



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

**A Obrigação de Indemnização: a questão da
excessiva onerosidade da reparação natural**

Tiago José Viegas de Jesus Roza-Rodrigues

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto
2021



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

A Obrigação de Indemnização: a questão da excessiva onerosidade da reparação natural

Tiago José Viegas de Jesus Roza-Rodrigues

Dissertação de Mestrado em Direito, elaborada
sob orientação científica do Exmo. Professor
Doutor José Carlos Brandão Proença

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto
2021

Para a minha irmã, Patrícia.

“Das diversas concepções de justiça, aquela que mais poderosa influência tem exercido ao longo dos tempos – e continua exercendo hoje em dia, mais do que nunca – na mente dos homens reconduz essa ideia a um princípio de *igualdade* no sentido de *proporcionalidade*”

MANUEL DE ANDRADE

Agradecimentos

Começando pelo princípio, gostaria de agradecer à minha família, em especial aos meus pais e à minha avó, e ao meu padrinho pelo apoio incondicional.

Agradeço igualmente a todos aqueles que contribuíram direta ou indiretamente nesta jornada, especialmente aos colegas, e em especial aos que afinal eram mais que isso, amigos, não sendo possível nominar todos, seria ingrato se não escrevesse o nome do Ricardo, do David e da Maria.

No atual contexto pandémico, privado da presença física das bibliotecas, queria agradecer a todos os funcionários das Bibliotecas da Universidades Católica e da Biblioteca da Procuradoria Geral da República, bem como a todas as pessoas que me fizeram chegar imensa bibliografia.

À Professora Mónica Duque, por todo o apoio e conhecimento transmitido ao longo de 6 anos, desde a primeira aula de Introdução ao Estudo do Direito passando pelas aulas de Obrigações e infindáveis horas de tutoria.

Por último, ao Professor Doutor Brandão Proença, pelo facto de me ter despertado para o interesse no Direito das Obrigações, sobretudo na Responsabilidade Civil, pelas suas brilhantes lições, pelo enorme contributo dado para a escolha do tema desta tese, e por ter aceite esta que é a sua última orientação de mestrado.

Resumo

A presente tese incide sobre a obrigação de indemnização, sobre as formas que pode tomar, em especial a reparação *in natura* e a excessiva onerosidade desta.

Após uma análise dos princípios que regem a indemnização, sobretudo os princípios da reparação integral e da primazia da reparação natural, analisam-se as duas formas que a indemnização pode tomar, com mais pormenor na reparação natural. Dado o elevado grau de indeterminação, segue-se um esforço de densificação do conceito de excessiva onerosidade, avançando-se com a proposta de construção de um método indiciário que, a partir de um conjunto de critérios, permita perante cada caso concreto concluir se estamos ou não no âmbito de aplicação da excessiva onerosidade enquanto impedimento à reparação natural.

Palavras-chave: responsabilidade civil; obrigação de indemnização; reparação *in natura*; excessiva onerosidade.

Abstract

The present thesis focuses on the obligation of compensation, on the forms that it may take, in particular the reparation in natura and the excessive onerosity of the latter.

After an analysis of the principles that govern compensation, especially the principles of full compensation and the primacy of natural reparation, the two forms that compensation can take are analysed, with more detail on natural reparation. Given the high degree of conceptual indeterminacy, an effort is made to densify the concept of excessive onerosity, moving forward with the proposal of the construction of an indicative method that, on the basis of a set of criteria, allows us, in each specific case, to conclude whether or not we are within the scope of application of the excessive onerosity as an obstacle to natural redress.

Keywords: Torts; obligation of compensation; reparation *in natura*; excessive onerosity.

Abreviaturas

Ac. – Acórdão

Art. – Artigo

Cfr. – Confronte

Ed. – Edição

Op.cit. – Obra citada

P. – Página

Pp - Páginas

ss. – Seguintes

S.T.J. – Supremo Tribunal de Justiça

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

TRP – Tribunal da Relação do Porto

TRG – Tribunal da Relação de Lisboa

Vol. – Volume

Índice

Introdução	11
Os princípios da Obrigação de Indemnização	13
Da <i>restitutio in integrum</i> ou reparação integral	13
Da Primazia da Restauração Natural	14
Da Proibição de Enriquecimento do Lesado	15
As Espécies da Indemnização.....	17
A influência do Dano Real na Obrigação de Indemnização.....	18
A indemnização em forma específica.....	21
A indemnização pelo equivalente.....	28
A excessiva onerosidade da reparação natural	29
Elementos subjetivos do lesante e do lesado	32
Enriquecimento sem causa e a reparação natural	37
Excessivamente Onerosa para o lesado e para terceiros?	38
Um método indiciário para a Excessiva Onerosidade	40
Conclusão	45
Bibliografia.....	47
Jurisprudência Citada	50

Introdução

A responsabilidade civil é um instituto milenar e tem sido ao longo dos tempos um tema sobre o qual sempre se escreveu dado que surge naturalmente da convivência humana. Com efeito, diz-se que a responsabilidade decorre da liberdade, é intrínseca à condição humana.

São por isso muitos os tratados que versam sobre os fundamentos da responsabilidade civil, sobre os pressupostos, e nas últimas décadas também quais são afinal as suas finalidades. Por outro lado, não tem tido o merecido estudo a Obrigação de Indemnização, isto é, a consequência que o lesante tem de suportar se lhe forem imputados os danos que o lesado sofreu. A última grande inovação neste aspeto foi a consagração da Teoria da Diferença, como medida da obrigação de indemnizar pelo equivalente, defendida por MOMMSEN em 1855.¹ Todavia esta não é a forma primária de indemnizar, sendo sim um sucedâneo da indemnização em *forma específica*, por força do primado da reparação natural. Nem sempre foi a esta a solução legal, visto que no Direito Romano a obrigação de indemnizar era sempre uma obrigação pecuniária, e foi por influência da Igreja Católica e do seu Direito Canónico que se introduziu na lei este ideal de remover naturalisticamente o dano sofrido.²

Escolhemos estudar a reparação *in natura* e a exceção da excessiva onerosidade, pois o tema não teve no nosso entender ainda uma obra que trate com a necessária profundidade e reflexão. Mesmo sem dados estatísticos, podemos constatar, que uma larga maioria das indemnizações arbitradas em Portugal, são calculadas segundo o equivalente pecuniário. Muitas das vezes, são os próprios lesados que pedem somente a indemnização pelo equivalente, e quando peticionam a reparação natural, os responsáveis tendem a invocar com relativa leveza de espírito a excessiva onerosidade da mesma, porque entendem ser dispendiosa. Talvez o nosso tema seja *de facto* mais tratado pela jurisprudência do que pela doutrina, onde são quase inexistentes as referências. Mesmo

¹ JOÃO MATOS ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em geral*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2001, p.907

² Com mais desenvolvimento sobre a história e evolução da obrigação de indemnização ver o estudo de DAVID MAGALHÃES «A primazia da reconstituição natural sobre a indemnização por equivalente contributos jurídico-históricos para a análise do direito português» in *Responsabilidade civil cinquenta anos em Portugal, quinze anos no Brasil*, Vol. II, Coimbra, p.105 e seguintes

as decisões judiciais tendem a repetir-se na sua fundamentação, pouco acrescentando para uma melhor leitura dos problemas que se colocam.

É por todos consabida a *summa divisio* entre a Responsabilidade Civil Obrigacional e a Responsabilidade Civil Delitual, sendo que a obrigação de indemnização está regulada na designada área comum (art.s 562º e seguintes do Código Civil). Não obstante esse facto, cremos que a indemnização possa ser conformada de forma diversa consoante seja gerada pelo incumprimento de um dever contratual ou pela violação de um direito absoluto³. Sem prejuízo do conteúdo que verse sobre aspetos comuns aos dois regimes, entendemos que a diferente natureza, justifica a circunscrição do nosso estudo à reparação de danos resultantes da violação de direitos absolutos.

O itinerário do nosso trabalho começa com a enunciação dos princípios que regem a fixação da indemnização, seguido de uma explicação sobre ambas as espécies de indemnização, com especial desenvolvimento da indemnização em forma específica, terminando com uma análise ao conceito de excessiva onerosidade da reparação natural, capítulo onde iremos propor um método de aferição do excesso.

³ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, vol. VIII, 1ª ed, Almedina, Coimbra, 2017 p.722

Os princípios da Obrigação de Indemnização

Da *restitutio in integrum* ou reparação integral

A partir da conjugação do art. 562.^{o4} com o art. 566.^o, n.º.1, *in medio*, descobre-se o princípio basilar do direito indemnizatório: o *princípio da reparação integral* - que vale para qualquer espécie que a indemnização possa ter – e que, aliás, tem vigência em muitos ordenamentos jurídicos europeus⁵. Em boa verdade, a sua enunciação, mesmo na Lei e na jurisprudência, é empreendida de uma forma muito semelhante⁶, quer dizer, a indemnização deve colocar o lesado na situação (hipotética) em que estaria, caso não ocorresse a lesão⁷. Ora, é assim que extraímos que o responsável deve eliminar qualquer dano da esfera do lesado, dando significado à ideia de “estar indemne”, isto é, estar sem dano⁸, pretendendo-se eliminar, em primeira linha, as consequências que o lesado efetivamente sofreu: o dano real⁹. Nesta medida, a única forma de eliminá-lo é através da indemnização por reparação natural, já que na indemnização pelo equivalente “... indemniza-se tão só o dano de *cálculo*, ou *dano abstracto*, que consiste no valor pecuniário dos prejuízos causados ao ofendido.”¹⁰

Em suma, sempre que possível, ainda que só em parte, a reparação natural deve ser feita, ficando o remanescente satisfeito sobre a forma de indemnização pelo equivalente, em dinheiro, a calcular segundo a teoria da diferença, nos termos do art. 566.^o, n.º.2, ou pela equidade nos casos dos art.s 494.^o, 496.^o ou 566.^o, n.º3.

⁴ Sempre que no texto sejam citados art.s sem indicação expressa do diploma legal a que pertencem, a menção reporta-se ao Código Civil de 1966.

⁵ PHILIPPE PIERRE, e FABRICE LEDUC, *La réparation intégrale en Europe: Etudes comparatives des droits nationaux*, 1ª ed, Éditions Larcier, Paris, 2012, p.32 No mesmo texto afirma-se que a intensidade do princípio não é uniforme na Europa, estando em declínio da Áustria e na Suíça, onde por exemplo o art. 41º do Código Civil declara o princípio, mas o art. 43º é flexível o suficiente para ser o tribunal a decidir a forma e extensão da obrigação.

⁶ *Idem* pp 33 e 34

⁷ O Professor HENRIQUE SOUSA ANTUNES chama a atenção para a existência de “uma certa impropriedade na conjugação de um dever de *reconstituição* com a ficção de uma situação hipotética. (porque) Esta por definição, jamais existiu, pelo que não pode ser reconstituída.” In *Comentário ao Código Civil*, Universidade Católica Editora, Lisboa, vol II, 2018 p. 551

⁸ CARLOS ALBERTO MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p.128

⁹ MÁRIO JÚLIO ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 4ªed., Almedina, Coimbra, 2016, p.771.

¹⁰ *Idem*

Por último, para benefício de esclarecimento, é conveniente acrescentar que, no âmbito da Responsabilidade Contratual, a reparação integral tem derrogações tanto legais como contratuais.¹¹

Da Primazia da Restauração Natural

Por assim ser, - e embora VAZ SERRA¹² defenda que a solução que agora enuncia já vigorava nos termos do art. 2364.º do código Seabra -, em 1966, o legislador consagrou o princípio da *primazia da restauração natural*¹³ ante a indemnização pelo equivalente pecuniário¹⁴. Este primado tem a sua razão de ser no princípio da reparação integral, pois é por meio da reparação *in natura* que se vê removido o dano real¹⁵, ao passo que na indemnização por equivalente este dano compensa-se com dinheiro.¹⁶

Por outro lado, também parece ser em homenagem a este princípio que se afirma, como o fez o Supremo Tribunal de Justiça, que «Entre reconstituição natural e indemnização em dinheiro, enquanto formas de cumprimento da obrigação de indemnização, não existe relação de alternatividade, mas sim de subsidiariedade.»¹⁷. De facto, e citando BRANDÃO PROENÇA¹⁸, «... o legislador não concebeu as duas formas de indemnização em alternativa pura, mas “impôs”, como primeira via, a restauração

¹¹ P. PIERRE, e F. LEDUC *op.cit* p. 35. Esta asserção vale somente para os sistemas jurídicos analisados na obra citada. Dentro das derrogações legais os autores sistematizaram estas em 3 categorias: derrogações baseadas em considerações económicas, derrogações baseadas em considerações jurídicas e derrogações baseadas na equidade.

¹² ADRIANO VAZ SERRA, «Obrigação de indemnização», in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 84, 1959 p. 127 e MANUEL DOMINGUES ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. II, 2ª reimpressão, Coimbra editora, Coimbra, 1966 p.4

¹³ ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA *Código Civil Anotado*, Vol. I, 4ª ed, Coimbra Editora, Coimbra, 1987 p. 576 falavam do *princípio da reposição natural*.

¹⁴ LUÍS TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, vol. I, 4ªed, 2016 P. 397; PINTO, Carlos Alberto Mota *op.cit* p.128, Mário Júlio Almeida Costa *op.cit* p.771, , JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *Direito das Obrigações, Relatório sobre o programa, o conteúdo e os métodos de ensino da disciplina*, Católica Editora, Porto, 2007 p.206, JOSÉ ALBERTO GONZÁLEZ, *Direito da Responsabilidade Civil*, Quid Juris, Lisboa, 2017, p.61.

¹⁵ JOSÉ GONZÁLEZ, *op.cit*, p 62

¹⁶ Na Europa parecem podemos dividir entre os países em que há primazia da reparação natural (maioria) e entre os países onde não há primazia (minoria). Nos segundos, podemos ainda distinguir aqueles em que a escolha pertence ao juiz e os que a escolha pertence ao lesado. P. PIERRE, e F. LEDUC *op.cit* p. 79 a 81. JOSÉ GONZÁLEZ diz que tanto nos Princípios Europeus de Responsabilidade Civil (art.s. 10:101 e 10:104) como nos Estados Unidos da América, não há esta primazia da reparação natural (*op.cit*. p.61). Na Itália, porém, discute-se é se existirá uma primazia da indemnização pelo equivalente pecuniário, sendo que o lesado poderá optar pela reparação natural, quando esta não for impossível ou excessivamente onerosa, segundo ANDREA MONTANARI in «Il risarcimento in forma specifica e la rilevanza giuridica dell'attività di compensazione del danno» in *Europa E Diritto Privato*, vol II, 2013,p. 512 e 513.

¹⁷ Ac. STJ de 14-02-2002

¹⁸ BRANDÃO PROENÇA (2007) *op.cit* p.207

natural, e só abriu a segunda via na presença dos condicionalismos previstos no art. 566º,n.º1». Não obstante, como defende PINTO OLIVEIRA¹⁹, estas espécies estão numa situação de alternatividade imperfeita, o que resulta na faculdade do lesado de poder optar por uma indemnização em dinheiro, a que o devedor poderá obstar, se provar que a reconstituição natural é adequada.

Dito isto, é nos caro identificar as exceções a este princípio, nomeadamente, as previstas no art. 566.º, n.º 1 - a impossibilidade, a não reparação integral dos danos e a excessiva onerosidade -, assim como esclarecer, tal como os autores mencionados reconhecem, que outras formas de indemnização - como a indemnização pelo equivalente (566º,n.º2) -, são exceções que paradoxalmente se tornaram a regra. Neste seguimento, o principal motivo que tem justificado esta contradição é que muitas vezes é impossível reconstituir. Mas será mesmo assim?

Da Proibição de Enriquecimento do Lesado

Nesta ordem de ideias, e deixando a resposta à pergunta empreendida para um momento posterior, há outro princípio que devemos reter - o da Proibição de Enriquecimento do Lesado - segundo o qual o lesado não pode enriquecer à custa da indemnização.²⁰

O princípio referido irá relevar sobretudo na compensação de lucros/vantagens, geralmente designada *compensatio lucri cum danno*, já que, sem embargo de também se poder colocar na reparação natural, terá maior expressão no cálculo da indemnização em dinheiro, segundo a teoria da diferença.

Embora não o possamos encontrar expressamente consagrado em nenhuma norma²¹, a sua apreensão resulta clara dos art.s 566º, n.º2, 568º e mesmo do 562º que, ao preconizar que a indemnização deve repor o lesado na situação que hipoteticamente existiria, sugere que não é exigível que se coloque o lesado numa situação melhor (v.g enriquecido) do que aquela em que estaria.

¹⁹ NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Princípios de Direito dos Contratos*, 1ª ed, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p.674 a 680

²⁰ Ver sobre este princípio KARL LARENZ, *Derecho de Obligaciones*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, pp 204 a 207 e

²¹ BRANDÃO PROENÇA (2007) *op cit* p.208

De facto, pode acontecer que ao reparar *in natura*, ou mesmo em dinheiro, o lesado fique com uma situação melhor, porque é impossível ou difícil repor uma situação exatamente igual. A título de exemplo, consideremos: a parte da carroçaria do carro de A, danificada por B, já tinha alguns danos e, agora, terá de ser substituída ou reparada; ora, nas duas situações possíveis, A ficará sempre com um carro em melhor estado do que estava.

O princípio da equivalência traduz a mesma ideia da proibição de enriquecimento, porém de forma positiva, ou seja, a indemnização deve corresponder ao dano, o seu sentido fica mais inteligível se for lido em conjunto com o princípio da reparação integral como bem se nota no brocado jurídico francês «*Tout le dommage, mais rien que le dommage*». Resulta assim que o dano é, por princípio, a medida e o limite da indemnização. Nesta realidade não deixa de ser paradoxal, o facto de a indemnização ser medida segundo um critério objetivo (o dano), num sistema que é declaradamente subjetivista, uma vez que a responsabilidade civil depende de culpa (cfr. 483º). O paradoxo tenderá a desaparecer conforme o Direito prescindir cada vez mais da culpa do lesante.

Assim, sempre que estamos perante um caso de responsabilidade civil, e apurados todos os pressupostos que fazem nascer a obrigação de indemnizar, os princípios da *reposição natural*, da sua *primazia* e da *reparação integral* e da *proibição de enriquecimento* devem ser observados. Pontualmente existirão normas que derrogam estes princípios, tais como: a previsão de um cálculo abstrato dos danos por incumprimento de obrigações pecuniárias, nos termos do art. 806º; a possibilidade de aposição de cláusulas penais ou que delimitem os danos reparáveis no âmbito da responsabilidade obrigacional, nos termos dos arts 810.º e 800.º, n.º2 respetivamente; a fixação de um limite à indemnização em casos de responsabilidade objetiva, conforme o art. 508.º e ainda, nos termos do art. 494.º, a prerrogativa do tribunal poder fixar uma indemnização em montante inferior aos danos, com base em juízos de equidade, nos casos de mera culpa e, segundo alguns, nos casos de responsabilidade objetiva.²² Contudo, sucedem sempre assim, pontualmente, já que estes princípios estão impreterivelmente de

²² Por todos, ANTUNES VARELA (2001) *op. cit* p. 694

acordo com aquela que é a única função indiscutível deste milenar instituto, que é a Responsabilidade Civil: a sua função *reparadora*.²³

As Espécies da Indemnização

A obrigação de indemnização pode ser de duas espécies, o que, em bom rigor, é o mesmo que dizer que pode ser satisfeita de duas formas. Independentemente da forma que vier a tomar, porém, a lei pretende que o credor da obrigação de indemnização, o lesado, fique na situação que estaria se não tivesse tido lugar o evento que fez nascer a obrigação, i.e, o dano. Destarte resulta que: ou o lesado é colocado na mesma situação material em que estaria se não tivesse acontecido o evento lesivo, ou procede-se à entrega de uma quantia pecuniária, que traduza o valor do dano no património do lesado, ficando o mesmo com a situação patrimonial *equivalente* à que estaria na ausência de uma lesão²⁴.

Ora, na primeira situação, estamos perante uma reparação/restauração/reposição natural ou *in natura*, ou ainda, indemnização em *forma específica*. Na segunda, por outro lado, estamos diante uma indemnização pelo equivalente ou em dinheiro²⁵. Em qualquer caso, existindo as duas situações, podemos confirmar que a obrigação de indemnização é um género que contem duas espécies.

²³ PAULO MOTA PINTO, *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, págs. 219 e 220; MANUEL GOMES DA SILVA, *O Dever de Prestar e o Dever de Indemnizar*, Vol I., Lisboa, 1944, págs. 242 e 243; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, p. 419, e *Direito das Obrigações*, Vol. II, 1ª edição (reimpressão), Lisboa, Coimbra Editora, 1986, págs. 276 e 277; MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Direito Civil – Responsabilidade Civil. O método do caso*, Almedina, Coimbra, 2006, pág. 64; INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações*, 7ª edição (reimpressão), Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 418; ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil*, Almedina, Coimbra, 2003, pág. 63; JOSÉ MATOS ANTUNES VARELA, «Rasgos Inovadores do Código Civil Português de 1966 em Matéria de Responsabilidade Civil», in Separata do Vol. XLVIII 1972 do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, págs. 18 e 19, e Das Obrigações em Geral, Vol. I, 10ª edição (revista e atualizada), Almedina, 2015, pág. 542; MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, p. 521; Mafalda Miranda Barbosa, Reflexões em Torno da Responsabilidade Civil: Teleologia e Teleonomologia em Debate, in Separata do Boletim da Faculdade de Direito, Vol. LXXXI, págs. 514 e ss; «Direitos disponíveis e indisponíveis: repercussões em sede aquiliana» in *Revista Direito da Responsabilidade*, nº , p. 316 e *Lições de Responsabilidade Civil*, 1ª edição, Princípiã, Lisboa, 2017, pp. 43 e ss; HENRIQUE SOUSA ANTUNES, *Da Inclusão do Lucro Ilícito e de Efeitos Punitivos entre as Consequências da Responsabilidade Civil Extracontratual: a sua Legitimação pelo Dano*, 1ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, págs. 553 e 554; e MENEZES LEITÃO *op. cit.*, pp. 253 e 254.

²⁴ VAZ SERRA (1959) *op cit* p 127

²⁵ O termo «indemnização em dinheiro» pode ser impreciso uma vez que muitas das vezes a indemnização por reparação natural dá-se pelo pagamento do conserto por parte do lesante.

Sobre as duas espécies, VAZ SERRA afirmava que a reparação natural é «o mais perfeito meio de indemnizar»²⁶, por dois motivos: por a indemnização em dinheiro não garantir uma reparação perfeita do dano real e por a reparação natural, quando plena, fazer desaparecer o referido dano.

É interessante notar que a escolha entre uma espécie e outra também parece ter algum interesse para o Direito Penal. Efetivamente, tem vindo a ser discutida, quanto às consequências jurídicas do crime, a relevância da Reparação: dando mais destaque às vítimas concretas dos crimes, do que aos, normalmente mais tutelados, interesses da sociedade. Em Portugal, todavia, o Código Penal tem sido muito tímido, passo a expressão, a atribuir relevância a esta Reparação Penal. Sintomaticamente, há quem julgue ser necessária uma reforma legislativa, por forma a que os interesses das vítimas de crime sejam devidamente tutelados.²⁷

A influência do Dano Real na Obrigação de Indemnização

Numa sociedade que convive, desde o início da revolução industrial, com novas e cada vez mais complexas fontes de risco, é grande a tipologia dos danos que podem ser causados por um único facto. Ainda assim, os critérios mais clássicos são: dano patrimonial e não patrimonial (moral); dano pessoal e dano nas coisas (desde 2017, no animal de companhia); danos emergentes e lucros cessantes.

²⁶ VAZ SERRA (1959) *op cit.* p.131. No mesmo sentido BRANDÃO PROENÇA (2007) *op. Cit.* p.206. JOSÉ GONZÁLEZ, *op et loc cit* escreve, que tendo ambas as espécies a mesma finalidade, isto é, de “reposição da situação do lesado no estado nato mais próximo que for exequível daquele que existiria antes de o dano ter acontecido”, mas a indemnização em dinheiro “surge a título sucedâneo cumpri-lo-á (o fim), em geral, menos satisfatoriamente”. Já ANTUNES VARELA (1972) *op cit*, considera que “Chamando o aditivo e o diminuidor à data mais recente a que o tribunal poder atender, dá-se ao cálculo da indemnização a actualidade necessária para que ela garanta a cobertura *integral* do dano.” p.104.

²⁷ Por todos NÍDIA DE JESUS ANDRADE MOREIRA, *A importância da reparação do dano para o Direito Penal*, Dissertação de Mestrado, 2019 . A autora escreve sobre a existência de dois “modelos” doutrinários sobre a Reparação Penal, um dito minimalista, onde de Penal, a reparação só leva o nome, somente porque deriva de um crime, e um modelo dito autonomista, que proclama a reparação como uma verdadeira consequência jurídica do crime e que deve permitir ao direito penal adotar elementos restaurativos, sem nunca prescindir da sua finalidade preventiva. Transcrevemos um excerto desta obra que nos parece bem expressivo: “Assim, haverá casos em que não há um acordo, mas o juiz considera que este constituirá um mecanismo pedagógico, pelo que determina uma consequência restauradora. Pense-se no caso de alguém que vandaliza um muro, escrevendo ofensas contra a vítima – nesse caso, se o autor tiver algum poder económico, compensar-lhe-á, ainda que no seu pensamento moral, praticar o crime e até pagar uma multa, pelo que talvez se revele mais adequado e ressocializador determinar que o mesmo terá de pintar o muro, de modo a se deparar com as consequências da sua conduta.” P.29

No que à fixação da indemnização diz respeito²⁸, há que distinguir o dano real do dano de cálculo. Por conseguinte, dano real pode ser definido como “a perda *in natura* que o lesado sofreu, em consequência de certo facto, nos interesses - materiais, espirituais ou morais - que o direito violado ou a norma infringida visavam tutelar.”²⁹ Em contrapartida, dano de cálculo é a expressão do “dano real pela soma de dinheiro correspondente à *diminuição patrimonial* causada pela lesão...”³⁰ Desta forma, a reintegração em forma específica remove diretamente o dano real, ao passo que a indemnização pelo equivalente só indiretamente removerá o dano real, já que é somente a sua expressão monetária e não naturalística.

Haverá danos cuja verificação possa ser mais antijurídica do que outros? O dano na saúde, o dano biológico, ou mesmo a morte: é tão grave como o dano que se traduz numa amolgadela na porta de um automóvel? A mesma amolgadela: é tão grave como a destruição total do mesmo automóvel?

O que se quer aqui discutir é se faz sentido, considerando a evolução da técnica legislativa da responsabilidade objetiva desde 1966 - materializada no aumento gradual das exceções referidas no art. 483.º, nº2, nas diferentes redações do art. 508.º e nos inúmeros diplomas avulsos que regulam certos tipos de responsabilidade -, a tónica da responsabilidade civil estar na culpa do agente ao invés de estar no dano concreto sofrido pela vítima.

Será razoável permitir ao devedor de indemnização invocar a excessiva onerosidade da reparação natural, quando este crédito resulta da agressão ilícita de interesses pessoais (*máxime*, o dano na saúde), ou mesmo de danos de qualquer natureza, quando além de ilícita, foi também a conduta dolosa?

Imaginemos o seguinte caso: Abel e Caim, irmãos, herdaram do pai, cada um, um vaso da Grécia Antiga, com o valor de 1 000 000 €. Por não serem conhecidos no mundo mais exemplares que retratem aquele período histórico concreto, Caim, avarento, sabendo que com a destruição de um dos vasos quadruplicaria o valor do outro, e já após o processo de inventário, destrói o vaso de Abel, fundindo inclusive os cacos, para não restar hipótese de restauração. É justo o tribunal decidir que o vaso sobrevivente, agora propriedade de Caim, passe a pertencer a Abel? Respondendo afirmativamente, não obstante estes vasos

²⁸ ANTUNES VARELA (2001) *op. cit.*, p.600

²⁹ *Idem*, p.598

³⁰ *Idem*, p 600.

não poderem ser considerados coisas substituíveis, parece justa a decisão. E será excessivamente onerosa esta reparação *in natura*, uma vez que o vaso de Caim vale, ao tempo da decisão, 4 000 000€? Parece-nos que não, uma vez que esse valor nasceu precisamente do facto ilícito e doloso do lesante.

Os Princípios de Direito Europeu da Responsabilidade Civil parecem corroborar a ideia de que diferentes tipos de dano podem ter diferente tratamento. Com efeito, o art. 2:102³¹ deste projeto académico, sob a epígrafe “Interesses protegidos”, prevê que a extensão da tutela a dar ao dano concreto, dependerá do maior ou menor valor que o interesse lesado tem no ordenamento jurídico. Assim, prevê-se no n.º 2 que os interesses pessoais, tais como a vida e a integridade física ou psíquica merecem a maior das proteções, e os direitos reais, incluindo os direitos de propriedade intelectual, são dignos de uma *ampla protecção*, conforme o n.º 3. Por último, no fim da hierarquia, parecem estar os danos *puramente económicos*. De tal norma resulta igualmente a ideia de que são várias as circunstâncias que podem ser tomadas em conta para definir a tutela a conferir aos interesses lesados, servindo de exemplo a ponderação da existência de dolo (cfr. n.ºs 4 e 5), ideia à qual regressaremos mais adiante.³²

Quanto ao dano real, pode-se ainda questionar: pode o lesante opor-se à indemnização, provando a origem ilícita do interesse lesado? Consideremos dois exemplos: A causa um incêndio na casa de B, destruindo um laboratório de drogas e uma determinada quantia de estupefacientes; e, A destrói uma mala de B, que fora comprada na feira da ladra e era uma réplica de uma marca de prestígio, sendo impossível B desconhecer a contrafação. Em ambos os casos, poderá B intentar ação peticionando a restauração natural ou indemnização pelo equivalente?

³¹ “(1) A extensão da protecção de um interesse depende da sua natureza; quanto mais valioso e mais precisa a sua definição e notoriedade, mais ampla será a sua protecção.

(2) A vida, a integridade física ou psíquica, a dignidade humana e a liberdade gozam da protecção mais extensa.

(3) Aos direitos reais, incluindo os direitos sobre coisas incorpóreas, é concedida uma ampla protecção.

(4) Os interesses puramente económicos ou as relações contratuais poderão ter menor protecção. Nestes casos, deve tomar-se em consideração, especialmente, a proximidade entre o agente e a pessoa ameaçada, ou o facto de o agente estar consciente de que causará danos, apesar de os seus interesses deverem ser necessariamente considerados menos valiosos do que os do lesado.

(5) A extensão da protecção poderá também ser afectada pela natureza da responsabilidade, de forma a que um interesse possa ser mais extensamente protegido face a lesões intencionais do que em outros casos.

(6) Na determinação da extensão da protecção, devem também ser tomados em consideração os interesses do agente, especialmente na sua liberdade de acção e no exercício dos seus direitos, bem como o interesse público.”

³² Sobre este projeto ver CHRISTIAN VON BAR, *Non-Contractual Liability Arising out of Damage Caused to Another*, Sellier European Law Publishers, Londres, 2009

No primeiro caso, pensamos estar excluída toda a indemnização, porque o interesse lesado não é tutelado pelo Direito, ou seja, ninguém tem direito a deter um laboratório para a produção de droga, por muito que a compra de material laboratorial seja lícita. Já no caso da mala contrafeita, sendo impensável a reparação *in natura*, ainda pode ser indemnizado pelo equivalente, tendo em princípio por base o valor de substituição por uma mala semelhante de uma qualquer marca (vulgo, marca branca).

Sobre o caso especial dos danos ambientais, podemos afirmar que a indemnização se rege pelos mesmos princípios, não obstante as suas particularidades vertidas num regime jurídico próprio.³³

A indemnização em forma específica

A reparação natural pode ser satisfeita de muitas maneiras, ponto é que o lesado fique numa situação material semelhante àquela em que estaria, caso o dano não se tivesse verificado. Nos danos não patrimoniais, pretender-se-á que com a reintegração em forma específica o lesado fique numa situação espiritual mais próxima à que estaria na ausência do dano-evento, isto é, a recomposição do seu interesse ideal.

GRAÇA TRIGO³⁴ identifica seis formas possíveis para a reparação natural - (i) condenação a remover pessoalmente o dano causado na coisa; (ii) condenação a pagar a terceiro, que não o lesado, as despesas de reparação; (iii) condenação a entregar ao lesado, uma quantia pecuniária para que suporte este os custos da reparação, já efetuada; (iv) condenação a entregar ao lesado, uma quantia pecuniária para que suporte este os custos da reparação, a efetuar no futuro (v) condenação a entregar ao lesado uma coisa equivalente; (vi) condenação a entregar ao lesado uma quantia pecuniária para que este adquira uma coisa equivalente à coisa objeto do facto danoso - para logo dizer que as duas últimas não constituem verdadeiras *formas* de reparação natural, já que não passam no crivo, proposto pela mesma autora, de saber se com a condenação se pretende o aproveitamento da coisa devidamente reparada. A autora esclarece ainda, a propósito das

³³ HELOÍSA OLIVEIRA, «A restauração natural no novo Regime Jurídico de Responsabilidade Civil por Danos Ambientais» in *Cadernos o Direito*, n.º6, 2011.

³⁴ MARIA DA GRAÇA TRIGO «Excessiva Onerosidade da reconstituição natural (no domínio dos acidentes de viação)», in *Responsabilidade Civil Temas Especiais*, Universidade Católica Editora: Lisboa, 2015, p.42. É relevante fazer a ressalva, que tal como consta no título, a autora visa somente os acidentes automóveis, contudo julgamos que estas configurações que podem tomar a restituição natural se aplicam sempre que se trate de um dano material.

referidas formas possíveis, que a quinta, quando se trate de coisa fungível, corresponde a reparação natural.

Permanecendo na mesma ordem de ideias, a questão da fungibilidade das coisas objeto do dano é um tema que pode ser discutido, já que, como comprovamos, há quem condicione a restauração natural à fungibilidade do bem a reparar.

Ora, o art. 207º dita que são fungíveis as coisas que se determinam pelo seu género, qualidade e quantidade, quando constituam objeto de relações jurídicas. Exemplos correntes de coisas fungíveis são: o dinheiro, os géneros alimentícios, os objetos produzidos em massa e outros.

Porém, como escreveu MANUEL DE ANDRADE³⁵, a “fungibilidade ou não-fungibilidade não está escrita inapagavelmente nas coisas, não radica de modo inalterável em qualidades próprias delas. Anda conexas aos usos da vida ou à vontade das partes, nos negócios jurídicos constitutivos de cada relação concreta. Não se afere, pois, por um critério *naturalístico*, mas por um critério – digamos – económico ou social”.

Desta leitura pode concluir-se que esta característica das coisas é sobretudo direcionada para efeitos de caracterização da prestação de uma concreta relação obrigacional. Destarte, no que à indemnização em forma específica concerne, nos casos em que o dano se verifica em coisa corpóreas, é necessário saber se, tendo o bem sido destruído, ou sendo o seu conserto difícil ou inviável, a coisa danificada é substituível por outra (em tudo semelhante).

Este problema dificilmente se colocará em coisas novas e produzidas em série. Contudo, havemos de reconhecer que uma certa e determinada coisa, que até ao momento de aquisição era havida como perfeitamente substituível, há de perder a sua substituíbilidade com o uso. Consideremos o exemplo de um automóvel: quando adquirimos o modelo x da marca y do ano z, com 0 km, há um grande número de exemplares e, não obstante, é muito frequente os primeiros donos adquirirem certos extras que distinguem ainda mais aquele exemplar dos demais presentes no mercado. Aliás, vejamos que, após sair do *stand* automóvel, o veículo começará a apresentar marcas do uso, como seja o desgaste de peças, e principalmente do motor, que poderá ser maior ou menor consoante a qualidade da condução que lhe é dada. Dito isto, questionamos: Será

³⁵ MANUEL ANDRADE, (1966) *op cit.* P.253

admissível que, se este automóvel for completamente destruído, o responsável pelo dano tenha de entregar um exemplar idêntico ao lesado?³⁶

A propósito da terceira forma, a que denominamos *reclamação de despesas*, o tribunal da cassação italiano determinou que: «O pedido de indemnização pelos danos sofridos por veículo na sequência de sinistro, quando se trate do montante necessário à reparação do dano, deve ser considerado como pedido de indenização forma específica, com a consequente competência do juiz, nos termos do art. 2058º do Código Civil Italiano, parágrafo 2, não aceitá-lo e condenar a parte lesante a uma indenização pelo equivalente, ou seja, ao pagamento de uma soma igual à diferença no valor do bem antes e depois da lesão, quando o custo de reparação excede significativamente o valor de mercado do veículo.» (Cassação. 12 de outubro de 2010, processo 21012³⁷). Acontece assim, que sempre que o lesado, a expensas suas, decide reparar a coisa danificada, assume o risco de o tribunal vir a considerar essa reparação excessivamente onerosa.

Não podemos concordar com a exclusão das últimas formas enunciadas por GRAÇA TRIGO, uma vez que o aproveitamento da coisa danificada não pode ser pressuposto da possibilidade da reparação natural porque, se assim fosse, a reconstrução do muro ilicitamente derrubado, a entrega de uma coisa fungível igual à destruída - exemplos dados pelos mais variados autores, como VAZ SERRA, ALMEIDA COSTA, ANTUNES VARELA -, ficariam sem sentido. Parece-nos que a autora se fixa no verbo reparar, sinónimo de consertar, quando a lei utiliza reparar no sentido de repristinar uma situação, uma realidade de facto, que naturalmente inclui o conserto, mas também a entrega de uma coisa igual ou mesmo equivalente.³⁸ Também o STJ considerou a quinta forma acima referida idónea para reparação do dano, em decisão proferida a 31 de maio de 2016³⁹.

De facto, as formas de reparação suprarreferidas só servem quando se trata de reparar o dano-destruição-danificação de coisas corpóreas. Contudo, há outras tipologias de dano que podem ser naturalmente reintegrados, a título de exemplo, o dano da privação do uso da coisa fica naturalmente reparado se o responsável facultar ao lesado a fruição de um bem com características semelhantes. Em bom rigor, se for satisfeito

³⁶ JÚLIO VIEIRA GOMES « Custo das reparações, valor venal ou valor de substituição», in Cadernos de Direito Privado, nº 3, 2003, p.61

³⁷ Tradução nossa, consultável no link <https://www.giudicedipace.it/risarcimento-danni/116-corte-di-cassazione-n-21012-2010-risarcimento-danni-danno-estetico-12-10-2010.html>

³⁸ JULIO GOMES *op. cit.*, também mostra reservas em admitir a *restituição por equivalente*, como indemnização em forma específica, p. 56

³⁹ Ac. STJ de 31-05-2016

imediatamente, esse dano nem chega a existir. Entendemos, mesmo assim, que ainda é reparação natural, talvez *preventiva*. Nos danos na saúde, quer em pessoas, quer em animais, o facto do responsável assumir as despesas médicas decorrentes da lesão ou praticar o próprio lesante os atos médicos (caso seja médico ou médico-veterinário) constituem reparação *in natura*.

É preciso notar que existem danos que, pela sua natureza, são impossíveis de reparar *in natura*: são os casos da impossibilidade material (Cfr. 566.º n.º1). Um dano que claramente não é passível de restituição natural no atual estado da técnica da ciência médica é o dano da perda da vida, isto é, uma vez que a morte é por definição um estado irreversível, naturalmente, não poderemos fazer alguém reviver. Também haverá casos de danos em coisas totalmente insubstituíveis, sendo exemplo disso as obras de arte e que o dano seja tal, que não há como reparar, nem mesmo imperfeitamente.

Há também a impossibilidade jurídica que, em princípio, reveste uma de duas contingências. Ou estamos perante um bem que, ainda que seja substituível, não está disponível no mercado, nem tão-pouco o lesante possui um exemplar semelhante, tornando a reparação (conserto) impossível, já que o lesante não tem como obrigar alguém a vender. Ou, por outro lado, o dano verifica-se em objetos que estão sujeitos a regimes jurídicos específicos e, no momento, é ilegal repor a situação. Por exemplo, se o dano foi a destruição de um imóvel que era legal por força de um regime transitório, mas a reconstrução não está abrangida por esse mesmo regime, ou se A destrói um faqueiro de B e esse faqueiro tinha peças de marfim, hoje, fora do comércio jurídico.

Considerando estes casos, pode ser defensável uma concepção mais ampla do que a reparação *in natura*, por exemplo, considerar que ainda é reparação natural a entrega ao lesado de um imóvel nas proximidades com características semelhantes. Já, por outro lado, é indefensável pedir ao lesante que adquira no mercado negro um faqueiro semelhante.

Contudo, pensar nesta hipótese nos animais de companhia, deixou-nos a seguinte questão: tendo em conta que os animais ainda são objetos de direito (i.e, não são sujeitos de direito) poderá entender-se como reparação natural a compra de um animal semelhante ao falecido em consequência da lesão? Nada parece obstar, acrescentando ainda que nem por isso cessaria o direito do lesado de ser indemnizado dos danos não patrimoniais que sofreu, nos termos do art. 493º-A, n.º3, pois o dano que é reparado com a entrega de um animal semelhante é a perda de propriedade sobre o animal, entendidos como objetos de

direito. Questão diferente é a de saber se nestes casos há primazia da reparação natural, ou seja, se pode o devedor impor esta forma de reparação ao lesado?

Todavia a indemnização, prevista desde 2017, já podia ser arbitrada nos termos gerais do art. 496º, simplesmente aqui, o legislador estabeleceu para estes casos um dano não patrimonial normativo, uma presunção de que existirão sempre danos não patrimoniais graves e que por isso merecem tutela do direito. Se foi isso que o legislador pretendeu, não nos parece que seja esta a melhor solução, porque parecem agora mais tutelados os animais que as próprias pessoas. Basta imaginar o caso em que A, pai de B, que foi atropelado, sofre um desgosto grande pelo estado em que o filho ficou: que antes era plenamente saudável e agora é inválido. Não tendo B falecido, não é certo que os tribunais lhe reconheçam um direito a ser compensado por danos não patrimoniais.⁴⁰

No domínio de certos tipos de dano, pode constituir também reparação natural a destruição de objetos que violem direitos de propriedade industrial ou, pelo menos, a remoção da marca ilicitamente aposta num produto. Na questão da apreensão de material contrafeito, se a solução que resultar das regras da restauração natural for a destruição, não será de qualificar essa eliminação *antieconómica* uma vez que esse material, muita das vezes roupa e calçado, pode ser útil para instituições sócio caritativas? Sendo o benefício para o lesado mínimo (uma vez que doado a essas instituições em princípio estaria fora do comércio) e a perda para a sociedade sensível: será defensável que o tribunal conceda apenas indemnização em dinheiro e exproprie os lesantes do material contrafeito? Ou seja, não se questionando da excessiva onerosidade para o lesante, podemos ainda indagar se a reparação *in natura* pode ser desproporcional para o interesse da sociedade em geral ou de alguns terceiros?

Também deve ser de admitir a retratação no caso de danos ditos morais, por exemplo, o pedido de desculpa (satisfação moral) e a publicitação da sentença condenatória por injúria, calúnia ou difamação.⁴¹ O art. 496º só admite a compensação (pecuniária) dos danos não patrimoniais que tenham uma suficiente gravidade. Mas

⁴⁰ Há, todavia, jurisprudência que concedeu a compensação para lesados indiretos, mesmo não havendo a morte, como são os casos do acórdão uniformizador de 16/01/2014 e o acórdão da TRL de 26/01/2017. Como bem se notará da leitura destes acórdãos, a questão destes lesados indiretos não é líquida, tanto que alguns juízes a admitiram porque consideraram estes familiares lesados diretamente, outros, recorrendo a uma interpretação atualista.

⁴¹ BRANDÃO PROENÇA (2007) *op. cit.* p.207. O professor dá ainda o exemplo do pedido de remoção de uma fotografia ofensiva da sua honra ou decoro, hipótese esta que tem hoje, mais do que em 2007 muito relevo, no âmbito das redes sociais e da comum publicação de fotografias sem o consentimento dos retratados, que pode muitas vezes trazer consequências sociais.

parece-nos razoável interpretar à contraio, por forma a que reparação *in natura* de danos não patrimoniais exija uma gravidade menor. O art. 494º mostra a sua face sancionatória plena quando, conjugado com o art. 496º, obriga um agente a pagar um *quantum* determinado pela equidade e atendendo *ao grau da culpa*, mas esse valor não traduz uma perda patrimonial do lesado, mas antes serve para atenuar desgostos, sofrimentos, tristezas, isto é, estados de espírito, realidades imateriais, que o lesante causou. Assim, muitas vezes, a ponderação da culpa, nos danos não patrimoniais, leva à inadmissibilidade do seu ressarcimento, por conta da conduta pouco culposa do lesante. Nestes casos, parece-nos que a reparação natural seria algo que poderia restaurar a paz, isto é, fazer desvanecer aqueles estados de espírito menos salutares. Em todo o caso, defendemos que sempre que houver condenação de indemnizar danos não patrimoniais, pelo menos quando quem responde é o próprio lesante (não os seus herdeiros ou garantes), o tribunal deve condenar na reparação natural possível.

Um dano não patrimonial comum é a tristeza profunda, que pode resultar de uma agressão ilícita. Em princípio estes danos não são indemnizáveis com base na teoria da diferença, aplicando-se as regras do art. 494.º *ex vi* 496.º para se atribuir uma *compensação*. Porém, não raras vezes, e hoje talvez mais do que em 1966, as pessoas traumatizadas recorrem à consulta psicológica por forma a atenuar os efeitos do trauma na vida quotidiana, pelo que obrigar o lesante a suportar essas despesas só pode ter como base a *reparação natural* e nunca a indemnização pelo equivalente, já que esse dano não tem precisamente uma medida *equivalente* pecuniária. Só podemos então, logicamente, imputar essas despesas ao lesante com base na reconstituição natural, isto é, sempre que acontece a *patrimonialização* de danos morais⁴², a indemnização é fixada recorrendo à indemnização por reparação natural, porque não há um equivalente.

A indemnização *in natura* dos danos não patrimoniais tem também a virtude de obstar ao problema que durante muito tempo foi historicamente a principal causa da recusa de indemnização para estes danos: não gera um enriquecimento do lesado, não há um pagamento pelo sofrimento infligido.⁴³Obsta igualmente ao *paradoxo* do “*por favor ofenda-me*”, isto é, tornando-se prática corrente a indemnização em forma específica para danos morais, as vítimas que fingem sofrer mais do que aquilo que realmente sofrem, não

⁴² JOÃO PIRES DA ROSA, «Dano não patrimonial – quantificação», in *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, n.º 24, 2013

⁴³ VAZ SERRA, «Reparação do dano não patrimonial», in *BMJ*, n.º 83, 1959, p.70

recorriam tanto aos tribunais, visto que não receberiam dinheiro, mas sim prestações que não lhes interessariam, como por exemplo, consultas de psicoterapia.⁴⁴

Nestes casos, em que o dano real é uma afetação da integridade da pessoa, não parece ser de admitir a exceção da excessiva onerosidade, porque não há como indemnizar pelo equivalente, tornando impossível a comparação entre as espécies de indemnização.

No caso danos ambientais a ser reparados *in natura* há duas vias: a *restauração ecológica* e a *compensação ecológica*, sendo que a primeira se dá pela reposição dos elementos naturais concretamente atingidos e a segunda por uma reposição de elementos que exercem no ecossistema uma função similar.⁴⁵

O princípio da *reparação integral* é sacrificado cada vez que é arbitrada uma indemnização pelo equivalente porque, como já foi referido, é a reparação natural que é a forma mais perfeita de indemnizar. No caso da insuficiência, como já dissemos, o que poder ser satisfeito com reparação *in natura*, deve ser satisfeito dessa forma e os restantes danos serão indemnizados em dinheiro⁴⁶. Quanto à impossibilidade, esta deve ser entendida como impossibilidade material ou jurídica⁴⁷. Tanto a impossibilidade quanto a insuficiência podem não obstar à reparação *in natura* para todo o dano causado, ou seja, pode acontecer que a reparação seja só parcialmente impossível ou insuficiente, devendo tudo o que for possível e suficiente ser prestado nesta forma e o dano que ficar por reparar ser indemnizado pelo equivalente⁴⁸. Haverá casos em que a reparação *in natura* importará uma diminuição do valor da coisa, geralmente, são os casos em que há um conserto, ou a substituição por outra coisa usada que nunca será totalmente equivalente, o que gerará, portanto, um dano. Este dano, tem sido denominado dano da perda de valor (desvalorização) e tem merecido pouca atenção da doutrina e jurisprudência.⁴⁹

⁴⁴ BRUNO CÂMARA CARRÁ e CÍCERO BISNETO, «A reparação in natura e os danos extrapatrimoniais ou de como transformar uma ideia romântica em realidade» in *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 24, 2020 p.171

⁴⁵ HELOÍSA OLIVEIRA *op. Cit.* P.119

⁴⁶ ANA PRATA, *Código Civil Comentado*, Almedina, Coimbra, 2019, p. 763, e também VAZ SERRA (1959) *op cit* p.150 e MENEZES LEITÃO *op cit.* 397

⁴⁷ JOSÉ ALBERTO R.L GONZÁLEZ, *op. Cit.* p.62.

⁴⁸ MAITA MARÍA NAVEIRA ZARRAP, *El resarcimiento del dano en la responsabilidad civil extracontractual*, Universidade da Coruña, Corunha, 2004, p. 229 “Se observa, así, que la insuficiencia o imposibilidad parcial de la reparación en forma específica no constituye una verdadera excepción a esa forma de repazación, porque no la excluye necesariamente. Por el contrario, se configura simplemente como una limitación a su plena operatividad resarcitoria en ciertos ámbitos, que puede ser suplida o complementada, no obstante, con el recurso al resarcimiento pecuniario.”

⁴⁹ Ver, todavia, MAFALDA MIRANDA BARBOSA, «Perda de valor (desvalorização) de um bem e responsabilidade civil» in *Revista Direito Civil*, nº6, Almedina, Coimbra, 2017

A excessiva onerosidade é uma exceção em duplo sentido, isto é, é uma exceção perentória (porque obsta ao direito à reparação natural) e é também uma norma excecional e que por isso devemos ter cautela na sua aplicação, sendo expressamente proibida integração analógica (cfr. Art.º11).⁵⁰

Esta exceção visa uma ideia de Justiça, desde logo manifestada no princípio da boa-fé e sobretudo de proporcionalidade, funcionando como válvula de escape, e por isso não podia o legislador deixar de optar por um conceito indeterminado. Sem prejuízo da sua indeterminabilidade, cumpre nesta dissertação tentar esboçar um conjunto de critérios, de aplicação jurisprudencial, para dar uma maior fixidez ao termo *excessiva onerosidade*.

A indemnização pelo equivalente

A indemnização pelo equivalente é sempre prestada em dinheiro, como principia o art. 566.º n.º1, quando não haja de haver indemnização em forma específica. Terminologicamente, preferimos o termo “equivalente” por dois motivos: porque, como se refere o n.º 2 do art. 566.º, esta indemnização tem como medida a diferença entre o património atual do lesado, na data do arbitramento, e o património que teria caso não fosse o dano; e porque a indemnização em forma específica também pode ser prestada em dinheiro. Esta diferença corresponde ao chamado *dano de cálculo*. Ambas as espécies da obrigação de indemnização podem ser satisfeitas mediante o pagamento de uma certa quantia em dinheiro, só que, para um mesmo dano, o montante da indemnização pode ser diferente caso seja calculada em função do dano real ou do dano de cálculo.

Naturalmente, como já dissemos, o que o sistema jurídico prefere é remover o dano real, segundo o princípio da primazia da restauração natural. Uma primeira razão para que o montante não coincida entre as duas espécies, é que à reconstituição natural se permite que ela ultrapasse o valor do dano (de cálculo), contanto que não seja *excessivamente onerosa*, ao passo que na indemnização pelo equivalente, segundo a teoria da diferença, a indemnização terá que corresponder exatamente ao valor do dano. É nesta correspondência exata que o lesado fica a maior parte das vezes prejudicado, pois,

⁵⁰JOSÉ GONZÁLEZ – *op.cit*, p.62. O autor esclarece que “Para prevenir excessos que tantas vezes a prática tem demonstrado, deve entender-se que o funcionamento desta exceção não pode encontrar-se apenas dependente de um confronto de utilidade e desutilidade. Já LUÍS MENEZES LEITÃO, *op cit* defende que “esta previsão deve ser interpretada restritivamente sob pena de se pôr em causa o direito do lesado a dispor do seu próprio património.” p.397

muitas vezes, com o valor desta indemnização não conseguirá obter no mercado um bem equivalente se o *quantum* corresponder ao valor venal (entendido como o valor que obteria com a venda no momento imediatamente antecedente ao dano) e não ao valor de substituição.

Portanto, se a indemnização pelo equivalente corresponder ao valor de substituição (valor que permita a aquisição no mercado de coisa semelhante), ainda estamos perante uma indemnização que permite ao lesado ver o dano real completamente erradicado da sua esfera, isto é, fica totalmente *indemne*. Estes conceitos de valor venal e valor de substituição só se podem aplicar aos danos patrimoniais, que consubstanciam na perda ou deterioração de uma coisa corpórea, nos demais danos patrimoniais a indemnização pelo equivalente terá que necessariamente ser feita pela diferença entre o património do lesado atualmente e a situação patrimonial hipotética sem o dano.

Se há a primazia da indemnização por via da reconstituição natural, pode o lesado exigir ao responsável a indemnização por equivalente mesmo quando a reparação *in natura* é possível e idónea? Podem ocorrer situações em que o lesado sofre um dano e não tem interesse em reparar, como pode ser o caso de o lesado ter resolvido vender a coisa danificada ou estar em vias de reformar a coisa⁵¹. Nestes dois exemplos, não se pode dizer que o facto do lesante não causou dano, porque o lesado não tem interesse na integridade da coisa. No caso da venda, tem todo o interesse em que a coisa valorize. E, quando pensava em reformar, o lesado não queria certamente a coisa danificada, mas também não tem interesse algum em que se repristine a situação anterior ao evento, pois o seu interesse agora é outro. A solução nestes casos parece ser uma indemnização pelo equivalente, calculada não segundo o preço de substituição, mas pelo valor venal, visto que o interesse já não é a reparação.

A excessiva onerosidade da reparação natural

Após se ter tornado claro que, muitas vezes, é possível a reparação natural, sempre poderá obstar a excessiva onerosidade. Uma vez mais, cumpre lembrar que se trata de

⁵¹ Excerto do acórdão do STJ de 07-03-2017 “parece excessivo impor ao lesado o ónus de reparar o bem para que haja lugar à indemnização pela perda de valor patrimonial do bem lesado. Podem existir, no caso concreto, múltiplas razões para que o lesado opte pela não reparação do bem: no caso dos autos, por exemplo, ignora-se se a viúva do sinistrado tinha habilitação legal para conduzir o motociclo; e, de qualquer modo, a morte do marido, sendo certo que se traduziu em uma significativa perda de rendimento para o seu agregado familiar, pode ter acarretado dificuldades de liquidez e a necessidade de fazer face a despesas bem mais urgentes, tanto mais que não se provou no presente processo que o Segurador agora Recorrido se tenha prontificado em tempo útil a fazer tal reparação ou a custeá-la.”

uma exceção perentória de direito material, visto que obsta ao direito do lesado de ser integralmente reparado, isto é, para quem entende que só há uma reparação integral quando se remove o dano real e não o dano de cálculo.

Será o conceito de excessiva onerosidade um conceito de carácter objetivo ou será antes de carácter subjetivo? O que questionamos é se, para aferir a existência ou não de excessiva onerosidade, deverão ser tidos em conta a situação económica do responsável ou mesmo a situação económica do lesado, numa ótica semelhante à do art. 494.º. Estas questões também se colocam ou colocaram no âmbito do art. 2058º do código civil italiano, norma inspiradora do art. 566º, n. 1.⁵²

Deste modo, para se concluir que se está perante um caso em que reparação natural é excessivamente onerosa parece ser necessário saber quanto importa ao lesante a reparação natural e qual seria o montante de uma eventual indemnização pelo equivalente. É certo que a indemnização pelo equivalente é um sucedâneo da indemnização pela restauração *in natura*, mas acontece que, para dizer que tal reparação é excessivamente onerosa, temos que necessariamente comparar⁵³ com algo. Exige-se então, para que haja excessiva onerosidade, que se conclua de tal comparação que a restauração é ostensivamente mais onerosa, não bastando uma maior onerosidade *tout court*⁵⁴.

A *ratio* desta exceção é a necessidade de um desejável equilíbrio entre os interesses do credor e devedor da indemnização, por forma a que este não possa ser forçado por aquele, pedindo a reconstituição *in natura*, a suportar um custo que implica um excessivo sacrifício, que não se afigura estritamente necessário para reparar o dano causado⁵⁵.

⁵² ANDREA MONTANARI *op. Cit.*, p. 519

⁵³ No mesmo sentido, D'ADDA, *Il risarcimento in forma specifica oggetto e funzioni*, Padova, 2002, p. 138 “Infatti l'avverbio eccessivamente è avverbio di relazione, che indica un'eccedenza rispetto ad una misura normale o giusta: in altre parole, utilizzando quest'avverbio il legislatore postula una comparazione tra onerosità della riparazione del danno per equivalente. Sin qui la prima descrizione della norma e dei termini dell'alternativa tra riparazione in natura e riparazione per equivalente così come posti dall'art. 2058 cc.. Ma se si osserva, proseguendo nell'esegesi, che il campo semantico dell'aggettivo «eccessivo» non si limita a ricomprendere l'idea di eccedenza di una data misura ma richiama l'idea di esagerazione, esorbitanza, dismisura, risulta chiaro che il risarcimento in forma specifica non potrà essere concesso qualora, all'esito di una tale comparazione, risulti esageratamente oneroso rispetto alla riparazione per equivalente”.

⁵⁴ CIAN, Giorgio e TRABUCCHI, Alberto, *Commentario breve al Codice Civile*, 9ª ed., Padova, CEDAM, 2009. P.874 “Non è sufficiente, però, una maggiore onerosità, anche minima, rispetto al risarcimento per equivalente, ma occorre che la sproporzione di costi tra i due rimedi sia «eccessivamente onerosa»”

⁵⁵ MAITA MARÍA NAVEIRA ZARRAP, *op. cit.*, p. 224. A autora suporta a esta conclusão nos entendimentos dos professores VAZ SERRA e SCOGNAMIGLIO

Nesta hipótese mais genérica, estamos a referir-nos a danos em coisas, e por isso, o valor da indemnização pelo equivalente, por força do princípio da reparação integral, é o apurado segundo a teoria da diferença (cf. Art. 566.º, n.º2), que redundará em saber qual o *valor de substituição*, que é o valor pelo qual o lesado poderá adquirir um bem igual (se perfeitamente substituível) ou semelhante (se for impossível a aquisição de um bem no mesmíssimo estado).

Assim, imaginemos que A danifica o violino de B. A reparação, segundo um orçamento pedido na loja onde o pai de B o adquiriu há 20 anos, ficará pelos 4800€. Um violino igual ao danificado, do mesmo modelo (descontinuado) e de idade muito parecida, custa pelo menos 4000€. Não existe aqui excessiva onerosidade. Mas, por outro lado, imaginemos que o violino era um modelo único, ou terá sido tocado pela maior violinista do século XX, e que a sua reparação importa um valor de 10000€. Neste caso, atentas estas especiais circunstâncias, que incrementam o valor do bem, também se poderá, com prudência, dizer que não há excessiva onerosidade. Daqui se conclui que, ao valor de substituição, que deve ser o primeiro padrão para aferir a excessiva onerosidade, se hão de somar outros, como o valor estimativo (necessariamente calculado pela equidade), bem como o da depreciação de uma coleção, o que tinha aquele objeto por ser uma coisa adaptada às concretas necessidades do lesado (por exemplo, um veículo adaptado às necessidades especiais do lesado), ou até o valor pelo qual o lesado, comprovadamente, conseguiria vender num futuro próximo (um automóvel usado, que se prevê chegar à categoria de clássico). Podemos designar todas estas importâncias como o *valor de uso*, valor que o interesse atingido tem para o concreto lesado. Um dano estético mínimo pode ter um maior impacto para uma pessoa que é modelo do que para uma outra qualquer pessoa; um automóvel tem um valor acrescido se o lesado o usa para a sua profissão, por exemplo um taxista, do que para uma pessoa que o utiliza para as suas deslocações diárias e, mais ainda, para uma pessoa que só o utiliza para passear ao fim-de-semana.

Quando há dolo (direto, indireto ou eventual) entendemos que esta exceção não pode funcionar, uma vez que tal comportamento seria totalmente abusivo e antijurídico⁵⁶. Convém vermos o direito à reparação integral dos danos, como um direito fundamental,

⁵⁶ FRANCISCO PEREIRA COELHO, *Direito das Obrigações*, Coimbra Editora, Coimbra, 1967, p. 122 e CARLOS MOTA PINTO, *op. cit.* P. 116

que deve ser protegido como tal⁵⁷, pelo que restrições a este direito só são admissíveis para proteger outros direitos igualmente fundamentais.

Igualmente, a favor de uma ponderação atenta a elementos subjetivos, MENEZES LEITÃO⁵⁸, defende que para existir excessiva onerosidade são necessárias duas circunstâncias: que a restauração natural se apresente como um sacrifício manifestamente desproporcionado para o lesante e, ainda, que se deva considerar abusiva, por contrária à boa fé.

Elementos subjetivos do lesante e do lesado

A aplicação do art. 494.º a um caso concreto obsta a que a indemnização pelo equivalente seja deferida no montante integral dos danos sofridos, pelo que é uma norma excecional, resquício de uma função sancionatória da responsabilidade civil, que permite ao julgador dar um tratamento mais favorável ao lesante negligente, que não poderá dar ao lesante que age com dolo ou culpa grave.⁵⁹

Há que ter em atenção, sempre que se recorre à aplicação do art. 494.º, que pode haver uma dupla penalização do lesado, ou seja, para lá de não ter a reparação natural, também não terá uma indemnização pelo equivalente total, uma vez que a mesma é reduzida segundo juízos de equidade. Devem, por esta razão, os tribunais atender a esta circunstância, sobretudo quando o lesado em nada contribuiu para o dano ou para o seu agravamento.

O art. 566.º não remete para o art. 494.º e também não autoriza um juízo de equidade, o que aparenta apontar para que a excessiva onerosidade seja um conceito objetivo, uma excessiva onerosidade por si mesma, que se há de medir em princípio por critérios como o custo da reparação natural e o custo de uma eventual indemnização pelo equivalente.

Tornando ao art. 494.º, pode ser questionável se o mesmo se aplica a ambas as espécies de indemnização ou se, por outro lado, só se pode *reduzir* a indemnização pelo equivalente. A princípio pode parecer inusitada uma hipótese em que a obrigação de

⁵⁷JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA – *Constituição da República portuguesa Anotada*, Vol. I. Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 318, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Almedina, Coimbra, 5ª ed, 2016, p. 83

⁵⁸ MENEZES LEITÃO, *op cit.*, p.398

⁵⁹ Sobre a problemática do artigo 494º ver MAFALDA MIRANDA BARBOSA. «Reflexões em torno do artigo 494º» in *Revista de Direito da Responsabilidade*, Ano 2, 2020. Pp 820 e seguintes

indemnizar em forma específica possa ser reduzida, mas vislumbre-se a seguinte situação: A causa um dano a B e esse dano é passível de ser removido por meio da restauração natural de múltiplas formas. A agiu com culpa levíssima e está numa situação económica difícil. Das várias formas de reparar, naturalmente, há uma que não repara integralmente o dano, mas permite a B fruir novamente o seu interesse lesado. Esta forma é muito menos onerosa para B do que todas as outras, sendo inclusive menos custosa do que a indemnização pelo equivalente que se atribuiria segundo a teoria da diferença. Neste caso, pode o tribunal decidir que A satisfaça B, procedendo dessa forma menos perfeita, ficando ainda algum dano na esfera de B? Não parece haver um prejuízo diferente para os princípios da responsabilidade civil daquele que ocorre quando se reduz uma indemnização pelo equivalente, ou seja, não haverá reparação integral tendo em conta a pouca culpa do lesante, a sua situação económica e as demais circunstâncias do caso concreto.

Também pode ser relevante o facto de existir do lado do lesante um seguro de responsabilidade civil. Estes seguros, sobretudo os obrigatórios, são instituídos no sentido de assegurar aos lesados uma efetiva indemnização e, assim sendo, também devem assegurar a indemnização por via da restituição natural, pois é esta a que melhor satisfaz o seu interesse. De facto, muitas normas parecem fazer referência ao *pagamento* da indemnização, quando este termo parece referir-se somente à indemnização satisfeita em dinheiro. Talvez até seja verdade que muitas vezes a reparação natural se dá pelo pagamento do conserto, todavia, como já se demonstrou, há outras formas de reparar (naturalmente) o dano.

Sendo possível uma indemnização por reparação natural, e estando do outro lado uma companhia de seguros, poderá dizer-se que dificilmente esta será excessivamente onerosa, já que em princípio terá um grande património? O segurador responde se, e na medida, em que o civilmente responsável (lesante) responde. Se para um qualquer lesante dizemos que não deve ser relevante a sua situação financeira, parece-nos lógico dizer que também não é relevante que o responsável seja uma seguradora. Uma certa corrente jurisprudencial que afirma que as seguradoras têm um imenso património, e que por isso não lhes era lícito invocar a excessiva onerosidade. Mas a questão que colocamos é a seguinte: qual é o parâmetro que mede o excesso? É que, considerando que *excessiva onerosidade* é um conceito indeterminado, podemos questionar para quem, e em relação a o quê, é que a reparação é excessivamente onerosa. A resposta mais certa parece apontar

para o(s) pagador(es), já que são estes os devedores da indemnização. Se é um conceito puramente objetivo, não faz qualquer sentido haver distinção entre quem surge a responder e, assim, em princípio, tanto é excessivamente oneroso para um qualquer particular, como para o Estado, como para uma grande empresa ou mesmo para um Fundo de Garantia ou empresa de Seguros.

Como acabamos de expor, parece que a situação económica do lesante não deve ser o elemento principal de aferição, nem sequer a comparação da situação económica do lesante e do lesado, sob pena de a norma do art. 566º, n.º 1 ser absolutamente paralela à do art. 494º⁶⁰. Nada parece apontar para esse paralelismo. Se assim fosse, o padrão para aferir da excessiva onerosidade já não seria tanto objetivo, mas antes somente subjetivo, porque resultaria exclusivamente da situação económica do lesante e da sua comparação com a do lesado. Assim, parece-nos de suma importância descobrir qual a *ratio legis* do art. 566º n.º 1.

Diz-nos o professor BAPTISTA MACHADO, que o trabalho do jurista na indagação do Direito constituído “é revelar em todos os seus aspectos e implicações o *sentido* da orientação do ordenamento” de onde resulta que “o problema a resolver pela ciência jurídica é fundamentalmente um problema “hermenêutico” de *explicitação* e *aplicação* da decisão normativa...”⁶¹. O que pensamos é que, a norma em questão, procura a elementar Justiça: uma solução equilibrada e proporcional. Toda a proporcionalidade é relativa a algo e, neste caso, parece ser relativa à indemnização por equivalente. Ou, melhor, que o legislador admite que a reparação não há de ser integral (*in natura*) quando, sendo possível, é demasiadamente e manifestamente desproporcional face ao seu sucedâneo: a reparação por equivalente. A Lei admite então que a reparação integral não é justa se é manifestamente desproporcional e, por assim ser, questionamos: Há nestas situações uma inversão valorativa dos princípios? Ou seja, vale em geral nesta sede um princípio da proteção do lesado, ou no nosso sistema de responsabilidade civil prevalece um equilíbrio entre os interesses do lesado e do lesante? Esta norma favorece o lesante, desonerando-o de prestar uma indemnização integral (porque não tem de

⁶⁰ MAITA MARÍA NAVEIRA ZARRAP, *op cit*, defende que não devemos ter em conta a situação do lesado, mesmo quando avaliamos o dano em concreto, pois poderíamos por em causa o princípio da reparação integral, p.175

⁶¹ JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, 21ª reimpressão, Almedina, Coimbra, 2014, p. 257

indemnizar sob a forma restauração natural). No entanto BRANDÃO PROENÇA⁶² defende que “o modelo (da responsabilidade civil) assenta tipicamente na relação entre um lesante e um lesado, num jogo de equilíbrios sem uma tendência *pro damnato* ou *pro damnans*...”

Note-se, contudo, que no art. 566º não há referência ao grau da culpa, tónica principal do art. 494º, e, por isso, uma vez mais, parece-nos que este conceito há de ser um conceito talvez predominantemente objetivo. De facto, o art. 494.º como afirmava ANTUNES VARELA⁶³ “reflecte em termos bastantes expressivos a função sancionatória ou punitiva, que acessoriamente é exercida pela responsabilidade civil” ao passo que o art. 566.º não aponta para essa solução, sendo o grau de culpa irrelevante para efeitos desta norma. Repare-se que o art. 494.º, tem como parâmetro central (para a *redução* a operar) a equidade, todavia, o art. 566.º, n. º1 não faz qualquer alusão à equidade. E, portanto, uma vez que a equidade implica afastamento de um juízo segundo o direito estrito, o recurso à equidade, como pressuposto e parâmetro, tem carácter excecional. Juízos de equidade implicam que o juiz encontre o equilíbrio entre a segurança e a justiça, respeitando o direito constituído, aplicando-o com um sentido humano, com a consciência do que o caso *sub judice* tem de único e irrepetível⁶⁴. De facto, a própria lei só admite a sua utilização como critério de decisão nos casos estabelecidos de modo expreso (cfr. Art. 4.º). Admitimos assim juízos de equidade com parcimónia no que toca à reparação natural e à sua excessiva onerosidade.

Será o fundamento da responsabilidade civil relevante para a questão de saber se há ou não excessiva onerosidade? Estarmos perante uma obrigação de indemnização que surge por prática de factos ilícitos difere para este efeito de uma obrigação de indemnização que nasce por virtude de responsabilidade objetiva? E, sendo objetiva, terá relevância o facto de existir ou não limites máximos? Na mesma senda da irrelevância da culpa para efeitos de aplicação do art. 566º, porque o mesmo parece apontar para um parâmetro objetivo, o fundamento responsabilizante também deve em princípio ser irrelevante por uma questão de coerência lógica do sistema. Com exceção para os casos de responsabilidade por factos lícitos em que a Lei manda ponderar todas as circunstâncias, e, nesses casos, talvez o parâmetro para aferir a excessiva onerosidade não

⁶² BRANDÃO PROENÇA, «A responsabilidade civil extracontratual nos 50 anos de vigência do Código Civil: um olhar à luz do direito», *Revista de Direito da Responsabilidade Civil*, ano I, 2019, p. 248

⁶³ ANTUNES VARELA (2001) *op. Cit.* p.913

⁶⁴ ANGEL LATORRE, *Introdução ao Direito*, Almedina, Coimbra, 1978, p. 119

será maioritariamente objetivo. Outra questão que parece ter de ser respondida é a de saber qual a relevância de, sendo responsabilidade objetiva, existir ou não tetos máximos? Se a reparação *in natura* ultrapassar o limite, ela será *ex lege* excessivamente onerosa? Ou, pelo contrário, até ao limite máximo a restauração natural nunca poderá ser havida como excessivamente onerosa? E, não havendo limites máximos, e sendo a parcela de danos a reparar avultadíssima, será o responsável obrigado a reparar cada um dos danos sem limite? Aplicam-se nestes casos os limites do 508.º? Parece-nos que a existência de limites máximos à responsabilidade objetiva, não será um problema para aferir da excessiva onerosidade. Ela deverá aferir-se nestes casos como se aferiria para outro caso qualquer. A questão é que se o valor que essa reparação natural tem no património de quem responde for superior ao limite máximo, então, nesse caso, o tribunal atenderá a essa circunstância e, para isso, terá uma de duas vias: ou interpreta o art. 566.º, n.º1 na parte em que se refere à impossibilidade, como também se referindo à impossibilidade jurídica de se imputar este dano integralmente ao responsável, e assim é preterida a reparação natural, indemniza-se pelo equivalente e lá se reduz até ao limite máximo. Ou, então, equaciona-se a possibilidade de reparar naturalmente, de forma não integral (menos perfeita), aplicando o art. 494º *ex vi* 499º. A solução a adotar deve ser sempre a que satisfaz o máximo possível o interesse do lesado.

Quando não existem limites máximos, não parece razoável a aplicação do art. 508.º, pois os montantes aí estabelecidos por remissão serão de todo em todo irrazoáveis para um responsável que não tenha seguro (se este não for obrigatório) e que assim poderá ter que responder sem culpa até ao mesmo limite previsto para casos onde está instituído um seguro obrigatório. Pensemos no seguinte exemplo: A conduz o seu velocípede pelas ruas da cidade e B, em razão da sua reduzida mobilidade, desloca-se na mesma cidade através de uma cadeira de rodas elétrica. Acontece que A se encontra na retaguarda de B e, tentando sem sucesso travar, por existir muita humidade no travão e este não ter sido devidamente acionado, A colide contra B e, em consequência da queda, B sofre vários traumatismos, acabando por sucumbir já no hospital. Se considerarmos os meios pelos quais A e B se deslocam veículos, parece-nos óbvio que A será responsabilizado nos termos dos art.s 503º e 506.º, mesmo não tendo qualquer culpa. O lógico agora seria dizer que está submetido aos limites máximos do art. 508.º? Não se nos afigura justo, já que o 508.º pressupõe a existência de um seguro obrigatório, que não existe para os velocípedes, no entanto, também parece demasiado exonerá-lo da responsabilidade objetiva

consagrada no art. 503º, n. º1, porque qualquer veículo (com ou sem motor) é uma fonte de incalculáveis riscos. Pensamos que a solução passa por obrigar todos os utilizadores de veículos a subscrever um seguro, ou, então, criar um novo número no 508.º para os casos em que não é obrigatório o seguro.

A excessiva onerosidade pode ser aferida também com algumas notas subjetivas. Daremos o seguinte exemplo: A atropela o cavalo, campeão em algumas provas, de B. A também cria cavalos e tem um campeão, porém nesse cavalo, que é em tudo semelhante ao de B, a sua filha ganhou importantes provas da sua carreira que agora começa. Não parece razoável condenar A a entregar o seu cavalo, já que, apesar de não ser um animal de companhia, tem um elevado valor estimativo e, não tendo havido dolo da parte de A, parece razoável podermos afirmar a existência de excessiva onerosidade, tendo em conta critérios subjetivos, sempre objetivamente ponderados⁶⁵.

Enriquecimento sem causa e a reparação natural

Pode a reparação natural gerar um enriquecimento sem causa por parte do lesado? Quando a reparação natural for feita pelo conserto da coisa, não haverá enriquecimento sem causa, porque o conserto servirá somente para repor a situação anterior ao facto lesivo e não qualquer outra situação. De igual forma, quando for feita por pagamento de despesas do conserto, também em princípio não será concebível existir enriquecimento sem causa, posto que o pagamento visa repor o lesado. Antes, o enriquecimento sem causa poderá existir quando o lesante paga uma coisa nova ao lesado que vale mais do que valeria a coisa danificada antes do facto lesivo. Em todo o caso, a existência de enriquecimento só se dá se a indemnização em forma específica for tida por excessivamente onerosa, mesmo quando há a substituição de um bem velho por um novo⁶⁶. Assim, quando no caso concreto se está a decidir qual a forma de reparação natural que se vai utilizar, devemos optar por aquela que é menos onerosa para o devedor

⁶⁵ No mesmo sentido, escreve o professor PESSOA JORGE in *Ensaio sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil*, Almedina, Coimbra, 1995, p.422 “Há, todavia, que entender em termos amplos a «excessiva onerosidade» da reposição natural para o lesante, tomando em consideração designadamente os legítimos interesses de ordem moral ou sentimental; assim, se o automobilista atropela um cão alheio, não pode ser forçado a entregar, como indemnização, um cão próprio que, embora de valor venal correspondente ao outro, tem para ele valor estimativo, objectivamente demonstrável.”

⁶⁶ No mesmo sentido, ANDREA MONTANARI in *op. Cit* diz que “La sostituzione del bene vecchio con il bene nuovo non costituisce, quindi, un caso di arricchimento ingiustificato, bensì una normale ipotesi di risarcimento in forma specifica la cui prestazione deve essere valutata alla luce del parametro dell'eccessiva onerosità ex art. 2058 c.c. Al contrario, la fattispecie dell'arricchimento ingiustificato ricorre con riguardo ai resti del bene distrutto, nell'esempio di cui sopra i cocci del vaso, dato che essi costituiscono un lucro che esorbita dalla prestazione del risarcimento in forma specifica”, apoiando a sua conclusão em RENATO SCOGNAMIGLIO, *Il risarcimento del danno in forma specifica* pp 244 e 245.

e que, concomitantemente, mais satisfaz o lesado. Em todos os casos, parece que também não há o requisito essencial deste instituto, que é a ausência de causa, uma vez que a causa de um eventual enriquecimento radica na obrigação de indemnizar.

Poderá ser de equacionar a aplicação do enriquecimento sem causa quando a reparação natural se dê pelo pagamento de uma quantia e esta não seja aplicada pelo lesado num prazo razoável na reparação, mas também, para que isto ocorra, é ainda necessário que esta quantia seja superior à indemnização calculada nos termos do 566.º, n.º2, i.e, da teoria da diferença. O lesado que não procede à reparação, age em abuso de direito, parecendo que o devedor tem direito à diferença entre o valor pago a título de reparação natural e o valor que teria uma indemnização pelo equivalente. Do mesmo modo, quando o valor da indemnização a título de reparação natural for igual ou inferior ao valor que teria uma indemnização pelo equivalente, o lesado pode utilizar livremente o valor recebido, não lhe podendo ser posteriormente pedida a diferença.

Nos casos em que a reparação natural se há de fazer por aquisição de uma coisa nova, o lesado terá que entregar o que resta da coisa substituída (salvado) ou pagar o seu preço. Quando for possível a substituição por outro bem usado, pode, havendo acordo entre as partes, ser adquirida coisa mais valiosa, por exemplo: A destrói o trator t de B. O trator t já era velho e não tinha a melhor manutenção. A pode indemnizar B, comprando um trator também ele já usado, mas que está em melhor estado do que estava o trator t, podendo ambos acordar que B restitui a A a diferença de valor dos tratores. Isto porque na indemnização em forma específica também vigora o princípio da equivalência (entre o dano e a indemnização), segundo o qual a indemnização deve corresponder ao dano. Não obstante, haverá casos em que o lesado não terá de compensar a majoração do seu património.⁶⁷

Excessivamente Onerosa para o lesado e para terceiros?

Até agora analisámos a excessiva onerosidade como exceção que pode ser invocada pelo devedor, mas poderá a reintegração por via da restauração natural ser excessivamente onerosa para o lesado? Já nos referimos à possibilidade do lesado não ter justificadamente interesse na reparação *in natura*, devendo obter uma indemnização pelo equivalente. Todavia, mesmo fora desses casos, pensamos que há situações em que o

⁶⁷ Sobre este ponto ver MAITA ZARRAP, *op. cit.*, p. 232 e VAZ SERRA (1959) *op. cit.*, pp 134 a 136 e KARL LARENZ, *op. cit.*, pp 233 e 234

responsável não pode impor a reparação ao lesado, por muito que esta seja menos onerosa do que a indemnização pelo equivalente. Tal caso será o do exemplo da morte de um animal de companhia, porque aí, muito embora se entregue um animal em tudo semelhante ao animal anterior, não se trata de mera coisa e, por isso, o lesado não terá de aceitar essa forma de indemnização, pois que entre o dono e o animal de companhia falecido havia uma ligação – afeto - que é tutelado pela lei (cfr. 493º-A, n.º3); o mesmo não acontecerá com um outro animal qualquer que não seja de companhia; poderá, no entanto, acontecer com animais que, não sendo de companhia, têm uma ligação especial com os seus donos, por exemplo, os cavalos utilizados na terapia de pessoas portadoras de deficiência. Também há casos em que a reintegração em forma específica, para ser feita, requer intervenção no corpo da pessoa lesada (uma operação cirúrgica) e, nestes casos, parece que esta forma de indemnizar não pode ser imposta ao lesado em nome da dignidade da pessoa humana. Igualmente parece ser possível ao lesado, ou aos seus herdeiros, recusarem a reparação de um veículo danificado em acidente do qual proveio a morte de um parente. O que nos leva a dizer que os tribunais casuisticamente podem impedir o responsável de querer prestar a indemnização em forma específica, tendo em conta legítimos interesses dos lesados.

Situação diferente será aquela em que o dano se trata por exemplo da destruição de um pomar. A reintegração em forma específica será em princípio a replantação, contudo o lesado razoavelmente virá dizer que esta indemnização não tem em conta a produção que as árvores maduras lhe davam, pretendendo antes uma indemnização em dinheiro pelo valor das árvores e pelo lucro cessante. Todavia, o que aqui acontece é a tal impossibilidade parcial da reparação natural, ou seja, é possível replantar o pomar, porém continuarão a existir lucros cessantes, até que as novas árvores atinjam a maturidade das anteriores. Assim, e como já dissemos, o lesado não pode, em princípio, exigir indemnização em dinheiro pelo dano emergente, que é a destruição do pomar, pois este deve ser reparado em primeira linha pela reposição natural.

Também julgamos defensável a existência de casos em que a excessiva onerosidade resulta da consideração não de interesses do lesante ou do lesado, mas antes interesses públicos. É o que parece resultar do art. 210º I do Código de Direitos de Autor e Direitos Conexos, onde se prevê a atribuição, sem compensação para o lesante, dos bens a entidades públicas ou privadas sem fins lucrativos, sopesados interesses públicos e com a autorização do lesado. Idêntica solução está prevista para as violações do Código da

Propriedade Industrial no seu art. 348º. Note-se, que em ambas, a norma faz expressa menção aos interesses de terceiros, especialmente aos consumidores. Daqui parece resultar, que para obstar à reparação *in natura* (que seria a destruição de objetos que violem direitos de propriedade intelectual), podem ser tomados em conta interesses públicos e interesses de terceiros.

De igual forma também pode acontecer ter que se ponderar interesses de terceiros em casos fora da propriedade intelectual, por exemplo, imagine-se que estamos a falar da destruição de um imóvel que é ordenada a um possuidor de má-fé por forma a recompor o prédio conforme estava e que, por hipótese, essa destruição põe em perigo o imóvel vizinho, parece ser admissível que o proprietário vizinho possa obstar a esta indemnização em forma específica, porque lhe causaria graves prejuízos; ou também o caso em que se condena a restituir um imóvel no estado em que estava e em que, para tal, seria necessário abrir nova janela, que deitaria vistas diretamente para o quintal do prédio vizinho, onde agora está instalada uma piscina, que veria assim a desejável privacidade prejudicada.

Um método indiciário para a Excessiva Onerosidade

A excessiva onerosidade, como conceito indeterminado que é, não pode ser determinada matematicamente, posto que a sua *ratio* é uma solução proporcional⁶⁸, um *favor debitoris*, num domínio onde parece prevalecer sobretudo o interesse do credor (ver o dano completamente removido), mas onde não se podem impor soluções injustas, que não tomam em conta, ainda que secundariamente, interesses do responsável. Assim, um método subsuntivo nunca cumpriria com a flexibilidade pedida para resolver a questão, razão esta que nos leva a propor um método indiciário, ou seja, um conjunto de indícios que indicam ao intérprete aplicador do Direito se nos concretos casos estamos diante uma reparação *in natura* que é excessiva (desproporcional e por isso injusta).

Há um quesito indispensável para se afirmar que a indemnização em forma específica é excessiva, diremos um indício positivo. O primeiro sinal de que há excessiva onerosidade é a verificação de uma desproporção matemática entre o custo para satisfazer

⁶⁸ BRANDÃO PROENÇA (2017) *op. cit* p.144

a indemnização em forma específica⁶⁹ e o custo para reparar o mesmo dano por equivalente pecuniário (o valor de substituição⁷⁰). Esta desproporção não pode ser mínima, pois como já tivemos oportunidade de expor, o que se exige é o excesso seja manifesto. Propomos nós, que se o custo da reconstituição for superior à indemnização pelo equivalente numa razão de 150%⁷¹, ou seja, uma vez e meia superior, no custo que se imputa à excessiva onerosidade hão de ser retirados eventuais lucros que o lesante tenha obtido com a prática do facto, pois sem essa subtração, estaríamos a tutelar uma parte do património do lesante que está carecido de causa legítima.⁷²

Se não se verificar a mencionada desproporção, deve concluir-se, num primeiro momento, que não há excesso na reparação *in natura*.

Por outro lado, a verificação da existência em concreto da referida desproporção, não implica obrigatoriamente que estejamos perante uma situação de excessiva onerosidade. Como bem se compreenderá, uma percentagem de 150% de 1 000 € ou de 10 000 € ou de 100 000 € corresponde a diferentes valores absolutos, pelo que deve ser dada ao devedor (responsável) a possibilidade de provar a sua incapacidade económica⁷³, por forma a que esta entre na ponderação com o valor da reparação. Contudo neste tipo de casos devem ser igualmente ponderados os indícios que à partida seriam despiciendo, isto é, aqueles indícios que se devem ponderar no caso de ocorrer a mencionada desproporção, que se enunciam a seguir.

⁶⁹ Este custo deve ser calculado em concreto, porque existem danos que o devedor em virtude de algumas qualidades conseguirá satisfazer o reparar *in natura* de forma menos dispendiosa que qualquer outra pessoa. Ex: o responsável é jardineiro e destruiu um jardim, construtor e destruiu um muro, mecânico e bateu num carro. Contudo temos de ter em atenção, que o lesado pode-se opor à reparação pelo lesante, se tiver nisso interesse. Por exemplo, o construtor e o mecânico que são reputados por trapaceiros, uma vez que usam os materiais mais baratos ou o jardineiro que utiliza técnicas agressivas para o ambiente.

⁷⁰ Como se afirma no ac. do TRP de 19/02/2015 “não há hoje qualquer dúvida de que o valor a considerar, para os vários efeitos que estão aqui em causa, deve ser o valor de substituição e não o valor venal do veículo. Ora, com isto já se está a acolher a ideia de que a indemnização deve reparar não o valor abstracto, objectivo, do dano, que é aquilo que resultaria de se tomar em conta o valor que o lesado conseguiria apenas com a venda do veículo, mas sim o valor concreto, subjectivo, do dano, tomando-se em conta, por isso, o valor que seria necessário ao lesado, para adquirir um veículo com as mesmas características do anterior, ou seja, que tivesse o mesmo valor no seu património, isto é, o valor de substituição, aquilo que ele teria de gastar para adquirir um veículo semelhante”. Sobre este ponto ver também o acórdão do STJ de 27/02/2003 e a correspondente anotação de JÚLIO GOMES *op.cit*

⁷¹ DAVID MAGALHÃES, *op.cit*, p.120, admite que a proporção de 130% utilizados pela jurisprudência alemã podia ser um critério, quando não haja interesses de maior relevância.

⁷² Ou seja, mesmo para quem não reconhece que a responsabilidade civil é instituto suficiente para o *resgate* do lucro obtido à custa do lesado, há que reconhecer a justeza da impossibilidade de o lesante invocar a desproporção, sem ter em conta os proventos que obteve com a prática de factos ilícitos. BRANDÃO PROENÇA (2019) *op.cit*, defende que fixar a indemnização tendo em conta o lucro obtido, é diferente de a indemnização ser superior ao dano, sendo que a primeira solução não chega a ser punitiva. p. 287.

⁷³ Neste ponto revela-se de extrema importância saber que quem responde é uma seguradora.

I – Se o interesse lesado é um interesse especial que mereça uma maior tutela, quer dizer, pode exigir-se uma maior desproporção, como por exemplo, tratar-se do dano, na destruição de um imóvel que serve de casa de morada de família, se se trata de um automóvel ou outro objeto (por exemplo cadeira de rodas) adaptado às especiais necessidades do lesado ou da sua família, ou um objeto que serve de ferramenta de trabalho.⁷⁴

II - Com a indemnização por equivalente o lesado vê os seus interesses que foram afetados pelo dano-evento igualmente satisfeitos, designadamente, se consegue adquirir um bem igual (ou semelhante) ou ponderando globalidade do seu património, se conclui que o lesado vê os seus os interesses afetados igualmente tutelados. Ou seja, em vez de comparar o custo da reparação in natura com o *valor de substituição*, comparar-se-á com o *valor de uso*. E, caso não haja uma desproporção com o valor de uso, em princípio não haverá excessiva onerosidade.⁷⁵

III – Não se verifica um enriquecimento injustificado do lesado, como por exemplo, o lesado pede a substituição do bem usado por um novo, ou mesmo por outro usado, mas em melhor estado, ou mais sofisticado. O enriquecimento não será injustificado, se existindo a possibilidade de aproveitar a coisa danificada, o aproveitamento seja mais oneroso que a substituição. Não resulta também num enriquecimento injustificado a reparação que consista na substituição por coisa mais valiosa, provado que esteja que o lesado não pretendia ou não tinha necessidade de substituir a curto prazo. Por exemplo, A destrói o telhado de B, este telhado era de amianto. Todavia, hoje está proibida a venda de amianto, ou seja, A deve reparar o telhado com qualquer outro material adequado, com as características mais semelhantes ao amianto, mas o eventual enriquecimento de B não tem que ser compensado, se o telhado se encontrava bem preservado. Já se tivesse algumas fissuras, B deve restituir a parte em que valoriza o seu património, porque por muito que não quisesse substituir o telhado, tal

⁷⁴ DAVID MAGALHÃES *op cit.* “Se foram lesados bens jurídicos de manifesta importância (trabalho, saúde, vida familiar), a reconstituição não é excessivamente onerosa. Por exemplo, com a privação do automóvel (mesmo de escasso valor comercial) perdem-se utilidades como a possibilidade de deslocação para o trabalho, transporte da família, ida ao médico, etc. No fundo, núcleos essenciais da vida do lesado seriam perturbados pelo dano de algo com o relevo que tem hoje um automóvel. O mesmo se diga de uma lesão da integridade física que impõe internamento hospitalar, de um instrumento de trabalho, de um animal de companhia ou do retrato de um familiar falecido que, sendo único, assume valor estimativo.”

⁷⁵ Sobre este aspeto ver o Ac. da TRG de 13/02/2020. Este arresto tem também a particularidade de afirmar que o lesado não deve ver o seu interesse na reparação prejudicado por conta do maior custo que hoje representa a mão de obra qualificada.

já lhe era exigível porque fazia perigar não só a sua saúde, mas como de todos os que frequentam a sua casa e os seus vizinhos.⁷⁶

IV – O tribunal pode e deve atender à autorresponsabilidade, ou seja, saber se houve culpa do lesado, quer na ocorrência do dano, quer do seu agravamento. Havendo esta concorrência de culpas, o tribunal pode entender que é inexigível a reparação *in natura*, ou que os custos da mesma devem ser suportados tanto pelo lesante como pelo lesado e em que medida, conforme o disposto no art. 570º.

V - Não pode ser nunca excessivamente onerosa a cessação da ilicitude⁷⁷. Deve separar-se bem o que é reparar o dano do que é fazer cessar o ilícito. Um exemplo bastante evidente é o caso do despedimento ilícito, que desencadeia não só a reparação dos danos causados, mas também a reintegração do trabalhador na empresa. Decorre disto que a nenhum devedor será lícito invocar que é excessivamente oneroso entregar o imóvel ocupado, porque lhe causa um grave prejuízo que é ficar sem habitação, querendo antes entregar o valor do imóvel. É neste sentido que a jurisprudência italiana entende que não pode ser invocada a excessiva onerosidade quando se trata de direitos absolutos (i.e, com eficácia *erga omnes*). Quanto à reparação do dano, o fim precípua da lei, como nota ANTUNES VARELA⁷⁸, é a remoção do dano real, ante o dano de cálculo⁷⁹.

Em síntese, não deve, por exemplo, admitir-se que é excessivamente oneroso empreender na identificação e remoção de todos os sites um vídeo íntimo gravado sem o consentimento lesado, posto que a dignidade humana é um direito indisponível, não pode a lei consentir que seja reparado apenas em parte.⁸⁰

⁷⁶ Sobre um caso de reparação de um telhado de amianto danificado, ver o Ac. do STJ de 28/03/2019 onde se decidiu pela substituição de toda a cobertura do edifício.

⁷⁷ LE TOURNEAU, *La Responsabilité Civile*, 3ª ed, Dalloz, Paris, 1982, p.329 “La règle d'or de la responsabilité civile n'est pas tant la réparation du préjudice passé ou du préjudice futur virtuel mais, plus fondamentalement, de mettre un terme aux actes contraires au droit, ce qui consiste à supprimer la situation illicite.”

⁷⁸ ANTUNES VARELA (2001) *op cit.* P.904

⁷⁹ LE TOURNEAU, *op. cit.*, p. 330 “Avec ces limites, la distinction entre la réparation en nature et la suppression de la situation illicite n'est pas sans conséquences. Alors que la réparation en nature est toujours facultative et laissée à l'appréciation des juges, la suppression de l'état de chose illicite est obligatoire pour les deux parties et pour le tribunal. La victime ne peut refuser l'offre de l'auteur du dommage de mettre fin à la situation illicite, en préférant recevoir une indemnité. « Nul ne peut être contraint de demeurer dans l'illicite » (Roujou, *op. et loc. cit.*). C'est du reste une règle générale de notre droit, qui explique aussi que l'action en nullité d'une convention illicite ou immorale soit toujours recevable, quelle que soit la personnalité du demandeur

⁸⁰ A propósito do dano na Saúde e da reparação integral no novo direito civil francês com o projeto 2017 ver o estudo de TOMMASO PELIGRINI, «Il Principio Di Integrale Riparazione Del Danno» in *Europa E Diritto Privato*, vol. II, 2020 pp 183 e seguintes

Se após estes indícios o tribunal julgar a reparação excessiva, pode, aplicando o art. 494º, determinar uma reparação não integral, mas que ainda seja reparação *in natura*. Isto já acontece nos casos em que a reparação *in natura* é parcialmente impossível ou insuficiente, sendo que o tribunal pode, por exemplo, condenar na reparação possível e exonerar total ou parcialmente o devedor de prestar o valor do dano remanescente, com base nos critérios da mencionada norma.

Conclusão

Chegamos assim ao fim do nosso estudo, o que nos permite as seguintes conclusões:

O Norte na fixação da obrigação de indemnização é a reparação integral do dano, ou seja, o princípio *pro damnato* tem no momento da fixação da indemnização uma maior preponderância em relação ao *pro damnans*.

A reparação integral do dano é o princípio básico da Responsabilidade Civil e, por norma, só por meio da indemnização em forma específica o lesado se vê totalmente indemne. A História mostra que houve uma evolução favorável no sentido de tutelar cada vez mais o lesado, não só pelos casos em que se prescindiu da culpa, mas também, pela instituição da reparação *in natura* ao invés da simples indemnização pelo equivalente.

A reparação *in natura* pode ser idónea para reparar tanto interesses patrimoniais como não patrimoniais, materiais ou pessoais, é um conceito multiforme, pelo que cabe ao tribunal determinar qual seja em concreto a forma mais adequada a recompor o interesse protegido.

Quanto à sua primazia face à indemnização pelo equivalente, o fundamental será atender ao interesse do lesado sem impor encargos desproporcionais e injustificados ao responsável. A *patrimonialização* de danos não patrimoniais é reparação *in natura*, incluindo, portanto, o ressarcimento de despesas feitas pelo lesado para fazer face aos danos sofridos ou evitá-los.

Apesar de a excessiva onerosidade estar plasmada no Código Civil como um travão à reparação *in natura*, há danos em relação aos quais, pelo interesse que é afetado, não pode ser admitido o funcionamento desse travão, sendo alguns mais evidentes, como os chamados danos pessoais (tanto da integridade física, psíquica e moral).

Não obstante as exceções ao princípio geral, deve ser travado o uso abusivo da *excessiva onerosidade*. Estando em causa um conceito indeterminado carecido de preenchimento valorativo, em rigor, um conceito gradativo, é impossível utilizar uma simples fórmula matemática para se aferir o que é *excessivo*. Como resulta do que ficou escrito, devem ser tidos em conta critérios maioritariamente objetivos, mas também elementos do caso concreto, sobretudo o *interesse do lesado*.

A letra da lei poderia ser alterada por forma a permitir que ao lesado ou a terceiros fosse possível obstar à reparação natural quando esta é contrária aos seus legítimos interesses.

No que diz respeito aos casos em que não deve ser admissível a exceção da excessiva onerosidade, a Lei poderia expressamente proteger os interesses pessoais e estabelecer uma hierarquia semelhante à do art. 2:102 dos Princípios de Direito Europeu da Responsabilidade Civil

Tendo em conta os limites formais a que nos encontramos sujeitos, nomeadamente quanto à extensão, foi-nos impossível um maior diálogo com a jurisprudência e a doutrina bem como abordar com a profundidade desejada alguns temas. Notámos, contudo, que os tribunais portugueses se referem a vários valores (de uso, patrimonial, venal, de substituição, estimativo, afetivo, etc.), sendo que alguns não tomam sempre o mesmo sentido, o que torna difícil o estudo jurisprudencial. Entendemos que valor de uso, valor patrimonial, valor estimativo se referem à mesma realidade, isto é, a tradução pecuniária do concreto interesse do lesado. Já o valor de substituição é aquele que permite ao lesado adquirir no mercado uma coisa idêntica à danificada.

Também quanto à impossibilidade jurídica, poderia ser pensável a atribuição de um poder discricionário aos tribunais, por forma a que em casos excecionais seja lícita a aplicação “ultra ativa” da Lei, permitindo a repristinação de situações *de facto*, quanto estas surgiram dentro da legalidade, e não se mostrem ofensivas a terceiros e ao interesse público.

Quanto à questão da responsabilidade civil objetiva, se a reparação *in natura* superar os limites máximos, entendemos que estamos perante uma impossibilidade jurídica parcial, pelo que não interessa saber se é excessivamente onerosa.

Bibliografia

ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5ª ed., Almedina, Coimbra, 2016

ANDRADE, Manuel Domingues, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. II, 2ª reimpressão, Coimbra editora, Coimbra, 1966

ANTUNES, Henrique Sousa, *Da Inclusão do Lucro Ilícito e de Efeitos Punitivos entre as Consequências da Responsabilidade Civil Extracontratual: a sua Legitimação pelo Dano*, 1ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2010

BAR, Christian Von, *Non-Contractual Liability Arising out of Damage Caused to Another*, Sellier European Law Publishers, Londres, 2009

BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves Miranda, *Lições de Responsabilidade Civil*, 1ª edição, Princípia, Lisboa, 2017

BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves Miranda, «Reflexões em Torno da Responsabilidade Civil: Teleologia e Teleonomologia em Debate», in *Separata do Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. LXXXI, 2017

BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves Miranda «Perda de valor (desvalorização) de um bem e responsabilidade civil» in *Revista Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 2017

BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves Miranda, «Reflexões em torno do artigo 494º» in *Revista de Direito da Responsabilidade*, Ano 2, 2020

BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves Miranda, «Direitos disponíveis e indisponíveis: repercussões em sede aquiliana» in *Revista Direito da Responsabilidade*, ano 3, 2021, pp 256 e seguintes

CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República portuguesa Anotada*, Vol. I. Coimbra Editora, Coimbra, 2007

CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara e BISNETO, Cícero Dantas , «A reparação in natura e os danos extrapatrimoniais ou de como transformar uma ideia romântica em realidade» in *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 24, 2021 p.170 e seguintes

COELHO, Francisco Pereira, *Direito das Obrigações*, Coimbra Editora, Coimbra, 1967

CORDEIRO, António Menezes *Tratado de Direito Civil*, vol. VIII, Almedina, Coimbra, 2020

COSTA, Mário Júlio Almeida, *Direito das Obrigações*, 4ªed., Almedina, Coimbra, 2016

CIAN, Giorgio e TRABUCCHI, Alberto, *Commentario breve al Codice Civile*, 9ª ed., Padova, CEDAM, 2009

D'ADDA, *Il risarcimento in forma specifica oggetto e funzioni*, Padova, 2002

FRADA, Manuel Carneiro da, *Direito Civil –Responsabilidade Civil. O método do caso*, Almedina, Coimbra, 2006

GOMES, Júlio Vieira, «Custo das reparações, valor venal ou valor de substituição», in *Cadernos de Direito Privado*, nº 3, 2003, pp. 52 e seguintes

GONZÁLEZ, José Alberto R.L, *Direito da Responsabilidade Civil*, 3ª ed, Quid Juris, Lisboa, 2017

JORGE, Fernando Pessoa, *Ensaio sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil*, Almedina, Coimbra, 1ª reimpressão, 1995

LARENZ, Karl, *Derecho de Obligaciones*, Vol. II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958

LATORRE, Angel, *Introdução ao Direito*, 1ª ed., Almedina, Coimbra, 1978

LE TOURNEAU, Philippe Le, *La Responsabilité Civile*, 3ª ed, Dalloz, Paris, 1982

LEITÃO, Luís Teles Menezes, *Direito das Obrigações*, Vol. I, 13ª edição, Almedina, Coimbra, 2016

LIMA, Fernando Pires de e VARELA, João Matos Antunes, *Código Civil Anotado*, Vol. I, 4ª ed, Coimbra Editora, Coimbra, 1987

MACHADO, João Baptista, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, 21ª reimpressão, Almedina, Coimbra, 2014

MAGALHÃES, David «A primazia da reconstituição natural sobre a indemnização por equivalente contributos jurídico-históricos para a análise do direito português» in *Responsabilidade civil cinquenta anos em Portugal, quinze anos no Brasil*, Vol. II, Coimbra, pp 105 e seguintes

MONTANARI, Andrea, «Il risarcimento in forma specifica e la rilevanza giuridica dell'attività di compensazione del danno» in *Europa E Diritto Privato*, vol II, 2013, pp 505 e seguintes

MONTEIRO, António Pinto, *Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil*, Almedina, Coimbra, 2003

MOREIRA, Nídia De Jesus Andrade, *A importância da reparação do dano para o Direito Penal*, Dissertação de Mestrado, 2019

OLIVEIRA, Heloísa «A restauração natural no novo Regime Jurídico de Responsabilidade Civil por Danos Ambientais» in *Cadernos o Direito*, n.º6, 2011.

OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto, *Princípios de Direito dos Contratos*, Coimbra Editora, Coimbra, 1ª ed, 2011, p.674 a 680

PELIGRINI, Tommaso, «Il Principio Di Integrale Riparazione Del Danno» in *Europa E Diritto Privato*, vol. II, 2020 pp 183 e seguintes

PIERRE, Philipe e LEDUC, Fabrice, *La réparation intégrale en Europe: Etudes comparatives des droits nationaux*, 1ª ed, Éditions Larcier, Paris, 2012

PINTO, Carlos Alberto Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2012

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

PRATA, Ana, *Código Civil Comentado*, Almedina, Coimbra, 2019

PROENÇA, José Carlos Brandão, *Direito das Obrigações, Relatório sobre o programa, o conteúdo e os métodos de ensino da disciplina*, Católica Editora, Porto, 2007

PROENÇA, José Carlos Brandão, *Estudos de Direito das Obrigações*, Católica Editora, Porto, 2007

PROENÇA, José Carlos Brandão, *Comentário ao Código Civil*, Universidade Católica Editora, Porto, 2017

PROENÇA, José Carlos Brandão, «A responsabilidade civil extracontratual nos 50 anos de vigência do Código Civil: um olhar à luz do direito», *Revista de Direito da Responsabilidade*, ano I, 2019

ROSA, João Pires da, «Dano não patrimonial – quantificação», in *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, nº 24, 2013, p 20 e seguintes

SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz, «Reparação do dano não patrimonial», in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 83, 1959

SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz, «Obrigação de indemnização», in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 84, 1959

SILVA, Manuel Gomes da, *O Dever de Prestar e o Dever de Indemnizar*, Vol I., Lisboa, 1944

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

TRIGO, Maria da Graça, «Excessiva Onerosidade da reconstituição natural (no domínio dos acidentes de viação)», in *Responsabilidade Civil Temas Especiais*, Universidade Católica Editora: Lisboa, 2015, p.42

VARELA, João Matos Antunes *Das Obrigações em geral*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2001

VARELA, João Matos Antunes, «Rasgos Inovadores do Código Civil Português de 1966 em Matéria de Responsabilidade Civil», in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Separata do Vol. XLVIII, 1972

ZARRAP, Maita María Naveira, *El resarcimiento del dano en la responsabilidad civilextracontractual*, Universidade da Coruña, Corunha, 2004

Jurisprudência Citada

Supremo Tribunal de Justiça

Acórdão de 14/02/2002 disponível in <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/7c3df950466ec5ca80256d5e0042b5d4?OpenDocument>

Acórdão de 27/02/2002 disponível in GOMES, Júlio Vieira, «Custo das reparações, valor venal ou valor de substituição», in *Cadernos de Direito Privado*, nº 3, 2003, pp. 52 e seguintes

Acórdão de 16/01/2014 disponível in <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/7bc174e495442fb180257cd8005c93a9?OpenDocument>

Acórdão de 7/03/2017 disponível in <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/-/410547A2C7962695802580DC0057D363>

Acórdão de 28/03/2019 disponível in <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/415bf9df0dd0b6b7802583cc00340dc7?OpenDocument>

Tribunal da Relação de Lisboa

Acórdão de 26/01/2017 disponível in <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/ad040a099da6b40a802580d4004702ab?OpenDocument>

Tribunal da Relação do Porto

Acórdão de 19/02/2015 disponível in <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/38f9132d2fe2c0dc80257dfd003eaac2?OpenDocument>

Tribunal da Relação de Guimarães

Acórdão de 13/02/2020 disponível in <http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/1032a3523e5d95148025851c0050ad50?OpenDocument>