência e na doutrina a qualificação do dano corporal ou biológico – que é, em si mesmo, indemnizável, mesmo que dele não resulte diminuição de rendimentos laborais e independentemente da sua específica qualificação – como dano patrimonial, dano não patrimonial ou categoria *a se*¹⁹.

IV. Requisitos de admissibilidade da compensação do dano não patrimonial. Os danos não patrimoniais que, pela sua gravidade, merecem a tutela do Direito

A solução consagrada pelo n.º 1 do artigo 496.º do Código Civil quanto *aos requisitos de admissibilidade da compensação do dano não patrimonial* – estabelecendo apenas, como requisito específico de admissibilidade dessa compensação, a acrescer aos pressupostos gerais da responsabilidade civil definidos no artigo 483.º do Código, que o dano não patrimonial se revista de gravidade tal que mereça a tutela do direito – apresenta a vantagem de permitir a adequação do direito positivo à evolução do sentido de justiça na consciência jurídica, não excluindo a compensação do dano não patrimonial considerado digno de tutela em cada momento histórico, mas vedando, ao mesmo tempo, a indemnização dos danos considerados triviais ou insignificantes. O risco de um indiscriminado alargamento da responsabilidade civil é, deste modo, evitado pela atribuição ao juiz da tarefa de apreciar quais os danos não patrimoniais dignos de reparação, segundo o critério legal.

Na concretização deste critério, a jurisprudência tem considerado que os *meros* incómodos ou as *simples* contrariedades não são indemnizáveis²⁰, ao passo que os incómodos, contrariedades, angústias ou desgostos *significativos* serão, em contrapartida, susceptíveis de

¹⁹ Sobre o tema, na doutrina, cfr., em especial, MARIA DA GRAÇA TRIGO (2012), pp. 147-178. Na jurisprudência, cfr., mais recentemente, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18.10.2018 (Helder Almeida), processo n.º 3643/13.9TBSTB.E1.S1, www.dgsi.pt, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 08.01.2019 (Catarina Serra), processo n.º 4378/16.6T8VCT.G1.S1, www.dgsi.pt, e o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 28.03.2019 (Ilídio Sacarrão Martins), processo n.º 954/13.7TBPM.S1.C1.S1, www.dgsi.pt.

²⁰ Cfr., a título de exemplo, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 29.10.2009 (Serra Baptista), processo n.º 454/09.0YFLSB, www.dgsi.pt.

compensação²¹. Sublinhe-se que merecedores da tutela do direito não são apenas os danos não patrimoniais provenientes da morte da vítima (hipótese especialmente contemplada nos n.ºs 2 a 4 do artigo 496.º) ou de lesão corporal. Admite-se a indemnização de danos não patrimoniais, desde que graves, resultantes da violação de outros direitos de personalidade, como a saúde, a liberdade, a honra, a autodeterminação sexual, a vida privada, a imagem, o desenvolvimento da personalidade e a identidade pessoal. Para além dos danos não patrimoniais causados pela ofensa a bens de natureza pessoal, tem sido admitida a compensação dos desgostos sentidos pela destruição ou danificação de coisas infungíveis, desde que com particular valor estimativo e a gravidade do dano o justifique. Pense-se, por exemplo, nas hipóteses de destruição ou danificação da casa de habitação e dos objetos que aí se encontravam e que perpetuavam as memórias familiares²². Reconhece-se, não obstante, que se justifica, no domínio dos danos decorrentes da lesão em coisas, particular cautela no juízo de apreciação da gravidade do dano, tendo em conta a necessidade de evitar um alargamento desmesurado do âmbito da responsabilidade. A compensação do dano não patrimonial causado pela morte ou lesão de animal de companhia era já admitida por algumas decisões judiciais anteriores ao aditamento ao Código Civil do artigo 493.º-A, pelo artigo 3.º da Lei n.º 8/2017, de 3 de março²³.

²¹ Expondo estes critérios, cfr., mais recentemente, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 14.02.2019 (Rosa Tching), processo n.º 394/14.0TBFLG.P2.S1, www.dgsi.pt. Reconhecendo o direito de indemnização, ao abrigo destes critérios, cfr., por exemplo, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 21.04.2010 (Garcia Calejo), processo n.º 17/07.4TBCBR.C1.S1, www.dgsi.pt, e o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 14.07.2016 (Fernanda Isabel Pereira), processo n.º 1047/12.0TVPRT.P1.S1, www.dgsi.pt.

²² Cfr., a propósito, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 31.05.2011 (Sebastião Póvoas), processo n.º 851/04.7BBGC.P1.S1, www.dgsi.pt.

²³ Cfr. o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 02.05.2002 (Alves Velho), processo n.º 0230493, www.dgsi.pt, o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 18.11.2008 (Arlindo Oliveira), processo n.º 1775/04.3.TBPBPL.C1, www.dgsi.pt, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 21.05.2013 (Rosário Morgado), processo n.º 1134.05.0TCLRS.L1-7, o Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 28.01.2016 (João Diogo Rodrigues), processo n.º 3605/12.3TBVCT.G1, www.dgsi.pt. O tema está por nós mais desenvolvido na anotação que fizemos ao artigo 493.º-A do Código Civil [cfr. PÁRIS FERNANDES (2018a), pp. 325-332].

V. Direito a indemnização por danos não patrimoniais em caso de morte da vítima

Os n.ºs 2 a 4 do artigo 496.º do Código Civil referem-se à hipótese específica da ofensa de que resulte a morte. Como tem sido sublinhado, o evento lesivo mortal é suscetível de causar danos não patrimoniais de distinta natureza: não só o dano da perda da vida, em si mesma (ou dano *da morte*), mas ainda, eventualmente, não sendo a morte imediata, o padecimento da vítima no período que antecede a morte, bem como o sofrimento dos seus familiares²⁴. A tese da reparabilidade do *dano da morte*, embora discutida pelos tribunais nos primeiros anos de vigência do Código Civil²⁵, consolidou-se na jurisprudência desde o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17 de março de 1971, proferido em reunião de todas as secções²⁶. Discute-se, também, na doutrina e na jurisprudência, se a titularidade do direito a indemnização pelo dano da morte cabe aos familiares referidos nos n.ºs 2 a 4 do artigo 496.º *por direito próprio*, ou se, ao invés, este direito é adquirido *por via sucessória* – e, nesta última hipótese, se o direito é adquirido *mortis causa* pelos herdeiros definidos nos termos gerais do direito sucessório ou por uma especial categoria de herdeiros, que seriam os sujeitos definidos nos n.ºs 2 a 4 do artigo 496.º²⁷ Os critérios de valoração do dano da perda da vida têm sido, igualmente, controvertidos na doutrina e na jurisprudência: para certo entendimento, são atendíveis, nessa valoração, e segundo a equidade, as *circunstâncias concretas da vítima* (idade, estado de saúde, integração

²⁴ Cfr., mais recentemente, autonomizando estas categorias, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 21.03.2019 (Maria da Graça Trigo), processo n.º 20121/16.7T8PRT. P1.S1, www.dgsi.pt.

²⁵ Cfr, recusando a indemnização pelo dano da perda da vida, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12.02.1969, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 103.º, n.º 3416, 1970-1971, pp. 166-171.

²⁶ Publicado na *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 105.º, n.º 3469, 1972-1973, pp. 53-63.

²⁷ Cfr., seguindo a orientação maioritariamente seguida pela jurisprudência do STJ, no sentido da aquisição, por direito próprio, e não *mortis causa*, do direito a indemnização pelo dano da perda da vida pelos familiares da vítima enumerados nos n.ºs 2 e 3 do artigo 496.º, e segundo a ordem de precedências fixada, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12.10.2016 (Rosa Tching), processo n.º 160/12.8GAPNI.C1-S1, www.dgsi.pt (recusando, em função dos critérios indicados, o pedido de indemnização formulado pelos pais de vítima mortal de acidente de viação, que deixou cônjuge sobrevivente). Para uma indicação mais detalhada sobre o entendimento da doutrina sobre o tema, com indicações bibliográficas, cfr. PÁRIS FERNANDES (2017), p 395, em especial nota 12.

na família e na sociedade, êxito escolar, profissional, desportivo, cultural, alegria de viver, projetos pessoais)²⁸; segundo outro entendimento, sendo a vida um valor absoluto e o prejuízo da sua perda igual para todos os homens, o valor da indemnização pelo dano da morte não deve depender da idade, condição sociocultural, estado de saúde ou de outras circunstâncias atinentes à vítima, mas tão-só dos demais critérios do artigo 494.º do Código Civil^{29/30}.

A indemnização *pelo dano do sofrimento que antecede a morte*, padecido pela vítima, tem sido admitida se a morte não foi imediata e compreende o sofrimento físico e/ou psíquico suportado, decorrente diretamente das lesões sofridas e, eventualmente, de subsequentes tratamentos e/ou intervenções cirúrgicas, e ainda a angústia sentida com o aproximar da morte³¹.

Os n.ºs 2 a 4 do artigo 496.º do Código Civil *atribuem aos familiares da vítima abrangidos pela enumeração legal, e segundo a ordem indicada, direito a compensação pelos danos não patrimoniais próprios que tenham sofrido com a morte daquela*, por se reconhecer que à proximidade do vínculo familiar corresponderá a existência de estreitos laços de afeição³². Suscita-se a questão de saber se deve ser negada a indemnização nas situações raras e excepcionais em que se demonstre que, apesar da

²⁸ Cfr., por exemplo, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22.02.2018 (Manuel Braz), processo n.º 33/12.4GTSTB.E1.S1, www.dgsi.pt.

²⁹ Cfr., neste sentido, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 26.10.2010 (Sebastião Póvoas), processo n.º 209/07-6TBVCDP.1S.1, www.dgsi.pt.

³⁰ Cfr., mais recentemente, e a título ilustrativo do problema equacionado, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 11.04.2019 (Oliveira Abreu), processo n.º 465/11.5TBAMR.G1.S1, www.dgsi.pt. Para uma síntese dos valores que têm sido arbitrados a título de indemnização pelo dano da perda da vida e respetiva evolução, cfr., mais recentemente, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22.02.2018 (Manuel Braz), processo n.º 33/12.4GTSTB.E1.S1, www.dgsi.pt, e o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 21.03.2019 (Maria da Graça Trigo), processo n.º 20121/16.7T8PRT.P1.S1, www.dgsi.pt. Para uma referência mais detalhada ao tema na doutrina, com indicações bibliográficas, cfr. PÁRIS FERNANDES, 2018b, pp. 348-364.

³¹ Cfr., a título ilustrativo, mais recentemente, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22.02.2018 (Manuel Braz), processo n.º 33/12.4GTSTB.E1.S1, www.dgsi.pt, e o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 21.03.2019 (Maria da Graça Trigo), processo n.º 20121/16.7T8PRT.P1.S1, www.dgsi.pt.

³² Cfr., mais recentemente, quanto aos critérios de valoração do dano e à fixação do montante da indemnização (em particular, do dano dos filhos por morte dos pais), o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 21.03.2019 (Maria da Graça Trigo), processo n.º 20121/16.7T8PRT.P1.S1, www.dgsi.pt. Para um tratamento mais desenvolvido dos

proximidade do vínculo legal familiar, os laços de afeição não existem – solução acolhida expressamente por VAZ SERRA nos trabalhos preparatórios³³ e, na jurisprudência, já se considerou³⁴, mas que, na doutrina, se discute³⁵. Do mesmo modo, é de ponderar se pode ser atribuído direito a indemnização a sujeitos não abrangidos na enumeração constante dos n.ºs 2 e 3 do artigo 496.º ou alterada a ordem de precedências fixada nos mesmos preceitos, desde que, em qualquer um dos casos, se demonstre um laço afetivo com a vítima que o justifique: era a solução preconizada por VAZ SERRA nos trabalhos preparatórios³⁶ e, nos dias de hoje, acolhida por certa doutrina³⁷; ou se, diferentemente, o legislador se afastou, por razões de segurança e certeza jurídica, da solução flexível proposta por VAZ SERRA, consagrando uma enumeração taxativa e uma ordem de precedências vinculativa, como sustentam, certos autores³⁸, e a jurisprudência também tem entendido^{39/40}. A questão colocou-se, sobretudo, num primeiro momento, em relação à ressarcibilidade dos danos não patrimoniais de pessoa que vivesse em união de facto com a vítima mortal, tendo sido o Tribunal Constitucional chamado a julgar, em sede de fiscalização concreta, a constitucionalidade do artigo 496.º do Código Civil, que, na sua redação originária, não incluía, expressamente, na enumeração legal,

critérios de valoração dos danos não patrimoniais próprios dos familiares, por morte da vítima, cfr. PÁRIS FERNANDES (2017), pp. 394-402.

³³ Cfr. VAZ SERRA (1959), pp. 106-108.

³⁴ Cfr., neste sentido, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 30.04.2015 (Salazar Casanova), processo n.º 1380/13.3T2AVR.C1.S1., www.dgsi.pt.

³⁵ Sobre o ponto, cfr. PÁRIS FERNANDES (2017), p. 397.

³⁶ Cfr. VAZ SERRA (1959), pp. 106-108.

³⁷ Cfr., em especial, MENEZES CORDEIRO (2010), p. 519, e MIRANDA BARBOSA (2014), p. 16.

³⁸ Cfr., em especial, PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA (1987), p. 501.

³⁹ Cfr., mais recentemente, colocando a questão, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 28.02.2019 (Nuno Pinto Oliveira), processo n.º 1940/14.5T8CSC.L1.S1, www.dgsi.pt, recusando um pedido de indemnização por danos não patrimoniais próprios formulado pelos autores, por morte da filha, porque a esta sobreviveram companheiro de facto e filho, tendo a decisão sido fundamentada na ordem de precedências fixada nos n.ºs 2 a 4 do artigo 496.º (cfr., no entanto, a declaração de voto ao acórdão). Cfr., ainda, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 01.03.2018 (Távora Victor), processo n.º 1608/15.5T8LRA.C1.S1, www.dgsi.pt, que recusou indemnização por dano não patrimonial próprio de um pai pela morte da filha, uma vez que à vítima sobreviveu o companheiro com quem vivia em união de facto.

⁴⁰ Sobre o tema, e para indicações doutrinárias e jurisprudenciais complementares, cfr. PÁRIS FERNANDES, 2017, pp. 403-407.

a pessoa que com a vítima falecida vivesse em união de facto⁴¹. Ora, se a Lei n.º 23/2010, de 30 de agosto, alterou o artigo 496.º do Código Civil, aditando-lhe o atual n.º 3, atribuindo direito de indemnização por danos não patrimoniais, por morte da vítima, à pessoa que com a vítima falecida convivesse em união de facto, manteve, ao mesmo tempo, a redação do n.º 2, ou seja, não admitiu, expressamente, a possibilidade de reparação a outros sujeitos próximos da vítima, para além do companheiro de facto, nem a alteração da ordem de precedências fixada.

Discute-se, ainda, na doutrina e jurisprudência, a questão de saber se a indemnização aos familiares é devida *apenas em caso de morte da vítima* – a hipótese expressa na letra dos n.ºs 2 a 4 do artigo 496.º do Código Civil – ou igualmente quando a vítima sofra lesão grave de que não resulte a morte e que comprometa gravemente a vida pessoal e familiar dos familiares próximos (por exemplo, dos pais, do cônjuge, dos filhos). Esta última solução era a preconizada por VAZ SERRA nos trabalhos preparatórios⁴² e, apesar de recusada pelo entendimento tradicional, merece, atualmente, certo acolhimento na doutrina e nos tribunais, com fundamento na interpretação extensiva daqueles preceitos ou na aplicação do n.º 1 do artigo 496.º, conjugado com o artigo 70.º do Código Civil, por lesão à personalidade do familiar. Neste contexto, e verificando-se decisões contraditórias dos tribunais, o Supremo Tribunal de Justiça foi chamado a uniformizar a jurisprudência quanto ao direito a indemnização do cônjuge da vítima sobrevivente, o que fez, pelo seu acórdão n.º 6/2014, nos termos seguintes: «*Os artigos 483.º, n.º 1, e 496.º, n.º 1, do Código Civil devem ser interpretados no sentido de abrangerem os danos não patrimoniais, particularmente graves, sofridos por cônjuge de vítima sobrevivente, atingida de modo particularmente grave.*»⁴³

⁴¹ Cfr. os Acórdãos do Tribunal Constitucional n.º 275/2002, de 19 de junho (Paulo Mota Pinto), processo n.º 129/01, in *Diário da República*, II Série, n.º 169, de 24 de julho de 2002, p. 12896, n.º 86/2007, de 6 de fevereiro (Paulo Mota Pinto), processo n.º 26/2004, in *Diário da República*, II Série, n.º 93, de 15 de maio de 2007, p. 12685, n.º 87/2007, de 6 de fevereiro (Paulo Mota Pinto), processo n.º 995/2005, in *Diário da República*, II Série, n.º 93, de 15 de maio de 2007, p. 12697, e n.º 210/2007, de 21 de março de 2007 (Maria dos Prazeres Pizarro Beleza), processo n.º 778/06, in *Diário da República*, II Série, n.º 97, de 21 de maio de 2007, p. 13517, todos consultáveis ainda in www.tribunalconstitucional.pt.

⁴² Cfr. VAZ SERRA (1959), pp. 106-108.

⁴³ Acórdão de Uniformização de Jurisprudência n.º 6/2014, de 9 de janeiro de 2014 (João Bernardo), processo n.º 6430/07.0TBBERG.S1, *Diário da República*, I Série, n.º 98, de 22 de maio de 2014, pp. 2926-2943.

Não obstante a decisão uniformizadora, os nove votos de vencido e as nove declarações de voto traduzem a complexidade teórica do problema a tratar⁴⁴. Na verdade, e na fundamentação teórica da solução que obteve vencimento, o Supremo Tribunal de Justiça recusou o elemento histórico da interpretação e afastou uma interpretação literal da norma, procedendo a uma interpretação atualista dos artigos 483.º, n.º 1, e 496.º, n.º 1, do Código Civil: o tribunal supremo atendeu à evolução da responsabilidade civil no sentido de uma maior proteção das vítimas – sobretudo no domínio dos acidentes de viação – e atendeu ao tratamento da questão *decidenda* no plano internacional e na ordem interna de vários países. Mas não tomou partido quanto à via metodológica mais adequada para fundamentar a decisão uniformizadora: se a interpretação extensiva dos n.ºs 2 a 4 do artigo 496.º do Código Civil, concedendo indemnização às pessoas fixadas neste preceito quando o lesado imediato sofra dano de gravidade equiparável à morte; se a aplicação direta dos artigos 483.º, n.º 1, 70.º, n.º 1, e 496.º, n.º 1, do Código Civil, com base no entendimento de que o facto ilícito pode violar, simultaneamente, um direito de personalidade da vítima «imediate» e um direito de personalidade da vítima tradicionalmente designada por «mediate» – em especial, o direito de manter relações sexuais com o cônjuge, o direito à plena comunhão de vida com o cônjuge, o direito de ver crescer o filho com saúde, no âmbito do poder paternal.

Por outro lado, importa ter presente que a doutrina fixada pelo acórdão carece de ser concretizada, na sua aplicação prática, quer quanto à definição dos sujeitos, para além do cônjuge, a quem deve ser reconhecido o direito de indemnização, quer quanto à definição das circunstâncias em que se devem considerar preenchidos os requisitos da *particular* gravidade do dano sofrido pela vítima imediata e da *particular* gravidade do dano da vítima mediate, estabelecidos pelo acórdão uniformizador de jurisprudência para legitimar a indemnização do sujeito tradicionalmente designado por vítima mediate e que se revelam mais exigentes do que o requisito geral relativo à gravidade do dano que já resultaria do n.º 1 do artigo 496.º (norma que se refere ao «dano que, pela sua gravidade, merece a tutela do direito», sem que exija uma «particular» gravidade)⁴⁵.

⁴⁴ Sobre o acórdão uniformizador, cfr. MIRANDA BARBOSA (2014), pp 3-18. Para mais indicações bibliográficas sobre o tema, cfr. PÁRIS FERNANDES (2017), pp. 408-415.

⁴⁵ Cfr., a propósito, os seguintes arestos, proferidos já depois do Acórdão de Uniformização de Jurisprudência n.º 6/2014, e que atribuem indemnização ao cônjuge

Finalmente, importa sublinhar que a disciplina introduzida pelo n.º 3 do artigo 493.º-A do Código Civil, sem prejuízo de evidenciar a tutela pelo legislador da dimensão existencial da pessoa, veio agudizar a questão: na verdade, a Lei n.º 8/2017, de 3 de março, atribuiu direito a indemnização por dano não patrimonial ao proprietário de animal de companhia, não apenas no caso de morte do animal, mas também de privação de um seu importante órgão ou membro; todavia, não alterou o artigo 496.º, n.ºs 2 a 4, do Código Civil, por forma a reconhecer expressamente o direito de indemnização pelos danos não patrimoniais próprios sofridos pelos familiares de vítima de lesão grave, mas não mortal. Desta omissão resulta uma incoerência valorativa no sistema jurídico, a ser interpretado literalmente o artigo 496.º, nos seus n.ºs 2 a 4⁴⁶.

VI. Critérios de fixação do montante da indemnização

O montante da indemnização por dano não patrimonial é fixado pelo juiz, segundo um critério de equidade, conforme resulta da primeira

da vítima, em casos considerados pelo tribunal com gravidade análoga ao decidido pelo acórdão uniformizador: acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 01.07.2014 (Ana Paula Boularot), processo n.º 6607/09.3TVLSB.L1.S1, de 02.06.2016 (Tomé Gomes), processo n.º 3987/10.1TBVFR.P1.S1, de 08.03.2018 (Fonseca Ramos), processo n.º 3310/11.6TBALM.L1.S1, e de 11.04.2019 (Bernardo Domingos), processo n.º 5686/15.9T8VIS.C1.S1, todos *in* www.dgsi.pt. Recusando o pedido de indemnização, com o fundamento de não estarem verificados, no caso concreto, os requisitos de gravidade do dano que resultam do acórdão uniformizador, cfr. os Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 23.10.2018 (Henrique Araújo), processo n.º 902/14.7TBVCT.G1.S1 (quanto a pedido formulado pela filha da vítima), e de 28.03.2019 (Tomé Gomes), processo n.º 1120/12.4TBPTL.G1.S1 (quanto a pedido formulado pelo cônjuge da vítima), ambos consultáveis *in* www.dgsi.pt Quanto ao âmbito subjetivo de aplicação da doutrina do assento, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17.12.2015 (Maria dos Prazeres Beleza), processo n.º 3558/04.1TBSTB.E1.S1, www.dgsi.pt, decidiu no sentido de que «a interpretação fixada pelo Ac. uniformizador de jurisprudência de 16 de janeiro de 2014 para os artigos 483.º, n.º 1, e 496.º, n.º 1, do Código Civil, não pode ser estendida a familiares não contemplados no n.º 2 do artigo 496.º do Código Civil, como sucede com a recorrente».

⁴⁶ Cfr., evidenciando o problema quanto à natureza da lesão da vítima imediata e à gravidade do dano da vítima mediata, a declaração de voto de Maria da Graça Trigo ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 28.03.2019 (Tomé Gomes), processo n.º 1120/12.4TBPTL.G1.S1, www.dgsi.pt. Cfr., ainda, quanto à ordem de precedências que resultaria do n.º 2 do artigo 496.º, a declaração de voto ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 28.02.2019 (Nuno Pinto Oliveira), processo n.º 1940/14.5T8CSC.L1.S1, www.dgsi.pt.

parte do n.º 4 do artigo 496.º do Código Civil. Ao remeter para o artigo 494.º do Código Civil, o n.º 4 do artigo 496.º delimita as circunstâncias que devem ser atendidas, em *qualquer caso* – haja mera culpa ou dolo do lesante –, na fixação equitativa do montante da indemnização por dano não patrimonial – o grau de culpabilidade do agente, a situação económica deste e do lesado e as demais circunstâncias do caso. Na fixação da indemnização segundo um critério de equidade, o juiz deve ponderar as circunstâncias do caso, sem deixar de considerar os padrões de indemnização adotados pela jurisprudência em casos análogos⁴⁷.

A primeira das circunstâncias do caso a atender na fixação da indemnização será a *natureza, intensidade e gravidade do dano*: na verdade, a atribuição de uma quantia em dinheiro – ainda que não se traduza numa verdadeira e própria *indemnização* ou *reparação* do dano não patrimonial – visa ainda, de algum modo, *compensar* o lesado, proporcionando-lhe uma satisfação que atenua ou minora o mal sofrido. E, porque se visa um *justo grau de compensação*, tem entendido a jurisprudência que o valor atribuído não deve ser um valor meramente simbólico⁴⁸.

A par de uma finalidade de compensação, doutrina e jurisprudência têm considerado que a indemnização por dano não patrimonial cumpre, no domínio da responsabilidade civil por facto ilícito e culposo, e a título complementar, ainda uma *função sancionatória*⁴⁹ – assumindo, neste plano, relevância a *ponderação do grau de culpa do agente*, como circunstância a atender na fixação do montante da indemnização.

No que, em particular, respeita ao *dano corporal*, releva muito em especial a natureza e a gravidade do dano, como critério de valoração, justificando-se inclusivamente que o quantitativo habitualmente fixado pela jurisprudência para a indemnização do dano da morte seja excedido nos casos em que os danos físicos e psíquicos decorrentes de ofensa não mortal sejam de extrema gravidade, fortemente incapacitantes e dolorosos e atinjam pessoas cuja esperança de vida seja ainda muito

⁴⁷ Cfr., neste sentido, mais recentemente, e a título ilustrativo, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 08.01.2019 (Catarina Serra), processo n.º 4378/16.6T8VCT.G1.S1, www.dgsi.pt.

⁴⁸ Cfr., a propósito, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 20.02.2013 (Raul Borges), processo n.º 269/09.5GBPNF.P1.S1, e arestos aí citados.

⁴⁹ Cfr., a título ilustrativo, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 20.02.2013 (Raul Borges), processo n.º 269/09.5GBPNF.P1.S1, www.dgsi.pt, e o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 13.07.2017 (Tomé Gomes), processo n.º 3214/11.4TBVIS.C1.S1, www.dgsi.pt.

elevada⁵⁰. Os critérios e valores orientadores para efeitos de «apresentação pelas seguradoras aos lesados por acidente automóvel, de proposta razoável para indemnização do dano corporal», aprovados pela Portaria n.º 377/2008, de 26 de maio, alterada pela Portaria n.º 679/2009, de 25 de junho, e editada em regulamentação do Decreto-Lei n.º 291/2007, de 21 de agosto, têm um âmbito de aplicação extrajudicial, pelo que, embora possam ser ponderados pelo julgador, não o limitam⁵¹. Tem sido tema de reflexão, nos dias de hoje, a questão, também presente em outros ordenamentos jurídicos, sobre se se justifica a evolução para um regime em que a indemnização por dano corporal seja fixada com recurso a critérios fixados por tabelas, mais ou menos flexíveis, e vinculativas para os tribunais – questão que se revela de especial complexidade, não dispensando uma cuidadosa análise por parte da doutrina e jurisprudência.

VII. Considerações conclusivas e perspectivas de futuro

Pode concluir-se que o Código Civil de 1966 e a sua aplicação pela jurisprudência, ao longo dos mais de cinquenta anos da sua vigência, têm permitido a construção de um sistema de direito civil em que releva a preocupação de tutela da pessoa, nas suas múltiplas dimensões, e não apenas, nem sobretudo, nos reflexos patrimoniais do facto lesivo. Não obstante, na procura do justo equilíbrio, difícil de alcançar, entre o alargamento desmesurado da responsabilidade civil e entre uma adequada proteção da pessoa humana, coloca-se, hoje, com especial acuidade, e sobretudo depois da entrada em vigor da Lei n.º 8/2017, de 3 de março, o problema de saber se a conceção tradicional – que entende o artigo 496.º, n.ºs 2 a 4, do Código Civil como estabelecendo um «*elenco fechado*» e sendo apenas devida a indemnização *em caso de morte* da vítima imediata – carece de ser revista ou ajustada.

⁵⁰ Cfr., mais recentemente, e a propósito, os Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 26.02.2019 (Catarina Serra), processo n.º 4419/13.9TBGDM.P1.S1, www.dgsi.pt, e de 11.04.2019 (Bernardo Domingos), processo n.º 5686/15.9T8VIS.C1.S1, www.dgsi.pt.

⁵¹ Cfr., neste sentido, a título ilustrativo, e mais recentemente, os Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 18.10.2018 (Helder Almeida), processo n.º 3643/13.9TBSTB.E1.S1, www.dgsi.pt, e de 08.01.2019 (Catarina Serra), processo n.º 4378/16.6T8VCT.G1.S1, www.dgsi.pt.

Bibliografia

- BARBOSA, Mafalda Miranda, «(Im)pertinência da Autonomização dos Danos Puramente Morais? Considerações a propósito dos Danos Morais Reflexos», *Cadernos de Direito Privado*, n.º 45, 2014, pp. 3-18.
- CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de Direito Civil Português, II, Direito das Obrigações, Tomo III, Gestão de Negócios, Enriquecimento sem Causa, Responsabilidade Civil*, Almedina, Coimbra, 2010.
- FERNANDES, Maria Gabriela Páris, *Sobre a Reparação do Dano Moral no Domínio do Código Civil de 1867 e a Titularidade do Direito à sua Indemnização*, diss. de mestrado, UCP, Lisboa, 2011, acessível in www.repositorio.ucp.pt.
- FERNANDES, Maria Gabriela Páris, «A Compensação dos Danos Não Patrimoniais Reflexos nos Cinquentenários de Vigência do Código Civil Português», *Edição Comemorativa do Cinquentenário do Código Civil*, coord. por ELSA VAZ DE SEQUEIRA/FERNANDO OLIVEIRA E SÁ, UCE, Lisboa, 2017, pp. 389-422.
- FERNANDES, Maria Gabriela Páris, «Anotação ao artigo 493.º-A do Código Civil», *Comentário ao Código Civil. Direito das Obrigações. Das Obrigações em Geral*, coord. José Brandão Proença, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2018, pp. 325-332 (2018a).
- FERNANDES, Maria Gabriela Páris, «Anotação ao Artigo 496.º do Código Civil», *Comentário ao Código Civil. Direito das Obrigações. Das Obrigações em Geral*, coord. José Brandão Proença, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2018, pp. 348-364 (2018b).
- LIMA, Pires de/VARELA, Antunes, *Código Civil Anotado*, Vol. I, 4.ª ed., com a colaboração de HENRIQUE MESQUITA, Coimbra Editora, Coimbra, 1987, pp 499-502.
- PEREIRA, Rui Soares, *A Responsabilidade por Danos Não Patrimoniais do Incumprimento das Obrigações no Direito Civil Português*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.
- PROENÇA, José Carlos Brandão, *Lições de Cumprimento e Não Cumprimento das Obrigações*, UCE, Porto, 2.ª ed., Porto, 2017.
- SERRA, Adriano Vaz, «Reparação do Dano Não Patrimonial», *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 83, 1959, pp. 69-111.
- TRIGO, Maria da Graça, «Adopção do conceito de “Dano Biológico” pelo Direito Português», *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 72, 2012, pp. 147-178.
- VELOSO, Maria Manuel, *A Compensação do Dano Não Patrimonial Contratual (em especial no Direito de Autor)*, diss. de mestrado em ciências jurídicas na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, polic., Coimbra, 1998.

