

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA



Danos Punitivos – Problemas em relação à sua admissibilidade no ordenamento jurídico português

Dissertação no âmbito do Mestrado Forense

Orientador: Dr. Pedro Eiró

Mestranda: Sara Monteiro Pinto Ferreira da Silva

Lisboa, Agosto de 2012

Índice

Introdução.....	2
I – Noção, génese da figura e terminologia.....	5
II – Função punitiva da Responsabilidade Civil <i>versus</i> Danos Punitivos.....	11
III – Problemas suscitados pelos danos punitivos.....	16
1 - Problemas «gerais» de Constitucionalidade.....	16
2 - A questão da dupla punição.....	17
3 - A consideração do dano.....	19
4 - Incerteza quanto ao seu quantitativo: indeterminação, arbitrariedade e ausência prévia de limite.....	21
5 - São uma sanção do tipo penal.....	23
6 - O enriquecimento do lesado.....	25
7 - Existência de outros institutos: enriquecimento sem causa e gestão de negócios.....	27
8 - Socialização do risco (o seguro).....	28
9 - Os danos punitivos e a responsabilidade objectiva.....	29
10 - Danos punitivos e a responsabilidade obrigacional.....	31
11- Imposição de danos punitivos às pessoas colectivas.....	32
12- Os danos não patrimoniais.....	33
IV – Quando, com que legitimidade e com que benefícios sancionar com danos punitivos	35
1- Quando (em que situações)?.....	35
2- Com que legitimidade (Lei e Jurisprudência).....	38
3- Com que benefícios e limites.....	41
Conclusão.....	44
Bibliografia.....	47

Introdução

Fazer um estudo sério do instituto da responsabilidade civil como fonte das obrigações passa, a meu entender, pela compreensão das suas várias dimensões, ou seja, pelo entendimento das suas funções, em articulação com o que considerarmos serem as suas finalidades.

Foi precisamente desse esforço reflexivo que surgiu o tema do presente trabalho. Ultrapassando o mero estudo dos seus pressupostos (condição necessária para a sua existência) ou a discussão acerca dos quantitativos atribuídos a título de indemnização, urge pensar o escopo da responsabilidade civil na actualidade. Quando se obriga alguém (particular ou pessoa coletiva) ao pagamento de um montante, como resultado da aplicação do instituto da responsabilidade civil, o que está realmente em causa? O que se pretende na verdade com isso? Qual a finalidade dessa obrigação? Esta é a preocupação responsável pela génese deste trabalho e que simultaneamente o orienta e confere sustentação.

Quando alguém é obrigado a *indemnizar*¹ outrem, estará só a compensar ou reparar um dano (ressarcindo aquele que foi lesado), ou estará também a ser punido por ter causado essa mesma lesão, prevenindo que, no futuro, ele próprio ou qualquer outra pessoa venham a lesar outrem? Se considerarmos que está apenas a ressarcir ou que está principalmente a ressarcir, estamos a ir ao encontro do que pensa a maioria da doutrina portuguesa e também do que está positivado na lei. Contudo, se tivermos em consideração a existência de uma função punitiva e preventiva da responsabilidade civil, o entendimento já não é tão pacífico. E isso, não tanto pela simples consideração de que existem também essas funções (pois é hoje praticamente consensual que a responsabilidade civil também visa prevenir comportamentos e punir o lesante) mas pelo facto de não as considerarmos acessórias e secundárias face aquela que é tida como primordial: a ressarcitória.

Concretizando: o propósito deste trabalho é o de pensar a articulação das várias funções da responsabilidade civil mas colocando a tónica na função punitiva e no

¹ - Quando utilizo aqui o termo indemnização, não o estou apenas a utilizar no sentido literal de retirar o dano. Utilizo no sentido de um montante que é pago a alguém com uma determinada finalidade, que não tem de ser necessariamente reparadora ou compensatória.

quantitativo/qualitativo que dela decorre – os danos punitivos.^{2 3} Nesse sentido, pretendo investigar se existe um espaço para os danos punitivos no ordenamento jurídico português e qual a legitimidade da sua aplicação. Assim se explica que o corpo central deste trabalho se centre nos problemas suscitado pela admissão dos danos punitivos, e na possibilidade da sua desconstrução.

Na tentativa de cumprir essa meta, o trabalho foi estruturado do seguinte modo:

Em primeiro lugar, é feita uma breve referência à génese da figura dos danos punitivos como forma de definirmos o seu conceito. É com essa noção que trabalharei ao longo de todo o trabalho. Para isso, temos de atender necessariamente à sua terminologia subjacente.

Em segundo lugar, e como também já foi sugerido, é explicada a relação entre danos punitivos e função punitiva da responsabilidade civil. Pese embora o facto de serem conceitos indissociáveis, não se podem de modo algum confundir. Desse esclarecimento resulta um importante contributo para o entendimento do problema e para o evitar de muitas confusões da doutrina e da própria jurisprudência.

Seguidamente procederei ao elenco daquilo que considero serem os maiores problemas à admissão dos danos punitivos. O propósito não é apenas apresentá-los como aporias, mas apontar caminhos para a sua solução ou atenuação.

Por último, feito todo o percurso enunciado, estamos em condições de questionar quando, com que legitimidade e com que benefícios podemos sancionar em danos punitivos. Quando, significa em que situações, isto é, em que casos isso se justifica. Com que legitimidade, leva-nos necessariamente a uma análise mais atenta da lei - Código Civil (CC) fundamentalmente - e da jurisprudência. Quanto aos benefícios, está em causa as vantagens e melhoramentos conseguidos com a sua aplicação.

² - Ainda que, no meu entender, os danos punitivos (conceito que analisaremos ao longo do trabalho) decorram da admissão da existência de uma função punitiva da responsabilidade civil, não poderemos identificar danos punitivos e função punitiva (como adiante veremos). Quanto à função preventiva, ainda que ao longo do trabalho não lhe confira propriamente um destaque, é minha convicção que constitui uma decorrência da função punitiva (mais que da função ressarcitória). A tríade das funções – ressarcitória, punitiva e preventiva -, estrutura-se numa disjunção não exclusiva entre a função ressarcitória (por um lado) e as funções preventiva e punitiva (por outro).

³ - Danos punitivos enquanto tradução literal de *punitive damages* (No ponto I do trabalho discutiremos a adequação dessa terminologia).

Em jeito de conclusão, é meu objectivo propor um esboço de redacção de um artigo, que poderia pertencer ao CC. Nele, julgo que é conseguido o equilíbrio entre o entendimento do conceito de danos punitivos e os princípios do ordenamento jurídico.

Uma última nota: Mesmo tendo consciência de que os danos punitivos não se encontram positivados na nossa lei (não de modo directo e que dispense interpretações), não faço uma análise histórica profunda do conceito, nem procedo a um estudo de direito comparado. Ora, a análise histórica e o direito comparado adquirem, sem dúvida, uma importância acrescida quando se trabalha em algo que não existe na lei, pois dariam um suporte forte a este trabalho. Contudo, e tendo em conta os limites de uma dissertação de mestrado, foi minha opção não o fazer, encontrando-se estas indicações reduzidas a um mínimo. Remeterei sempre que necessário para os locais onde essas mesmas referências se encontram desenvolvidas.

I - Noção, génese da figura e terminologia

Noção

Nesta fase preliminar é fundamental definir e estabilizar o conceito de «danos punitivos», pois este é transversal a todo o trabalho. É necessário que, quando o utilizamos, saibamos com alguma precisão aquilo que estamos a significar. Só deste modo o conceito de «danos punitivos» se pode tornar operativo, ou seja, só assim poderemos concluir sobre o seu âmbito, limites e legitimidade.

Como nos diz Patrícia Guimarães, «a figura dos danos punitivos é a tradução literal para “*punitive damages*” que consiste na possibilidade que um tribunal tem de, numa acção de indemnização civil, condenar ao pagamento de uma quantia superior ao dano sofrido em virtude da conduta ilícita»⁴. Parece assim que os danos punitivos, situando-se numa fronteira entre o Direito Civil e o Penal (adiante discutiremos esta ideia), são impostos como sanções civis – pena privada⁵ – contra aqueles que violam direitos alheios. Visam a retribuição e prevenção da conduta (finalidades da punição, o que os aproxima do direito penal) mas são impostos ao lesado como «danos» (no âmbito do processo civil). Destacam-se assim quatro características:

- A sua imposição corresponde a uma forma de punição;

⁴ - Cf. GUIMARÃES, Patrícia Carla Monteiro, «Os danos punitivos e a função punitiva da responsabilidade civil», *Direito e Justiça*, v15.1(2001), pp 159-206.

⁵ - Paula Meira Lourenço diz-nos que, ao contrário do que muitos pensam, a pena privada não é uma ideia retrógrada, e as suas funções são muito úteis na responsabilidade civil: «(...) a pena privada constitui uma alternativa civil à tutela penal, e que supera a via indemnizatória, representando uma via eficaz e acentuando a finalidade punitiva da responsabilidade civil. Os danos punitivos consubstanciam uma das manifestações da pena privada, com raízes históricas muito remotas, que é imposta desde há séculos no sistema anglo-saxónico, e começa a dar os primeiros passos nos ordenamentos jurídicos romano-germânicos, sendo nestes estudada pela doutrina a propósito da função punitiva da responsabilidade civil, por corresponderem a situações em que o agente é condenado a pagar uma indemnização superior ao dano que o lesado efectivamente sofreu. Assim sendo, o estudo desta figura no espaço jurídico da *civil law*, implica à partida a destruição do dogma da limitação do montante da indemnização do dano sofrido pelo lesado».

Cf. LOURENÇO, Paula Meira, «Os danos punitivos», *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol XLIII, nº 2, pp 1024-1025.

Também Carla Guimarães, a propósito da pena privada: «Defendemos por isso uma posição semelhante à referida por Júlio Gomes, que refere que a pena privada pode, no fim de contas, surgir como meio de garantir uma tutela mais completa da autonomia privada: o recurso à pena privada desencoraja a apropriação ilícita dos bens alheios e exprime de maneira adequada, que não é socialmente irrelevante ou indiferente a escolha entre a via do contrato e do facto ilícito».

Cf. GUIMARÃES, *Op.Cit*, p 178.

- Têm uma função essencialmente retributiva e preventiva e atendem à gravidade da conduta do agente;
- Não são a medida do prejuízo do lesado, ao contrário do que se passa na função ressarcitória (danos compensatórios);
- Podem exceder os danos efectivamente sofridos pelo lesado.

Fixemo-nos, por enquanto, nestas características. Elas definem o núcleo essencial do que considero constituir o conceito de danos punitivos. Voltaremos a elas no final deste capítulo, mas tomando em consideração o que foi dito acerca da génese da figura e da terminologia.

Génese da Figura⁶

Como nos diz Paula Meira Lourenço, «A atribuição de uma indemnização que excede o dano sofrido pelo lesado, com um escopo sancionatório e preventivo, era já prevista no Código de Hammurabi (2000 A.C.), nas Leis Hititas (1400 a.C.) e no Direito Romano, segundo o qual, em sede de relações privadas (*delicta privata*), a pessoa que houvesse ofendido os direitos de outrem ficava obrigado a pagar-lhe uma pena pecuniária com finalidade repressiva (*obligatio ex delicto*)»⁷. Apesar de ser muito antiga a sua origem, e de ser bastante interessante proceder a uma análise histórica mais completa (estudando com alguma exaustividade os desenvolvimentos sofridos por esta figura), a breve referência histórica feita neste trabalho, centra-se na função desempenhada pelos danos punitivos a partir dos séculos XVIII e XIX nos países anglo-saxónicos (raízes das soluções ainda hoje vigentes nos países de *common law*, e inspiração dos passos dados nesse sentido nos países de *civil law*).

⁶ - Em todo o trabalho em geral, neste ponto em particular, tomei em consideração dois estudos que considero serem incontornáveis no tema dos danos punitivos em Portugal. Essa importância justifica-se, não só pela sua actualidade, mas principalmente pela seu contributo para o posicionamento do tema na ordem jurídica portuguesa. São eles a tese de doutoramento do Prof Henrique Antunes, *Da Inclusão do lucro ilícito e de Efeitos Punitivos entre as Consequências da Responsabilidade Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001 e, de Paula Meira Lourenço, *A Função Punitiva da Responsabilidade Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006.

Assim sendo, e como em ambas as obras é feita uma análise cuidada e exaustiva da génese histórica da figura dos danos punitivos, para lá remeto para um estudo mais cuidado acerca do surgimento do conceito. Tendo em conta as exigências e restrições de uma dissertação de mestrado, limito-me a uma muito breve análise da génese desta figura. Aliás, todo o capítulo I se limita ao que considero ser o mínimo essencial para que os restantes capítulos possam fazer sentido.

⁷ - Cf. LOURENÇO, Paula Meira, *Op. Cit*, p 1026.

No Reino Unido, a atribuição de danos punitivos começou por verificar-se em situações de grave abuso de autoridade por parte de funcionários públicos e entes privados.⁸ Eram também impostos no caso de condutas particularmente ofensivas, assumindo assim a dupla função preventivo-punitiva quando o agente praticava condutas infames, vexatórias ou extremamente agressivas (medidas, claro, pelos rigorosos padrões sociais e morais da época). Mais que isso, os danos punitivos tinham ainda uma função compensatória, quando estavam em causa danos morais.⁹

Com a colonização dos EUA pelo Reino Unido, assistimos à importação da figura, com o escopo preventivo e sancionatório (punitivo): «A partir de meados do século XIX, os tribunais passaram a enunciar expressamente que os *punitive damages* eram atribuídos como forma de punir o agente e prevenir que este, ou outros membros da sociedade adoptassem tal comportamento»¹⁰ O âmbito de aplicação desta figura vai sendo progressivamente alargada pela jurisprudência norte-americana. Vai estender-se a comportamentos pautados por negligência grosseira (e não só condutas dolosas) e assume uma função compensatória no que toca aos danos extrapatrimoniais.

Mais tarde, fruto dos progressos e avanços tecnológicos, da modificação estrutural socioeconómica, e do papel desempenhado pelos agentes económicos, os danos punitivos reforçam a sua importância (quer no Reino Unido quer nos EUA). Passam a ser relevantes na tutela dos direitos de personalidade, dada a manifesta insuficiência da indemnização reparatória na persuasão do infractor.¹¹ Passam também a ser impostos em casos de negligência grosseira, acidentes de trabalho, acidentes de viação,

⁸ - «Os *punitive damages* ergueram-se assim como os estandartes do respeito pelo direito à reserva da vida privada e pela liberdade do indivíduo contra os abusos de poder, punindo os agentes e exercendo uma função dissuasória relativamente a futuros comportamentos por parte dos mesmos (prevenção especial), ou de terceiros (prevenção geral)».

Cf. IDEM, *Op. Cit.*, p 1028.

⁹ - «Ainda nos séculos XVIII e XIX, alguma jurisprudência inglesa não reconhecia a possibilidade de atribuir uma compensação pelos danos extrapatrimoniais sofridos pelo lesado, nomeadamente quando a extensão do dano dependia da intenção do agente. Nestes casos, os *punitive damages* eram atribuídos não só para punir o agente e dissuadi-lo da prática de tais condutas, mas também para reparar integralmente o dano sofrido pelo lesado».

Cf. IDEM, *Op. Cit.*, p 1029.

¹⁰ - Cf. IDEM, *Op. Cit.*, p 1030.

¹¹ - «(...) Esta decisão consubstancia um importante marco na história dos *punitive damages*, porquanto salienta que a sua finalidade é punir o agente e prevenir a repetição de tal comportamento, sempre que o infractor não se importe de violar os direitos de personalidade de outrem (...), por prever que os lucros decorrentes da sua conduta serão superiores aos danos sofridos pelo lesado, orientando-se assim por uma racionalidade económica»

Cf. IDEM, *Op. Cit.*, p 1034.

negligência médica, responsabilidade objectiva do comitente¹² e responsabilidade civil do produtor (independente de culpa). Curiosamente assiste-se também à incursão de danos punitivos no domínio da responsabilidade civil obrigacional (por exemplo, na quebra da promessa de casamento, em caso de conduta maliciosa ou opressiva, conduta fraudulenta ou nos contratos de seguro)¹³.

Também no sistema romano-germânico podemos verificar algumas manifestações do escopo punitivo da responsabilidade civil. Na Alemanha, são admitidos danos punitivos na tutela dos direitos de personalidade¹⁴. Em França, mesmo que ainda não estejam consagrados legalmente, assistimos a um aumento, pela jurisprudência, dos montantes atribuídos a título de compensação por danos morais (com a finalidade de punir o agente e prevenir que este adopte condutas semelhantes). Assim, aumenta-se o montante sob o pretexto de uma compensação, mas o verdadeiro escopo é punitivo e preventivo. Também nos casos de concorrência desleal, e para sancionar a deslealdade dos actos cometidos, se eleva o montante da indemnização. Pretende-se compensar os prejuízos do lesado e punir o agente¹⁵. Na Itália, a jurisprudência atende à gravidade da culpa do infractor, pois só assim é possível punir e prevenir a conduta do agente. O montante da indemnização é mais elevado em virtude dessa ponderação

No sistema romano-germânico, ao contrário do que sucede no sistema anglo-saxónico, a figura dos danos punitivos não é autónoma face à indemnização compensatória, mas existe. Os legisladores e a jurisprudência mandam atender à culpa do agente, com a

¹² - Tendo em conta que a finalidade dos danos punitivos é retributiva e preventiva em relação a uma conduta culposa, parece contraditório a imposição de danos punitivos nos casos de responsabilidade objectiva do comitente, pois esta não depende de culpa. Contudo, «(...) a partir da década de sessenta, a jurisprudência norte-americana começou a admitir a imposição de *punitive damages* aos empregadores, naquelas situações em que o trabalhador agira com dolo, e um superior hierárquico havia participado ou ratificado a adopção daquele comportamento».

Cf., IDEM, *Op.Cit.*, p 1037.

A este tema dedicaremos a nossa atenção no capítulo III deste trabalho.

¹³ - Sobre a incursão dos danos punitivos na responsabilidade civil obrigacional, e da possibilidade de compatibilização dos danos punitivos com a existência de seguro, dedicarei a minha atenção no capítulo III deste trabalho.

¹⁴ - «Os casos jurisprudenciais alemães mais frequentes são os relativos à protecção do direito à imagem de figuras públicas, mormente quando os órgãos de comunicação social o utilizam sem autorização do seu titular, tendo em vista a obtenção de lucros».

Cf. IDEM, *Op.Cit.*, p 1054.

¹⁵ - «A falta de consagração legal dos danos punitivos é superada pela elevação do montante de indemnização, levando em linha de conta três factores: os benefícios que o autor obtém com o acto de concorrência desleal (...) as economias que o mesmo faz à custa do lesado, e a apropriação de uma tecnologia, quando o titular de uma patente não explora a sua invenção, ou concede o seu direito de exploração a terceiros».

Cf. IDEM, *Op.Cit.*, p 1057.

finalidade de punir (sancionar o infractor) e prevenir futuras condutas deste (prevenção especial) e de outros (prevenção geral).

Terminologia

Júlio Gomes foi o primeiro a traduzir a expressão *punitive damages* para «danos punitivos»¹⁶. Como poderemos justificar esta tradução? Como afirma Paula Lourenço, «A função reparatória da responsabilidade civil tem sido revelada pela utilização da palavra “indemnização”, porque “indemnizar” quer precisamente dizer “retirar o dano” (...) Quando a responsabilidade civil revela a sua função punitiva, só artificialmente se poderá defender a manutenção do termo “indemnização”»¹⁷. Assim sendo, utilizar a expressão «indemnização punitiva», parece encerrar uma contradição, tornando esta expressão muito difícil de ser sustentada e mantida. O termo «indemnização» refere-se à função ressarcitória da responsabilidade civil, pelo que a sua conciliação com o termo «punitiva» será difícil, visto esta visar um escopo sancionatório ou retributivo.

Todavia, a tradução da expressão «*punitive damages*» por «danos punitivos», mesmo sendo a que melhor se adequa, não é perfeita ou ideal, porque não são os danos que são punitivos. O seu cálculo (a que erradamente se chama indemnização)¹⁸ é que é efectuado de acordo com critérios que visam punir o lesante por ter sido autor do facto ilícito e culposos. Logo, os danos não são punitivos mas têm uma função punitiva.

Paula Lourenço entende que, se tivermos a capacidade de ver para além da função reparatória da responsabilidade civil, ou seja, se assumirmos a existência de uma função punitiva, isso tem de se reflectir linguisticamente, mediante conceitos e expressões consentâneos com o escopo preventivo-punitivo. Assim, «(...) tal como a função reparatória da responsabilidade civil gera a obrigação de indemnizar, em espécie ou em dinheiro, a função punitiva origina uma punição civil, o pagamento de um montante

¹⁶ - Cf. GOMES, Júlio, *Revista de Direito e Economia*, «Uma função punitiva para a responsabilidade civil e uma função reparatória para a responsabilidade penal?», Coimbra, ano 15(1989), pp 105-144.

¹⁷ - Cf. LOURENÇO, Paula Meira, *A Função Punitiva da Responsabilidade Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, p 377.

¹⁸ - Por isso, Paula Lourenço defende que «A assunção da função punitiva da responsabilidade civil importa o levantamento do “véu indemnizatório”, ou do “véu da indemnização”, e a descoberta da punição que é efectivamente aplicada, a qual já não deverá ser apelidada de indemnização, sob pena de se continuar a confundir as duas funções da responsabilidade civil». Cf. IDEM, *Op.Cit.*, p. 378.

punitivo (ambos independentemente do dano), ou a atribuição de uma compensação punitiva (no caso dos danos não patrimoniais)»¹⁹.

Em suma, pelas razões alegadas, optamos pela designação de danos punitivo, como tradução dos anglo-saxónicos *punitive damages*. É então com este conceito que vamos operar, ainda que seja necessária cautela quanto à importação da figura, dada a necessidade de ter em conta a realidade própria do ordenamento jurídico português. Danos punitivos consubstanciam-se numa quantia atribuída ao lesado, que pode exceder ou ser independente do dano causado, e que tem um escopo punitivo (punir o agente) e preventivo (especial e geral). Devem ser atribuídos apenas em casos de especial gravidade e podem coexistir (frequentemente coexistem) com a indemnização reparadora.

¹⁹ - Cf. IDEM, *Op.Cit*, p 379.

Uma breve nota para o que usualmente são consideradas como expressões afins: *Exemplary Damages*-ainda que possa ser entendida como sinónima dos danos punitivos, é utilizada em casos onde está em evidência a função social, e onde se pretende dar o exemplo, dissuadindo (função preventiva especial e, essencialmente, geral). *Compensatory Damages*, que assumem uma função reparadora, ressarcitória (visam reparar tudo o que o lesado sofreu com determinada conduta). *Aggravated Damages*, que têm, tal como os *compensatory damages*, uma função reparatória, mas acentuados por circunstâncias particulares (o que originou a conduta do lesante ou o modo como actuou). Como se torna fácil de verificar, nada impede que os danos punitivos se cumulem com os *compensatory* ou *aggravated*, pois assumem funções diferentes e conciliáveis: ressarcir e punir.

Para um estudo mais exaustivo acerca das figuras afins, verificar Paula Meira Lourenço, *A Função Punitiva da Responsabilidade Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, pp 1079-1081 e Júlio Gomes, «Uma função punitiva para a responsabilidade civil e uma função reparatória para a responsabilidade penal?» *Revista de Direito e Economia*, Coimbra, a 15(1989), pp 105-109.

II - Função punitiva da Responsabilidade Civil *versus* Danos punitivos

Das considerações tecidas no capítulo anterior, resulta claro o que podemos entender por danos punitivos. É verdade que, como verificámos, os danos punitivos têm uma função punitiva, isto é, são impostos como forma de retribuir o comportamento do lesante. Deste modo, seria possível pensar que danos punitivos e função punitiva da responsabilidade civil são conceitos sinónimos.

Contudo, uma análise mais atenta permite-nos concluir que não são conceitos equivalentes. É claro que, só admitindo que a responsabilidade civil tem uma função punitiva é que poderemos admitir a imposição de danos punitivos no âmbito deste instituto. Porém, se é verdade que a admissão de uma função punitiva para a responsabilidade civil é condição necessária para admitir os danos punitivos, isso não se revela como suficiente. Quando são impostos danos punitivos, sem dúvida está subjacente o escopo punitivo da responsabilidade civil, mas a inversa não é verdadeira. Ou seja, podemos aceitar a existência de uma função punitiva acessória para a responsabilidade civil, sem aceitar ou considerar o conceito de danos punitivos.²⁰

Todavia, e apesar da forma como está redigido o título deste capítulo, também não são conceitos que se oponham. Não formam uma disjunção exclusiva mas completam-se, ou seja, o conceito de danos punitivos desenvolve e leva às últimas consequências aquilo que normalmente é tido como a função punitiva da responsabilidade civil. Se um tribunal condenar em danos punitivos está a tornar principal aquilo que, normalmente, é tido como acessório ou secundário.

²⁰ - Hoje em dia é consensual a admissão da finalidade preventiva e punitiva da responsabilidade civil, ainda que subordinada: «Mesmo atribuindo-lhe um papel secundário, isto é, subordinado, aceita-se hoje, em princípio, a importância da finalidade preventivo-punitiva da responsabilidade civil. Dizemos preventivo-punitiva porque, no fundo, prevenção e punição são duas faces de uma mesma medalha, expressões de um único princípio» Cf. GOMES, Júlio, *Op.Cit.*, p 106. Também, « (...) para uma parte substancial da doutrina portuguesa, a função única da responsabilidade civil é a função reparatória. Para a restante doutrina, a função não é a única mas é claramente a primordial, uma função preventiva é claramente secundária mas está consagrada em alguns artigos». Cf. GUIMARÃES, Patrícia Carla Monteiro, *Op.Cit.*, pp 161-162. Ainda: «A doutrina portuguesa que sobre o tema dos efeitos da responsabilidade civil tem escrito na vigência do CC de 1966, embora afeiçoada ao entendimento tradicional da primazia da natureza ressarcitória do instituto, concede no acolhimento de funções de índole preventiva e punitiva em sede do regime actual e, mesmo, perspectivando a sua extensão» Cf. ANTUNES, Henrique, *Da Inclusão do lucro ilícito e de Efeitos Punitivos entre as Consequências da Responsabilidade Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, pp 553-554.

A principal diferença entre os conceitos reside na consideração que é feita do dano e na sua relação com o montante atribuído (indenização ou montante punitivo). Admitir uma função punitiva/preventiva da responsabilidade civil como acessória, significa aceitar que o montante indemnizatório tenha em conta o grau de culpa do agente ou a situação económica deste mas jamais que a indemnização possa ser superior ao dano e, principalmente, independente deste. Como já vimos, uma das características dos danos punitivos é o poderem exceder o dano ou serem independentes deste. É então aqui que reside a divergência no modo como se olha para esta questão.

Consequentemente, não encontramos positivado na legislação portuguesa a imposição de danos punitivos mas encontramos muitos exemplos, nomeadamente no CC, que podem ser tomadas como manifestações da função punitiva da responsabilidade civil. Analisemos seguidamente, ainda que de modo sucinto, as principais e mais significativas. Essa análise tem um duplo objectivo: entender em que medida e com que limites o legislador português aceita punir o infractor e impedir condutas semelhantes (do autor ou de outro agente) e verificar o que falta para que os danos punitivos possam ser impostos (análise que será completada com as considerações do capítulo III).

Ao nível da responsabilidade civil delitual, o art.º 494 do CC permite a redução ou até a exclusão da indemnização, quando o agente age com mera negligência. Isto, claro, em função de certas circunstâncias, designadamente a sua condição económica e o grau de culpa. Deste modo, o legislador manda atender a certos elementos que não têm a ver com o dano, isto é, com o prejuízo causado ao lesado. A indemnização será mais reduzida se o agente tiver agido com um grau de culpa menor, e será menos reduzida se o mesmo tiver agido com um grau de culpa maior. Vislumbra-se então neste emblemático preceito um dos fundamentos para declarar a natureza punitiva da responsabilidade civil ²¹. Fala-se em redução ou exclusão da indemnização, mas porque

²¹ - Henrique Antunes, referindo-se ao artº 494, «Ao julgador confere o preceito o direito de redução equitativa da indemnização na hipótese de mera culpa, estimando o grau de censura ao agente, as condições económicas do lesante e do lesado e outras circunstâncias do caso. Nesta disposição, encontra a generalidade dos autores fundamento para declarar a natureza retributiva da responsabilidade civil» Cf. IDEM, *Op.Cit*, p 554. «No artº 494, a responsabilidade civil parece assumir a sua função sancionatória e preventiva, em detrimento da função reparadora, não só porque a indemnização poderá ser inferior ao dano causado, mas também porque se atende ao grau de culpa do agente, não obstante terem sido excluídos os factos ilícitos dolosos. Se a função da responsabilidade civil fosse puramente reintegrativa, a variação da culpabilidade do infractor não teria relevância, pelo que este preceito é a prova de que a responsabilidade civil assume uma função punitiva» Cf. LOURENÇO, Paula Meira, *A Função Punitiva da Responsabilidade Civil*, pp 1063-1064. Também Inocêncio Galvão Telles, referindo-se aos danos não patrimoniais «Vê-se aqui que a reparação dos danos morais não reveste puro carácter indemnizatório:

motivo, à luz dos mesmos critérios, não se poderá falar do pagamento de uma indemnização superior ao dano? Porque se constitui o dano em limite inultrapassável?

O art.º 497 do CC estabelece o regime de solidariedade dos responsáveis civis pelos danos causados. O n.º 2 estatui que existe direito de regresso entre eles na medida das respectivas culpas e das consequências que delas derivem. Assim, ainda que se presumam iguais as culpas das pessoas responsáveis, é importante estabelecer uma graduação dos graus de culpa, uma vez que só existe direito de regresso contra aqueles que agiram culposamente. Ora, essa ponderação é a própria manifestação de pena privada, ou seja, a punição é feita em função do juízo de censura.

O art.º 570 do CC estatui a possibilidade do lesado ser penalizado em razão da sua culpa. Se o próprio lesado tiver contribuído com a sua conduta para a produção ou agravamento do dano, o tribunal decidirá se a indemnização deve ser totalmente concedida, reduzida ou mesmo excluída. Ora aqui, o lesado é castigado em função da culpa que também teve. Por que razão se limita esta norma ao lesado, e não prevê a punição civil do lesante em caso de culpa grave?

reveste também, de certo modo, carácter punitivo. É indemnização, se bem que indirecta, na medida em que se apresenta como uma compensação em cuja fixação se atende à gravidade dos danos. É pena – pena privada, estabelecida no interesse da vítima – na medida em que se apresenta como um castigo, em cuja fixação se atende ainda ao grau de culpabilidade e à situação económica do lesante e do lesado» Cf. TELLES, Inocêncio Galvão, *Direito das Obrigações*, , Coimbra, Coimbra Editora, 1997, p 387. Também Antunes Varela vê neste artigo uma manifestação da função punitiva da responsabilidade civil, chegando até a limitar o alcance da subordinação da função sancionatória: «Não se pode aceitar como boa a afirmação de que seja “nitidamente excepcional” a função sancionatória ou preventiva da responsabilidade, baseada na ilicitude do facto. Será uma função subordinada (e, por isso mesmo, a indemnização não excede, em principio, o valor do dano causado pelo autor); mas, com a amplitude que o artigo 494º hoje atribui ao poder do tribunal de graduar o montante da indemnização, de olhos postos, acima de tudo, no grau de culpabilidade do agente, não pode seriamente contestar-se o seu carácter geral, fundado na ilicitude do facto» Cf. VARELA, Antunes, *Das Obrigações em Geral*, Coimbra, Almedina, 2000, p 930. Também para Menezes Leitão, «No caso da responsabilidade por culpa, além da função principal de reparação do dano, existe também uma clara função preventiva e punitiva, a qual se demonstra pela diminuição da indemnização em caso de negligência (artº 494º); pela repartição da indemnização em função da culpa dos agentes, em caso de pluralidade de responsáveis (artº 497º, n.º 2); pela redução ou exclusão da indemnização em caso de culpa do lesado (artº 570º), e pela normal irrelevância da causa virtual na responsabilidade civil» Cf. LEITÃO, Menezes Luís Manuel Teles, *Direito das Obrigações*, Coimbra, Almedina, 2000, p 283 e ss.

Em sentido contrário, sobre o alcance do artº 494º, diz-nos Alberto de Sá e Mello: «(...) a fixação da indemnização segundo critérios de equidade e a restrição da possibilidade dessa limitação às hipóteses em que “a situação económica deste (lesante) e do lesado e as demais circunstâncias do caso o justifiquem” tem precisamente por efeito acentuar a função reparadora da responsabilidade civil em detrimento da sua função repressora ou punitiva que a consideração da culpa indiciária» Cf. MELLO, Alberto de Sá, «Critérios de Apreciação da Culpa na Responsabilidade Civil (Breve Anotação ao Regime do Código), *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 49 (Setembro 1989), p 541.

Para além destas manifestações da função punitiva existem outras presentes no CC: a geral irrelevância da causa virtual (art.º 566, n.º 2 CC)²², a indemnização por danos não patrimoniais (art.º. 496, n.º 3 CC)²³, a mora do devedor (art.º 804, n.º 1 CC)²⁴ e as punições civis²⁵. Temos, ainda, as cláusulas do agravamento da responsabilidade (art.º 811, n.º 2 CC) e a cláusula penal (art.º 810 e ss CC). Estes são alguns dos exemplos mais significativos, mas existem outros, dentro e fora do CC.

Do estudo que levámos a cabo, foi possível verificar que, no nosso ordenamento jurídico, é facilmente aceite pela maioria da doutrina a existência de uma função punitiva (e também preventiva) para a responsabilidade civil. É normalmente considerada acessória, subsidiária da função principal: a reparadora. A dependência da existência de dano é absoluta, ou seja, não só não se admite, uma punição civil sem dano, como também muito dificilmente se aceita que o montante punitivo possa ultrapassar o cômputo do dano. O grau de culpa do lesante e lesado, a situação económica de ambos e «demais circunstâncias do caso», têm sempre como limite máximo o dano. São tidos em consideração mas sempre enformados pelo dano.

Por isso, e tendo presentes as características do que estabeleci como danos punitivos, assim como o que vimos serem as manifestações da função punitiva da responsabilidade civil, resulta justificada a não coincidência dos dois conceitos. Pensar na imposição de danos punitivos, é aceitar a ideia de punir o agente, por uma conduta especialmente grave, de modo independente do dano. É tomar a função punitiva como principal, a par da função reparadora. Aceitar (apenas) a existência de uma função punitiva da

²² - Este preceito legal consagra a teoria da diferença, da qual implicitamente decorre a aceitação do conceito de dano como diferença no património (diferença entre situação actual e situação hipotética do lesado sem dano), tal como a ideia de que a obrigação de indemnização só serve para reparar o dano. A obrigação de indemnizar subsiste em virtude do grau de culpa do lesante, apesar da existência de uma causa virtual, afirmando-se a irrelevância da causa virtual, o que implica assim admitir que a responsabilidade civil prossegue uma finalidade punitiva

²³ - Prevê expressamente que «na fixação da indemnização deve atender-se aos danos não patrimoniais que, pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito». O n.º 3 vem fixar os critérios de determinação do *quantum* da indemnização por danos não patrimoniais: a equidade (496.º/3), o grau de culpabilidade do lesado, a situação económica do lesado e as demais circunstâncias do caso (art. 494.º, aplicável *ex vi* da primeira parte do art. 496.º/3.).

²⁴ - A partir da constituição do devedor em mora, este é obrigado a indemnizar o credor pelos danos decorrentes do atraso no cumprimento da prestação. Assim, nada obsta a que o credor requeira a prestação em falta, e uma indemnização pelos danos moratórios. A indemnização pela mora nas obrigações pecuniárias pode até exceder os danos causados, o que acentua a feição repressiva ou sancionatória da responsabilidade civil.

²⁵ - Por ex. Os montantes punitivos devidos pelo locador, o triplo da indemnização devido em caso de actuação fraudulenta ou artificiosa, o dobro da indemnização pela constituição de uma servidão de passagem, a punição do possuidor de má-fé, etc.

responsabilidade civil é aceitar que o montante indemnizatório possa depender de certos factores – em especial a culpa do agente – mas tendo o dano como limite inultrapassável. Dificilmente se ultrapassa a ideia da acessoriedade e subordinação desta função.

III – Problemas suscitados pelos danos punitivos

Como vem sendo dito, tem sido progressivamente reconhecido que a responsabilidade civil tem também uma função punitiva e preventiva. Todavia, e à face da lei, a sua função primária continua a ser a reparadora. E isto, porque a existência de danos é um dos pressupostos da responsabilidade civil e mesmo que se admita uma certa graduação em função da culpa do agente, nunca se pode chegar ao ponto de determinar uma indemnização superior ao dano sofrido.

A doutrina colocou a função reparadora da responsabilidade civil num lugar cimeiro e concedeu-lhe toda a primazia. Foi aceitando a função punitiva, mas sempre de modo acessório e secundário. Para justificar, mesmo que inconscientemente, essa posição, são apontados alguns «problemas» à imposição de danos punitivos e à autonomização da função preventivo-punitiva. Identificar e desconstruir esses problemas é o objectivo deste capítulo. Com isso, pretendo verificar se, de facto, constituem verdadeiras barreiras intransponíveis ou se não passam de preconceitos construídos pela tradição.

1 – Problemas «gerais» de Constitucionalidade

Como foi referido no capítulo I, os danos punitivos situam-se na fronteira entre o direito civil e o penal. A função retributiva (e também a preventiva) da responsabilidade civil coincidiria com a finalidade do direito penal e isso revelaria uma certa fraqueza do direito penal no atingir das suas finalidades. Por isso, criou-se a ideia de que a eficácia do direito penal deve ser procurada através de um melhoramento da administração da justiça penal e não no recurso ao direito civil e à ideia de danos punitivos. Se existir esse recurso, serão os próprios princípios gerais do direito e processo penal – princípios esses protegidos pela Constituição da República Portuguesa (CRP) nos artigos 29º e 32º - a ser postos em causa.

Paula Lourenço, caracterizando esta ideia de resistência de imposição aos danos punitivos (ainda que não se reveja nela), concentra deste modo os problemas constitucionais levantados pelos mesmos: «Por um lado, sujeitar o agente a procedimento criminal e a *punitive damages*, é equivalente à aplicação de uma dupla pena, violando-se o princípio do *ne bis in idem* (ou *double jeopardy*), para além de que a imposição daquele pena privada era feita à revelia dos princípios que regem o

processo penal, nomeadamente a presunção de inocência (princípio do *due process*) e a proibição da “autoincriminação” (*self incrimination*), podendo suceder que, se o mesmo comportamento afecta várias vítimas, o lesante corre o risco de ser condenado várias vezes por danos punitivos. Por outro lado, o indeterminado montante dos danos punitivos viola a proibição de atribuição de montantes exagerados e o princípio da igualdade, pois a condutas idênticas podem ser impostas quantias muito diferentes»²⁶.

Em suma, a condenação em danos punitivos seria contrária a alguns dos mais importantes princípios constitucionais: ao princípio do *nullum crimen sine lege*, pois seria possível sancionar qualquer conduta dolosa ou praticada com claro desrespeito pelos direitos alheios (artº 29, nº 1 CRP); o princípio do *ne bis in idem* (artº 29, nº 5 CRP); o princípio da presunção da inocência (artº 32, nº 1 CRP) e o princípio da igualdade (artº 13 CRP). Nos pontos que se seguem analisaremos, de modo mais preciso, estes problemas.

2 – A questão da dupla punição

Temos necessariamente de efectuar duas considerações prévias para que este problema possa ser enquadrado. Em primeiro lugar, como vimos, é verdade que os danos punitivos esbatem as fronteiras entre o direito penal e o direito civil, devido à impossibilidade de se estabelecer uma diferença nítida entre o direito público e o privado. A ideia liberal de que ao direito privado compete apenas a preocupação de compensar o lesado, e que é ao direito público que pertence punir o agente, tem de ser ultrapassada à luz da realidade dos nossos tempos. É também esta ideia retrógrada que faz com que se julgue como válidas apenas as penas públicas, sendo as privadas apelidadas de vingativas.²⁷

²⁶ - Cf. LOURENÇO, Paula Meira, «Os danos punitivos», pp 1082-1083.

Também Júlio Gomes afirma: «(...) aponta-se a inexistência de um limite prévio para a quantia a ser paga a título de sanção e denuncia-se o perigo de sancionar duplamente o mesmo facto quando este é também passível de censura penal. Não tem, mesmo, faltado quem duvide, nos EUA, da constitucionalidade da figura, por estas e outras razões».

Cf. GOMES, Júlio, *Op. Cit.*, p 110.

²⁷ - «Longe vão os tempos em que se julgava poder distinguir responsabilidade civil e responsabilidade criminal, afirmando que a primeira encarava o passado e a segunda olhava para o futuro, ou reparação do dano e pena, porque a primeira visava eliminar um mal e a segunda criar um sofrimento adicional. Cf. IDEM, *Op. Cit.*, p 105. Acrescenta este autor que a figura dos danos punitivos veio «(...) dar maior força às opiniões interpretativas segundo as quais as penas privadas, ou de modo mais geral, as sanções civis punitivas, longe de serem relíquias históricas, podem constituir figuras sancionatórias úteis num quadro de declarada impotência do legislador penal e de estéril fidelidade do legislador civil a modelos ressarcitórios» Cf. IDEM, *Op. Cit.*, p 107.

O desconforto trazido pela figura dos danos punitivos começa precisamente pela necessidade de combate à existência de uma separação absoluta entre o ilícito civil e o ilícito penal, assim como das suas funções, «(...) funções de reparação do dano, o primeiro (ou seja de solução do conflito de interesses privados), punitivas, o segundo, afirmando-se aqui a reacção da comunidade e a resposta pública por excelência ao facto cometido pelo agente»²⁸.

Aceitando esta primeira premissa da não separação absoluta, estamos em condições de aceitar que:

- Nem sempre o direito penal é a melhor forma de regular determinada situação, e as sanções civis podem revelar-se mais eficazes em certos domínios. Em algumas situações, o direito penal é incapaz de dar resposta;²⁹
- Surgiram novas formas de ilícito intermédio: por ex, o direito de mera ordenação social (intermédio entre o ilícito penal e o ilícito administrativo);
- Temos de aproveitar as potencialidades das sanções civis em vez de nos atermos « (...) a considerações estritamente lógicas do género de o direito civil não é o meio apropriado para punir»³⁰.

Em segundo lugar, e como consequência da primeira consideração, o momento sancionatório, longe de ser apenas característico do direito penal, está presente em toda a reacção do ordenamento jurídico à conduta ilícita. E isto, «(...) porquanto sempre existe um interesse público que é colocado em causa, a saber, o interesse na realização dos próprios interesses privados, e o interesse do ordenamento na sua autotutela»³¹.

Ainda que os opositores dos danos punitivos argumentem que estes violam o princípio do *ne bis in idem*, isso não é de todo verdade. Os danos punitivos não concorrem com o direito penal nem se aplicam quando a responsabilidade penal do agente tenha sido

²⁸ - Cf. IDEM, *Op. Cit.*, p 111.

²⁹ - «É que, em certas áreas, como é o caso da difamação via imprensa ou de certas formas de criminalidade económica e práticas de concorrência desleal as sanções civis podem revelar-se como as mais eficazes».

Cf. IDEM, *Op. Cit.*, p. 111.

³⁰ - Cf. IDEM, *Op. Cit.*, p 111.

³¹ - Cf. LOURENÇO, Paula Meira, «Os Danos punitivos», p 1089.

Também Júlio Gomes, «(...) e como a aplicação de penas constitui, desde sempre, um dos meios essenciais de afirmação da imperatividade da ordem jurídica não se compreende por que é que também no direito privado não se deveriam aplicar penas aos transgressores daquele interesse público que é integridade dos comandos estaduais».

Cf. GOMES, Júlio, *Op. Cit.*, p 112.

declarada em processo penal. Quando isso ocorre, o agente já está a ser punido/castigado. Todavia, existem condutas que não estão tipificadas como ilícitos penais e que merecem punição. Os danos punitivos ocupam esse espaço de «indiferença» penal, fazendo com que essas acções não fiquem impunes. O princípio do *non bis in idem* não é violado porque a finalidade punitiva do direito penal não colide e é distinta da função punitiva da responsabilidade civil (nesta, existe uma ligação entre o lesado e o dano). Porém, se a conduta em causa for punida pela lei penal, a punição civil não poderá ser aplicada em simultâneo com a punição penal, sob pena de violação do *non bis in idem*.

3 – A consideração do dano

A) Os Pressupostos da Responsabilidade Civil

Na lei portuguesa, a responsabilidade civil é uma fonte das obrigações. Segundo Rui Alarcão, a mesma pode definir-se como a obrigação imposta a uma pessoa de reparar um prejuízo causado a outrem.³²

A obrigação de indemnizar depende, em regra, da verificação dos seguintes pressupostos:

- a violação ilícita de um direito ou interesse alheio (facto voluntário, ilícito e culposo) – artº 483 CC;
- o nexo de imputação do facto ao agente;
- o dano;
- o nexo de causalidade entre o facto e o dano

³² - Cf. ALARCÃO, Rui, *Direito das Obrigações*, Coimbra, 1983, p 206.

Citando Carneiro da Frada cabe «à ordem jurídica estabilizar expectativas e tutelar condicionantes, envolvimentos e relações da existência humana, protegendo-a de contingências muitas vezes perturbadoras. Nessa sua missão geral (...), compete-lhe também distribuir os diversos riscos de danos e definir os termos em que alguém é convocado a suportar um prejuízo sofrido por outrem (mediante a indemnização). Através da responsabilidade civil tutela-se ou promove-se a institucionalização de uma certa ordenação de bens pelo Direito, pelo que as normas reguladoras da imputação dos danos são, sob este ponto de vista, regras secundárias (ou de tutela) com respeito àquelas que, explícita ou implicitamente, compõem e definem essa ordenação de bens (as normas ordenadoras ou primárias são um prius em relação àquelas)».

Cf. FRADA, Manuel A Carneiro, *Direito Civil – Responsabilidade Civil – O Método do Caso*, Almedina, 2006, p 60

A lei portuguesa não define o que se deve entender por dano, e só a interpretação da doutrina e da jurisprudência nos pode ajudar na sua definição³³. Existem várias distinções que podemos fazer adentro da categoria do dano: podemos distinguir entre danos patrimoniais e danos não patrimoniais (consoante sejam ou não susceptíveis de avaliação pecuniária); danos pessoais e danos não pessoais (produzidos em pessoas ou sobre coisas); dano real ou dano de cálculo (prejuízo que o lesado sofreu em sentido natural, ou a expressão pecuniária do prejuízo); dano emergente e lucro cessante (perda de valores já existentes nos património do lesado, ou os benefícios que este deixou de obter); danos presentes ou futuros e danos directos ou indirectos (consoante tenham ou não resultado imediatamente do facto).

Da conjugação dos artºs 562, 563 e 564 do CC, resulta claro que o dano ressarcível, ainda que futuro, tem de ser certo (e não meramente eventual). Só o prejuízo certo pode ser reparado, não podendo sê-lo o mero prejuízo possível ou eventual, de verificação duvidosa (fundamental para o ponto seguinte, sobre o problema da tentativa). Analisados os preceitos legais vigentes no sistema jurídico português, a visão tradicional apenas reconhece à responsabilidade civil a função reparadora: o prejuízo causado ao lesado é um pressuposto incontornável da responsabilidade civil (contratual ou delitual), visando esta reparar o prejuízo sofrido. O dano assume-se como pressuposto e limite máximo da indemnização.

É claro que, com esta consideração de dano, é praticamente impossível a aceitação dos danos punitivos que, como já afirmei diversas vezes, supõem uma independência do dano (ou pelo menos a possibilidade de o excederem). Talvez seja necessário uma outra consideração de dano, acompanhada de um olhar sobre a realidade actual que nos rodeia, para que prejuízos difusos ou irreparáveis, de difícil determinação, possam ser considerados. O dogma da certeza do dano tem de ser abandonado.

³³ - «O conceito geral de dano compreenderá toda a ideia de destruição ou alteração, em sentido negativo, de uma situação favorável. Não nos devemos, porém, quedar por uma noção circunscrita, naturalística, de dano, antes se devendo adoptar um conceito normativo»

Cf. COSTA, Patrícia Helena Leal Cordeiro, *Dano de perda de chance e a sua perspectiva no direito português*, Coimbra, verbo Jurídico, 2010, p 13.

Para Antunes Varela, dano é a lesão causada no interesse juridicamente tutelado. Cf. VARELA, Antunes, *Op. Cit*, pp 591-592. No entender de Almeida Costa, dano ou prejuízo é toda a ofensa de bens ou interesses alheios protegidos pela ordem jurídica. Cf, COSTA, Almeida, *Direito das Obrigações*, Coimbra, Almedina, 2008, pp 591-599

B) O problema da tentativa

A imposição de danos punitivos implica, como vimos a possibilidade de exceder o dano, ou seja, que a atribuição do montante punitivo seja superior ao dano efectivamente sofrido. No limite, e dada a independência do dano, implica que possa ser condenado o lesante em danos punitivos, mesmo que não tenha existido qualquer dano. Neste caso, seriam impostos danos punitivos por tentativa de dano, à semelhança do que ocorre em direito penal.

Não é preciso grande reflexão para chegarmos à conclusão da posição do nosso ordenamento jurídico face a este problema: Se o escopo da responsabilidade civil é indemnizatório (repara danos), se só acessoriamente se reconhece uma função preventivo-punitiva³⁴, se o dano tem de ser certo³⁵ (e não eventual) e se este constitui um limite inultrapassável, jamais poderá ser aceite a atribuição de danos punitivos por tentativa de dano (por um dano que, ainda que tentado, não tenha chegado a ocorrer).

Ainda que, no meu entender, tenhamos de flexibilizar a ideia da certeza do dano, concordo que não possa existir uma imposição de danos punitivos por mera tentativa. Isso seria entrar em contradição com o próprio instituto da responsabilidade civil, que prevê o dano com pressuposto essencial. Tem de ter existido dano, mas esse dano pode ser difuso (não certo) podendo o montante punitivo ultrapassar o prejuízo causado. A esse assunto voltarei mais tarde.

4 – Incerteza quanto ao seu quantitativo: indeterminação, arbitrariedade e ausência prévia de limite

Uma das críticas muito frequentes dos opositores dos danos punitivos é precisamente o facto do quantitativo dos mesmos não estar determinado previamente. Esse quantitativo

³⁴ - Como escreve Pessoa Jorge: « (...) se a responsabilidade civil desempenhasse exclusivamente função punitiva-preventiva, era de admitir a sua aplicação em caso de tentativa de lesão ou de lesão frustrada, em termos análogos aos que aparecem no direito criminal, bem como devia ser oficiosa a respectiva acção. Além disso, seria de excluir a transmissão *mortis causa* da obrigação de indemnizar»
Cf. JORGE, Pessoa, *Ensaio sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil*, Coimbra, Almedina, 1999, p 49.

³⁵ - Diz-nos Júlio Gomes: « (...) a exigência que o dano seja certo é não apenas imposta pelo bom senso, mas é também necessária para a aplicação do princípio de que a indemnização não deve enriquecer o lesado. Mas esta exigência de certeza suscita sérias dificuldades, porque a vida social não é feita de certezas matemáticas. A certeza a que aqui se faz referência é apenas uma probabilidade suficiente. É este relativismo da certeza, que explica a possibilidade de reparar o dano futuro»
Cf. GOMES, Júlio, *Em Torno do Dano da Perda de Chance – Algumas Reflexões*, em *Studia Iuridica*, 91, Ars Iudicandi, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves, Volume II: Direito Privado, Coimbra Editora, 2008, págs. 291-292.

é estipulado pelo júri sob orientação do juiz e do caso concreto (no direito anglo-saxónico). Ora a crítica reside precisamente nessas «circunstâncias do caso concreto», como sejam o comportamento do agente, a natureza e extensão dos danos e a riqueza do infractor, que parecem ser demasiado vagos.

Arbitrariedade porque, e referimo-nos agora ao direito anglo-saxónico, o júri é composto por pessoas sem formação jurídica, que podem ser preconceituosas e arbitrários na determinação do montante, influenciados pelo grau de riqueza (ou não) dos infractores. É pelo facto dos critérios do júri poderem ser muito vagos e arbitrários que muitos estados americanos impuseram limites a esse quantitativo.

Ainda que compreenda a insegurança que esta atribuição possa causar, é pelo facto de não se encontrarem determinados à partida, isto é, por serem imprevisíveis, que são eficazes na sua função preventiva. Como nos diz Paula Lourenço, «a incapacidade do agente prever o montante de danos punitivos que lhe seria imposto, é a única forma de evitar que os agentes económicos, orientados por critérios de racionalidade económica, tenham a facilidade de optar entre cumprir a lei ou adoptar condutas ilícitas, pois escolherão esta última hipótese sempre que prevejam que os lucros que a conduta ilícita produzir são superiores ao valor dos danos punitivos que seriam condenados a pagar ao lesado»³⁶. O montante punitivo é imposto segundo a equidade, e a impossibilidade de previsão por parte do infractor previne o «curto-circuito do contrato (*contractual bypass*)»³⁷.

Ora, como é sabido, no sistema jurídico português, os julgamentos em que existe a intervenção do júri são muito poucos, pelo que a atribuição do montante punitivo seria feita pelo juiz (com óbvia preparação técnico-jurídica). Assim, é pouco provável que este se deixe influenciar por critérios como, por exemplo, o da riqueza do infractor³⁸. Para além disso, mesmo não estando os montantes punitivos determinados *a priori*, podem ser estabelecidos critérios (limites) pelo legislador, a determinação do montante

³⁶ - Cf. LOURENÇO, Paula Meira, «Os danos punitivos», p 1092.

³⁷ - Como nos diz Paula Lourenço, «(...) expressão utilizada para designar a conduta que consiste em evitar a celebração de um contrato, e sujeitar-se às consequências da responsabilidade civil extracontratual (quando poderia prever *ex ante* a quantia que seria obrigado a pagar» Cf. IDEM, *Op. Cit.*, p 1093.

³⁸ - Paula Lourenço vai mais longe: «Aliás, atendendo às irrisórias compensações punitivas que são atribuídas por danos não patrimoniais, qualquer receio de elevação exacerbada dos montantes, não só é infundado, como a conceber-se, seria até desejável» Cf. IDEM, *A Função Punitiva da Responsabilidade Civil*, p 396.

punitivo pode ser enformada por critérios subjectivos e objectivos (mas a esta questão voltarei no capítulo IV).

5 – São uma sanção do tipo penal

Esta é uma crítica bastante usual quando se fala de danos punitivos. Recuperando parte do que foi dito, quando nos referimos ao problema da dupla punição, vimos que historicamente se foi construindo uma dicotomia entre a responsabilidade penal e a responsabilidade civil. De certo modo, e ainda que já se consiga hoje ter uma visão mais crítica, essa dicotomia ainda persiste «(...) entendendo-se que o direito de punir é uma prerrogativa do Estado que não poderia ser exercida pelos particulares. A justiça privada foi-se transformando numa forma bárbara de justiça»³⁹.

A figura dos danos punitivos esbate precisamente essa fronteira entre o direito penal e o civil, pois encerra uma função retributiva (característica da justiça correctiva) e uma função preventiva (associada à justiça distributiva) sendo, contudo, punição civil. O facto de colocar em causa essa histórica distinção faz com que esta figura seja olhada com alguma desconfiança⁴⁰.

Todavia, se os danos punitivos «têm um pé no civil e outro no penal», isso deve-se ao facto da separação entre direito público e direito privado não ser nítida nem rígida. Temos então de abandonar o dogma de que ao direito privado compete compensar o lesado, e ao público punir o infractor. Como nos diz Paula Lourenço, «(...) o dano socialmente relevante tem uma dimensão individual e comunitária, ou seja, de que os danos punitivos, ao tentar defender a dignidade do indivíduo, acabam igualmente por proteger as normas de conduta da sociedade, influenciando o comportamento dos

³⁹ - Cf. GUIMARÃES, Patrícia Carla Monteiro, *Op. Cit.*, p 166.

Esta autora diz-nos que: «A razão de ser desta distinção reside no facto de que, em toda a sociedade civilizada, há condutas ilícitas que são merecedoras de aplicação de uma pena, enquanto outras apenas dão lugar à obrigação de indemnizar a vítima, pelo dano causado. As primeiras são comportamentos constitutivos de ilícito penal. A sua qualificação, como tal, é produto de uma opção político-legislativa (...) Estes comportamentos puníveis estão tipificados na lei penal. As segundas são as condutas constitutivas de ilícito civil. São comportamentos, simplesmente danosos, não tipificados na lei penal e cuja sanção (uma vez que se entende que apenas lesam um interesse particular) consiste em impor ao autor dos mesmos, uma obrigação de ressarcimento ou indemnização».

Cf. IDEM, *Op. Cit.*, p 166 (nota 17).

⁴⁰ - No entender de Henrique Antunes, «(...) a análise da evolução histórica confirmou a diferenciação de funções entre a responsabilidade civil e a responsabilidade penal e que o estudo do direito contemporâneo revela um fenómeno progressivo de confluência dos dois institutos, mesmo em sistemas jurídicos que desconhecem a condenação em *punitive damages*. A causa desta convergência parece estar na vítima de um crime, no lesado, no propósito de alargar o conteúdo da tutela que lhe é conferida».

Cf. ANTUNES, Henrique, *Op. Cit.*, p 649.

agentes»⁴¹. Assim, e precisamente porque a fronteira público/privado não é estanque, é possível sustentar que existe um momento sancionatório em toda a reacção da ordem jurídica à conduta ilícita. Por isso, existe sempre um interesse público colocado em causa, a saber, o interesse na realização dos próprios interesses privados, ou seja, o próprio Estado tem interesse em que as relações constituídas entre os particulares se realizem licitamente.

Ora, a existência desse momento sancionatório, sendo comum às várias áreas do direito, também está presente no direito privado, ganhando força a ideia de que a justiça privada não é necessariamente negativa ou vil (assim como a justiça penal não será sempre «boa», apresentando as suas lacunas).⁴² O ordenamento jurídico procura sempre defender a sua autoridade, independentemente do ramo que consideremos, usando para isso os meios que julga adequados face à situação em causa e interesses envolvidos (que, como vimos, e mesmo quando não parece, são sempre um misto de público e privado)⁴³. Existe assim um contínuo, que se revela, por exemplo, no aparecimento de formas mistas de ilícito, tal como o Direito de Mera Ordenação Social.

O direito criminal deve ser usado apenas em última *ratio*, servindo para punir ofensas intoleráveis a valores fundamentais da convivência humana, ou seja, infracções com dignidade penal. Se sempre que quiséssemos punir recorrêssemos ao direito penal, seria excessivamente alargada a intervenção do direito criminal, o que o faria perder a sua força e persuasão. O facto de uma conduta não estar criminalizada, não implica que ela seja neutra, e que o agente que a praticou não deva ser punido. A pena privada, consubstanciada nos danos punitivos, é uma reacção face às insuficiências do Direito Penal.

Assim sendo, os danos punitivos não são uma sanção do tipo penal. São sim, pena privada, isto é, são impostos para punir uma conduta ultrajante e para intimidar (o agente e os outros) a prática de conduta futura semelhante. Deverão ser atribuídos

⁴¹ - Cf. LOURENÇO, Paula Meira, «Os danos punitivos», p 1088.

⁴² - Como afirma Paula Lourenço, «A subsistência de penas privadas, por serem medidas sancionatórias aplicadas por uma autoridade no quadro de uma regulamentação que tem a sua origem na autonomia privada, corresponde à dimensão social do Homem e à sua recusa de abdicar do seu espaço de auto decisão e autotutela, em favor do Estado».

Cf. IDEM. *Op.Cit*, p 1089.

⁴³ - « (...) Numa gradação ou continuum de meios que vão desde a simples reparação do dano à privação da liberdade».

Cf. GOMES, Júlio, «Uma função punitiva para a responsabilidade civil e uma função reparatória para a responsabilidade penal», pp. 112-113.

apenas a condutas para as quais este remédio é apropriado (condutas ultrajantes, praticadas com dolo ou negligência grosseira). Ao admiti-los, o juiz pode (e deve) ter em conta, não só a conduta mas também o carácter do réu, a natureza e extensão do dano causado ao queixoso e a riqueza do lesado. Como nos diz Patrícia Guimarães, «(...) o efeito de num julgamento civil se atribuírem danos punitivos não corresponde à pena imposta depois da condenação por um crime, uma vez que é o autor (e não o Estado) o titular da quantia a ser paga pelo réu»⁴⁴.

Consequentemente, não faz sentido atacar os danos punitivos por violação do princípio da presunção de inocência ou de proibição de autoincriminação. Essas são garantias do processo penal, ou seja, do que adjectiva o direito penal. Quando se fala de pena privada – ou punição civil - fala-se da possibilidade de, no âmbito do direito privado (responsabilidade civil) punir o lesante e prevenir condutas semelhantes futuras. A meu ver, e parece-me ser esse o sentido da figura, só faz sentido a imposição de danos punitivos em processo civil quando a responsabilidade penal do agente não tenha sido declarada em processo penal. Existem assim condutas que não são ilícitos penais e que merecem punição.

6 – O Enriquecimento do lesado

Uma das mais relevantes críticas efectuadas pelos opositores dos danos punitivos, e talvez aquela mais difícil de justificar à luz do ordenamento jurídico em geral e do instituto da responsabilidade civil em especial, é a do enriquecimento «injustificado» do lesado. O raciocínio é o seguinte: se os danos punitivos são impostos com o duplo escopo preventivo (prevenir condutas semelhantes do lesante e de outros) e punitivo (castigar o agente), e se estes acrescem à indemnização atribuída ao lesado (como reparação dos danos que sofreu), o lesado acaba por receber “injustificadamente” uma quantia superior (e, por vezes, muito superior), aos danos que sofreu. Como nos indica Paula Lourenço (ainda que não se reveja nesta argumentação), «este possível enriquecimento do lesado, pode gerar uma certa negligência no comportamento das vítimas, as quais preferem deixar acontecer a situação lesiva do que evitá-la (...) o particular é incentivado a recorrer aos tribunais, gerando um número excessivo de processos, nos quais os lesados têm uma posição privilegiada nas negociações, pois o infractor prefere ceder às propostas do lesado, as quais conhece e pode discutir, do que

⁴⁴ - Cf. GUIMARÃES, Patrícia Carla Monteiro, *Op. Cit*, p 169.

submeter-se ao pagamento de uma quantia a título de danos punitivos, cujo montante é indeterminado»⁴⁵.

Mais, se aceitarmos que o agente (lesante) possa ser punido através da restituição ao lesado dos lucros obtidos com a sua conduta ilícita e culposa – sabendo nós que os lesantes podem ser agentes económicos que movimentam “negócios” que envolvem quantias muito elevadas – ainda mais difícil se torna justificar o aparentemente injustificado enriquecimento do lesado. Parece que, para se evitar uma injustiça (o facto da violação do direito ficar sem sanção) se comete uma outra injustiça (a entrega ao lesado de todo o lucro obtido pelo lesante com o acto ilícito e culposos).

Todavia, temos de tomar em linha de conta as seguintes considerações:

- Faz todo o sentido que seja o lesado a receber o montante imposto a título de danos punitivos, pois «(...) a pena privada é uma medida sancionatória (...) em representação de toda a reacção social à conduta do agente, mas com base numa regulamentação que tem a sua origem na autonomia privada, [assim] o lesado não renuncia ao seu espaço de auto decisão a favor do Estado»⁴⁶;
- O lesado é incentivado a propor acção judicial;
- Podem ser julgados infractores que não cometeram qualquer ilícito penal;
- Claro que, se for atribuído um montante punitivo elevado ao lesado, este pode sair enriquecido, ou seja, verifica-se uma alteração substancial na sua situação económica. Todavia, isso não pode ser razão para a sua não imposição, pois «(...) a razão de ser da atribuição da quantia deve corresponder à necessidade de censurar a conduta do agente, ou nos casos em que este responde sem culpa, à função preventiva dos danos punitivos. Se, depois de feita essa ponderação, o *quantum* é elevado, o enriquecimento do lesado é uma consequência meramente eventual, e pode até acontecer que este já tenha uma excelente situação económica»⁴⁷;
- Se não for restituído o lucro ao lesado, para não cometer injustiça sobre o lesante, está-se a cometer injustiça para com o lesado. Ainda que concordemos com o facto de que a obrigação de indemnizar não se possa converter numa fonte de enriquecimento para o lesado, parece ser mais repugnante que o lesante conserve

⁴⁵ - Cf. LOURENÇO, Paula Meira, «Os danos punitivos», pp1083-1084.

⁴⁶ - Cf. IDEM, *Op. Cit.*, p 1091.

⁴⁷ - Cf. IDEM, *Op. Cit.*, pp 1091-1092.

um lucro obtido de modo ilícito, que o facto do lesado receber uma vantagem (que se não fosse este facto não obteria);

- A restituição do lucro tem um importante efeito dissuasor para o lesante, «(...) pois o agente só modificará a sua conduta se vir frustrada a possibilidade de ficar com o lucro resultante da actividade ilícita, em regra superior ao montante a pagar a título de indemnização»⁴⁸. Só a exigência desta restituição evita a actuação do lesado com base em critérios de pura racionalidade económica;
- O enriquecimento do lesado pode ser evitado, através da repartição do lucro, pelo lesado e um terceiro. Prevê-se assim a criação de um fundo que assegurasse o pagamento de indemnizações a outros lesados, caso o lesante não tivesse como pagar a dita indemnização. Mais, a função punitiva da responsabilidade civil seria um importante suporte da função ressarcitória: «Em suma, a função punitiva da responsabilidade civil serviria para financiar fundos de garantia, os quais suportariam a função reparatória da responsabilidade civil – a socialização do lucro aliava-se à socialização do dano»⁴⁹.

7 – Existência de outros institutos: enriquecimento sem causa e a gestão de negócios

Vejamos agora como se podem articular o instituto da responsabilidade civil com o do enriquecimento sem causa, à luz dos danos punitivos, isto é, se estes trazem alguma alteração na relação entre ambos.

Em primeiro lugar, cumpre distinguir as funções de cada um. Enquanto a finalidade da responsabilidade civil é remover os danos, e só muito indirectamente reprime o enriquecimento, o enriquecimento sem causa, pelo contrário, visa directamente reprimir o enriquecimento à custa de outrem, e só de modo eventual e secundário remove o dano. Deste modo, existindo concurso entre a responsabilidade civil e o enriquecimento diz-nos Paula Lourenço, concordando com Menezes Leitão, que «(...) os danos punitivos não se substituem à restituição por enriquecimento, atenta às suas diferentes finalidades, pois enquanto aqueles têm por escopo prevenir a adopção desse tipo de conduta pelo agente, e puni-lo, o instituto do enriquecimento sem causa visa a repressão do enriquecimento injustificado, mas sem o objectivo que é prosseguido pelos danos

⁴⁸ - Cf. LOURENÇO, Paula Meira, *A função Punitiva da Responsabilidade Civil*, p 411.

⁴⁹ - Cf. IDEM, *Op. Cit.*, p 406.

punitivos»⁵⁰. Competirá então ao lesado optar por um dos dois regimes, mesmo sabendo que, muitas vezes, são levados em conta os lucros do lesante no montante imposto a título de danos punitivos⁵¹. Por esse motivo, é de afastar a ideia de que o instituto do enriquecimento sem causa assume um papel residual e subsidiário em relação à responsabilidade civil subjectiva, sendo afastado sempre que estivessem reunidos os pressupostos da mesma. Todavia, «(...) a assunção da função punitiva da responsabilidade civil, e a consequente possibilidade de restituição do lucro obtido pelo agente, tem sem duvida a vantagem de o lesado não precisar de aprovar a gestão pelo *dominus*, pois não está nada interessado em aprovar uma actuação com a qual não concorda, mas ser compelido a fazê-lo unicamente para se lhe aplicar o regime da gestão de negócios, o único que até hoje lhe permitia obter os lucros obtidos pelo agente»⁵². Ora, os danos punitivos permitem a restituição do lucro obtido como forma de punição do lesado.

8 – Socialização do risco (o seguro)

Como sabemos, cada vez mais é prática corrente a realização de seguros de responsabilidade civil. Esse seguro é obrigatório em muitas actividades consideradas perigosas, sendo o exemplo mais comum o seguro automóvel. Assim, é estabelecido um contrato de seguro entre o segurado e uma companhia de seguros, e transferido o risco do primeiro para a segunda, mediante um determinado conjunto de condições e de limites.

Considerando aquilo que vem sendo dito acerca dos danos punitivos e das garantias da sua eficácia (o facto de não existir limite prévio, e do montante ser indeterminado), cumpre saber se a eficácia preventiva desta figura é colocada em causa pela admissão de contratos de seguro que prevejam a cobertura dos danos punitivos, por exemplo, ao nível da responsabilidade do produtor (da relação entre danos punitivos e responsabilidade objectiva trataremos no ponto seguinte). Serão os contratos de seguro incompatíveis com os danos punitivos?

⁵⁰ - Cf. IDEM, «Os danos punitivos», p 1102.

⁵¹ - «A possibilidade de a função punitiva da responsabilidade civil englobar a restituição do lucro obtido pelo agente deve ser articulada com as funções prosseguidas pelo instituto do enriquecimento sem causa e a gestão de negócios (...) No caso de concurso entre a responsabilidade civil e o enriquecimento, a indemnização-punição, a compensação punitiva e a punição civil não substituem a restituição por enriquecimento atenta às suas diferentes finalidades».

Cf. IDEM, *A função punitiva da responsabilidade civil*, pp 426-427.

⁵² - Cf. IDEM, *Op. Cit.*, p 428.

A eficácia preventiva desta figura, e decorrente da sua indeterminação, está na incapacidade do infractor fazer cálculos económicos para saber se o lucro que espera obter ultrapassa a indemnização que terá de pagar ao lesado, acrescida da quantia imposta a título de danos punitivos. Então, a transferência desse risco para um terceiro, vai enfraquecer a eficácia preventivo-punitiva desta figura, pois ela perde efeito dissuasor. É claro que podemos argumentar que o lesante terá de suportar o montante imposto a título de danos punitivos, sempre que este ultrapasse o limite máximo que o seguro cobre, e que terá um conseqüente aumento do prémio, mas estes argumentos não restituem a força dissuasora que a existência do seguro retirou.

Brandão Proença sustenta igualmente que o fim preventivo-punitivo da responsabilidade civil está limitado, e talvez ameaçado, pelo alargamento da cobertura do seguro, «na medida em que o agente da indemnização tende a ser cada vez menos o responsável, o lesado beneficia com a ausência de justificação para a redução, e a “reserva sancionatória” tende a ficar basicamente circunscrita à área das relações internas (na solidariedade), às condutas culposas não cobertas pelo seguro ou com limites de cobertura e ao âmbito dos danos não patrimoniais, desde que desprovidos de tutela reparadora colectiva»⁵³. Assim sendo, é inegável que a diluição da culpa através do seguro de responsabilidade civil retira força à censura feita ao agente.

Por tudo isto, considero que tais contratos não devem ser válidos, isto é, não podem proteger o lesante da imposição de danos punitivos, limitando-se a transferência do risco à reparação dos danos causados ao lesado.

9 – Os danos punitivos e responsabilidade objectiva

Como várias vezes foi afirmado, é dupla a finalidade dos danos punitivos: retribuir e prevenir a conduta do agente que agiu com culpa. Assim, a culpa parece ser um elemento incontornável para a atribuição de uma pena privada. Qual a motivação para punir um agente que actuou sem culpa? Não parece fazer sentido a imposição de danos punitivos nos casos em que a responsabilidade civil não dependa de juízos de culpabilidade.

⁵³ - Cf. PROENÇA, Brandão, *A Conduta do Lesado como Pressuposto e Critério de Imputação do Dano Extracontratual*, Coimbra, Almedina, 2008, p 168 e ss.

Começamos pela responsabilidade objectiva do comitente: o artº 500º do CC prevê as condições em que o comitente responde, independentemente de culpa, pelos danos que o comissário causar. Assim, encontrando-se verificados os pressupostos de atribuição de responsabilidade ao comitente, e sendo o mesmo uma sociedade comercial, se imputarmos a este último danos punitivos, estaremos a puni-lo ou a prevenir a repetição da conduta? À primeira vista parece que não, pois pode não ser o verdadeiro culpado a sofrer as consequências (os gerentes e administradores podem já não ser os mesmos que ordenaram os comportamentos). Não tem assim qualquer efeito dissuasor. Mais, como afirma Paula Lourenço, parafraseando os opositores a esta ideia, «(...) os *punitive damages* teriam efeitos perversos, como sejam o refreamento da iniciativa económica e a repercussão das quantias impostas nos preços dos produtos vendidos aos consumidores»⁵⁴.

Temos de reconhecer que a aplicação da figura dos danos punitivos em situações de responsabilidade objectiva – independente de culpa – pode ser difícil de entender, porque os primeiros foram pensados, tradicionalmente, no âmbito da culpa. Aplicá-los à responsabilidade objectiva em geral, e à do comitente em particular, significa alargar o seu âmbito de aplicação. Esse alargamento é, contudo, dotado de legitimidade: a responsabilidade do comitente é uma responsabilidade pelo risco, e assim, tem plena validade o princípio *ubi commoda ibi incommoda*, ou seja, quem retira as vantagens de uma actividade deve também suportar os seus custos.

Deste modo, e atribuindo danos punitivos neste outro âmbito, estamos a evitar que as sociedades comerciais (comitentes) fujam à responsabilidade civil dos factos praticados pelos elementos que as compõem. Consequentemente, o lesado recebe a sua indemnização e as sociedades teriam de ser mais selectivas e criteriosas na escolha daqueles que a constituem.

Um outro exemplo de responsabilidade objectiva é a responsabilidade civil do produtor. «Nos EUA a responsabilidade civil do produtor por produtos defeituosos ou perigosos verifica-se independentemente de culpa, decorrendo tão só do facto de se colocar no mercado aquele tipo de produtos»⁵⁵. Assim sendo, condutas comerciais fraudulentas (onde possam ser falsificados dados e exames laboratoriais), violação de normas legais

⁵⁴ - Cf. LOURENÇO, Paula Meira, «Os danos punitivos», p 1038.

⁵⁵ - Cf. IDEM, *Op. Cit.*, p 1039.

relativas à segurança dos produtos, inadequada verificação ou controlo de qualidade do produto, desrespeito pelo dever de aviso dos perigos decorrentes da utilização do produto e o não eliminar os defeitos conhecidos ou cognoscíveis mesmo com o produto já em circulação, devem poder originar a imposição de danos punitivos. Todavia, como bem salienta Paula Lourenço «(...) os *punitive damages* não são atribuídos em todos os casos de responsabilidade civil do produtor, mas tão só naquelas situações em que se identifica um comportamento culposos, censurável por parte do produtor, a saber, a referida flagrante indiferença pelos mais altos valores defendidos pelo Direito, como a vida e a integridade física da pessoa humana»⁵⁶.

Sintetizando, vemos assim não ser descabida a imposição de danos punitivos em casos de responsabilidade civil independente de culpa. No início deste trabalho, salientei que a função preventiva e a punitiva eram duas faces da mesma moeda, estando em permanente interligação. Por isso, e mesmo incidindo este trabalho na função punitiva, o aspecto preventivo está sempre presente. Quando se fala da imposição de um montante punitivo, fala-se em castigar o infractor e prevenir (prevenção geral e especial) condutas semelhantes. Nos casos da responsabilidade com culpa, parece que tem primazia o castigar e a prevenção surge como uma consequência necessária. Na responsabilidade objectiva, a prevenção é a finalidade primordial, isto é, tenta-se evitar condutas semelhantes e uma retração por parte do lesante. Claro que o agente também é punido, mas é-o porque não soube prevenir.

10 – Danos punitivos e a responsabilidade obrigacional

É também muito criticada e geradora de polémica a incursão dos danos punitivos na responsabilidade contratual como se, a este nível, não fizesse sentido punir o agente e prevenir condutas futuras. Aliás, o alargamento do âmbito de aplicação dos danos punitivos aos casos de responsabilidade objectiva e de responsabilidade contratual fez como que estes fossem acusados de manifestar uma «crise de identidade».

Não se afigura que a atribuição de um montante punitivo no âmbito obrigacional seja assim tão descabida. Em primeiro lugar, estamos perante um tipo de responsabilidade subjetiva em que, nos termos do artº 799, a culpa se presume. Em segundo lugar, se a finalidade dos danos punitivos é castigar o agente que actuou com culpa, e se a

⁵⁶ - Cf. IDEM, *Op. Cit.*, p 1044.

responsabilidade contratual depende de culpa, não parece despropositado a sua aplicação (mais difícil de justificar seria, como já foi referido, a sua aplicação em casos de responsabilidade objectiva). A culpa é o denominador comum que permite fazer a ligação. Também neste domínio, é bem possível que o lesante, procedendo a cálculos económicos, decida previamente que é mais vantajoso para ele incumprir o contrato - sujeitando-se às respectivas penalidades - que o cumprir. A possibilidade de atribuição de montantes punitivos tem, também neste domínio, um importante efeito dissuasor, pois, como também já sabemos, o montante punitivo é indeterminado e sem limites prévios. Para além disso, não existe nenhuma especificidade nos *punitive damages* que os tornem característicos exclusivamente da responsabilidade extracontratual, nem existe nada na responsabilidade contratual que a retire do âmbito de aplicação dos danos punitivos. Como bem salienta Henrique Antunes, «no direito privado português são em número apreciável as sanções de comportamentos ilícitos contratuais e extracontratuais que excedem a mera indemnização por equivalente dos danos sofridos»⁵⁷.

11 – Imposição de danos punitivos às pessoas colectivas

Este problema relaciona-se de perto com o da atribuição de danos punitivos no âmbito da responsabilidade objectiva. Como também já foi referido, se os mesmos são impostos a pessoas colectivas, isso poderia ser injusto, pois as condutas podem ter sido ordenadas por pessoas que já não pertençam à gerência ou administração da empresa à data da condenação. Como salienta Paula Lourenço, reproduzindo os argumentos usados pelos opositores dos danos punitivos às pessoas colectivas, «(...) a imposição de danos punitivos a pessoas colectivas é ineficaz, na medida em que não pune os responsáveis nem previne a adopção de semelhantes condutas no futuro por parte desse agente mas, ao invés, pune os accionistas das sociedades comerciais e os consumidores»⁵⁸.

A resposta a esta posição serve-se do mesmo argumento utilizado em relação à possibilidade de atribuição de danos punitivos em casos de responsabilidade objectiva: a eficácia da função preventiva. Só deste modo se torna possível dissuadir os lesantes de decidirem com base numa racionalidade económica (em vez de prosseguirem o interesse público). Para além disso, muitos dos possíveis infractores – e talvez aqueles

⁵⁷ - Cf, ANTUNES, Henrique, *Op. Cit.*, p 552.

⁵⁸ - CF, LOURENÇO, Paula Meira, «Os danos punitivos», p 1087.

que possam provocar um maior impacto negativo – são pessoas colectivas, pelo que, retirá-las do campo de aplicação dos danos punitivos, seria deixar um relevante número de situações sem punição⁵⁹.

12 – Os danos não patrimoniais

Como já tivemos oportunidade de referir quando atendemos à distinção entre a função punitiva da responsabilidade civil e danos punitivos, a indemnização por danos não patrimoniais (artº 496 CC, em especial o seu nº 3), é considerada por uma grande parte da doutrina como uma manifestação da função punitiva. Assim, a relação entre os danos punitivos e os danos não patrimoniais é mais fácil de sustentar, talvez porque sejam em menor número os opositores.

O montante de indemnização é fixado pelo tribunal segundo a equidade, com possibilidade de redução da indemnização tendo em conta a existência de mera culpa, e levando em consideração o grau de censura do agente, as condições económicas do lesante e lesado e outras circunstâncias do caso (artº 494 CC, em conjugação com o artº 496, nº 3 CC). A generalidade dos autores encontra aqui fundamento para declarar a natureza retributiva da responsabilidade civil, ou seja, de que a reparação dos danos morais não tem puro carácter indemnizatório, mas também um carácter punitivo (pena privada, castigo). Mesmo aqueles que acolhem a ideia de que a função da responsabilidade civil é reparar danos, e que esta não tem função sancionatória, admitem que, num ou noutro aspecto, se possa aflorar uma subsidiária função punitiva. Os danos não patrimoniais seriam um desses raros aspectos. Claro que este reconhecimento é sempre acompanhado do cuidado em salientar que a indemnização a cargo do lesante jamais pode exceder o valor do dano. Admite-se a existência de um fim repressivo, mas subsidiário e subordinado.

Atendamos à emblemática posição de Menezes Cordeiro que, relativamente aos danos patrimoniais defende que, à responsabilidade por culpa, não é possível apontar uma função punitiva. Afirma este autor que «de facto, e ao contrário do que sucede com o Direito Penal, a responsabilidade civil depende tenazmente da existência de dano. O

⁵⁹ - De referir uma curiosidade: Também o Código Penal, em 2007, no artº 11, estendeu a responsabilidade criminal às pessoas colectivas, ou seja, também elas passam a responder criminalmente. Antes, a responsabilidade criminal apenas dizia respeito às pessoas singulares.

dano frustrado ou a tentativa de dano não são civilmente reprimidos, quando não haja prejuízo. Por outro lado, uma qualquer função punitiva mal se coadunaria com a transmissibilidade, por morte, da obrigação de indemnizar»⁶⁰. Contudo, o mesmo autor tem uma posição completamente diferente em relação aos danos não patrimoniais. Considera que, quando estejam em causa valores morais (relativos à pessoa, família, dignidade, saúde, etc) a responsabilidade civil deve assumir postura “mais avançada”. Afirma Menezes Cordeiro que «as agressões, no sentido mais amplo do termo, multiplicam-se, mercê da evolução tecnológica e da crescente pressão das sociedades modernas sobre as pessoas; paralelamente, parece clara a incapacidade do direito penal clássico para assegurar uma protecção (...) Há, pois, que facilitar a imputação aquiliana, no tocante a danos morais, quer aligeirando – tanto quanto a correcta interpretação da lei o permita – os seus pressupostos, quer reforçando as indemnizações»⁶¹.

Os danos não patrimoniais, e a forma como a lei define as condições para a sua indemnização, permitem mais facilmente visualizar a função retributiva e preventiva da responsabilidade civil. Aceita-se, neste domínio, que a responsabilidade civil não se deve limitar a reparar mas tem de “prevenir o mal e retribuir ofensas”. Menezes Cordeiro chega a afirmar a necessidade de aligeirar a verificação dos pressupostos de indemnização e de reforçar o valor das mesmas. Deste modo, a indemnização por danos não patrimoniais contribui decisivamente para uma sensibilização em relação à função preventivo-punitiva da responsabilidade civil, mostrando que existem valores que não serão cabalmente protegidos de outro modo. Por isso, podemos afirmar que os danos patrimoniais, ao permitirem a entrada dos danos punitivos no ordenamento jurídico português, contribuem decisivamente para a sua compreensão e progressiva aceitação.

⁶⁰ - Cf. CORDEIRO, Menezes, *Direito das Obrigações*, 2º vol, Lisboa, 1986 (reimpressão), pp 277 e ss.

⁶¹ - Cf. IDEM, *Da Responsabilidade Civil dos Administradores das Sociedades Comerciais*, Lex-Edições jurídicas, 1996, p 482 e ss.

IV – Quando, com que legitimidade e com que benefícios sancionar com danos punitivos

Até ao momento destacámos a função preventivo-punitiva da responsabilidade civil, na tentativa de demonstrar que ela existe a par (e não subsidiariamente) da função reparadora ou ressarcitória. Para isso, e depois de uma breve nota acerca da evolução da figura e terminologia, procurámos proceder a uma identificação de algumas questões específicas que se prendem com a relação dos danos punitivos com certos aspectos do direito.

Agora, que sabemos o que são os danos punitivos, ou seja, as suas características e finalidades há que equacionar os termos da sua utilização. Por isso, temo de indagar quando, em que áreas ou situações impor danos punitivos (ponto 1). Depois, temos de nos questionar como o fazer, ou seja, com que legitimidade e critérios (ponto 2). Por fim, e como síntese dos dois pontos anteriores, com que vantagens, isto é, por que motivo recorrer à punição civil naqueles domínios e daquele modo (ponto 3).

1 – Quando (em que situações)?

O Direito, ainda que assente em sólidas estruturas e em alguns princípios inalteráveis, não é, nem pode ser, estanque e inflexível. De facto, trata-se esta de uma verdade clara, óbvia, e que não carecia sequer de ser aqui enunciada. Assim sendo, também os vários ramos e institutos do Direito têm de ser dotados dessa constante capacidade de evolução e de adaptação à realidade. Concretizando, o instituto da responsabilidade civil não pode ficar estagnado no tempo, refugiado em dogmas inultrapassáveis e em certezas absolutas acerca da (não) extensão dos seus pressupostos. Olhando para fora, para os novos desafios que se colocam e, simultaneamente, tendo um profundo conhecimento daquilo que foi e é a responsabilidade civil, será possível encontrar a conjugação possível, ou seja, saber como e até quando podem ser usadas as potencialidades da responsabilidade civil como forma de dar resposta a novos desafios⁶².

⁶² - Como bem lembra Paula Lourenço, « (...) o renascimento da pena privada não é uma ideia retrógrada, nem é produto de um direito bárbaro ou na sua infância, pois por um lado, talvez tenha sido esse eventual pré-entendimento o responsável pela actual hipertrofia e ineficácia do Direito Penal, no âmbito do qual se acautelaram quase todos os novos ilícitos, ou os chamados “ilícitos-mistos”, sem se atentar na utilidade

Aceitar que existe uma função punitiva na responsabilidade civil com relativa autonomia sobre a ressarcitória, é admitir a possibilidade de condenação em danos punitivos, reabilitando assim o conceito de punição civil. Por isso, quando vemos a figura dos danos punitivos renascer e quando é sugerida a sua aplicação a domínios novos de responsabilidade – como, por exemplo, a responsabilidade objectiva -, não se trata de uma crise de identidade no sentido negativo do termo mas sim duma evolução e de uma readaptação da figura (evolução essa que tem como único limite, a meu entender, o entrar em contradição consigo mesma ou com o instituto de que faz parte).

Como nos chama a atenção Paula Lourenço ao longo da sua obra acerca da função punitiva da responsabilidade civil, existem hoje, fruto de alterações a nível económico, social e tecnológico, novos desafios. Essas alterações são relevantes, na medida em que são elas que moldam a realidade em que vivemos, isto é, são responsáveis não só pelo surgimento de novos valores, mas pelo modo com ponderamos os antigos. Desta forma, a autora em questão chama a atenção para a existência de «danos irreparáveis», ou seja, danos praticamente insusceptíveis de avaliação pecuniária, devido à sua difícil caracterização e complexa determinação⁶³. Este novo tipo de danos faz com que não seja adequado continuar a sustentar apenas a função reparadora da responsabilidade civil, o que é relativamente fácil de entender. Se não conseguimos determinar e avaliar o dano, como poderemos, cumprindo as exigências e pressupostos do sistema de responsabilidade civil, repará-lo? Como vamos indemnizar o lesado (ou lesados) pelos danos sofridos, tendo esses danos as características assinaladas? Tendo em conta que muitas das acções causadoras destes danos irreparáveis podem não estar tipificadas como crimes, como se coloca este problema? Mais, fica o agente (lesante) sem qualquer punição? Se assim é, quem garante que não volte a repetir a conduta chegando à conclusão que compensa do ponto de vista económico?

das funções assumidas pela pena privada na responsabilidade civil, injustamente apelidada de “vingativa”».

Cf. LOURENÇO, Paula Meira, «Os danos punitivos», p 1024.

⁶³ - «Com efeito, relativamente aos danos irreparáveis, deparamo-nos com danos insusceptíveis de avaliação em dinheiro (v.g. os danos à saúde, os danos biológicos, ou os danos estéticos), com danos cuja determinação e quantificação é complexa, senão mesmo impossível (danos ambientais), e ainda com danos de difícil caracterização por serem causados por catástrofes nucleares (como p. ex. Chernobyl), sanitárias (v.g. o sangue contaminado, a doença das vacas loucas ou a febre dos suínos) ou climatéricas (como o fenómeno vulgarmente conhecido por “buraco de ozono”».

Cf. IDEM, *A função punitiva da responsabilidade civil*, p 373.

Ao lado destes novos danos irreparáveis, os danos punitivos têm ainda um importante papel de tutela no direito sobre bens imateriais (direitos de autor, de propriedade intelectual, ambiente), *maxime*, sobre os direitos de personalidade.

Como já explicitámos no capítulo anterior, quando nos referimos aos danos não patrimoniais, verificámos que, para muitos autores, o artº 496, nº 3 CC (conjugado com o artº 494 CC) consubstanciaria uma manifestação da função punitiva da responsabilidade civil (mesmo existindo ainda alguns autores que não admitem o dano moral para efeitos de responsabilidade civil). Paradoxalmente, a forma de cálculo das compensações punitivas, decorrente da aplicação dos critérios previstos nos referidos artigos, conduz à atribuição de montantes punitivos diminutos e desajustados ao caso concreto. Como refere Menezes Cordeiro, e como já salientámos, é necessário aligeirar os seus pressupostos e reforçar as indemnizações. Assim sendo, se por um lado é estabelecida a tutela jurídica dos direitos de personalidade – artºs 24º e 25 CRP e norma geral do artº 70º CC -, e a doutrina nacional e estrangeira é unânime em reconhecer a natureza compensatória e punitiva dos danos não patrimoniais, por outro, as decisões jurisprudenciais não reflectem essa posição.

Deste modo, o recurso à pena privada consubstancia um reforço da tutela civil dos direitos de personalidade, dos demais direitos imateriais, e dos «danos irreparáveis», independente da necessidade do aumento do montante indemnizatório (que é baixo, devido à dificuldade de exprimir em termos monetários uma realidade imaterial). É que, se o que é ponderado é não só o prejuízo do lesado mas também o comportamento e a culpa do agente, justifica-se que seja conferida autonomia à função preventivo-punitiva dos danos punitivos. Logo, para além da indemnização pelos danos morais, deve atribuir-se um montante punitivo que retribua as ofensas e previna o mal. Assim, «(...) a imposição de danos punitivos nas violações de direitos de personalidade, se por um lado, pune o autor do facto ilícito e culposo e previne a adopção de tais comportamentos, quer pelo agente (prevenção especial), quer por terceiros (prevenção geral), por outro lado, assegura uma eficaz tutela dos valores subjacentes a tais direitos, já que o Direito Penal se revela incapaz de o fazer»⁶⁴.

⁶⁴ - Cf, IDEM, «Os danos punitivos», p 1105.

2 – Com que legitimidade (Lei e Jurisprudência)

Já vimos em que domínios podemos e devemos recorrer às vantagens da punição civil. Vejamos agora o que legitima esse recurso.

Começemos pela lei. Como analisámos no capítulo II, podemos encontrar várias manifestações do que Paula Lourenço, e outros, designaram como sendo a função punitiva da responsabilidade civil. Todavia, dessas manifestações não decorre imediatamente a ideia de que o nosso ordenamento jurídico admite a condenação em danos punitivos. E isto porque, como também já verificámos, os danos punitivos supõem uma independência em relação ao dano, o que significa que o montante punitivo pode exceder o dano ou ter lugar sem que este tenha ocorrido. Então, o obstáculo não se prende com a consideração da culpa, nem com o ter em conta as demais circunstâncias do caso, como sejam a situação económica do lesante e do lesado. Pelo contrário, o artº494º CC possibilita a fixação da indemnização, segundo a equidade, num montante inferior ao que corresponderia aos danos causados. O problema é a possibilidade da indemnização ser superior ou independente do dano. O dano, o pressuposto da sua certeza, parecem assim ser o grande obstáculo aos danos punitivos.

Na verdade, a indemnização (o montante atribuído a título de indemnização com o fim de repara o dano) não pode ser superior ou independente do dano. Contudo, o montante punitivo, também ao abrigo da responsabilidade civil mas considerando aqui a sua autonomia preventivo-punitiva, pode ser superior ao dano. Assim, e especificando, ao nível da função punitiva, pode ser atribuído um montante superior ao dano mas nunca independente dele. E isto porque, sendo superior, não se perde a ligação ao pressuposto «dano». Pode ser superior, mas ainda assim existiu um dano. Pode este último ser irreparável⁶⁵, difuso, complexo, mas existiu. Aceitar a independência do dano, é quebrar a relação da responsabilidade civil com o mesmo, e fazer com que este instituto entre em contradição consigo mesmo (uma vez que coloca como pressuposto essencial algo que, depois, não necessitaria de ser verificado). Como salienta Paula Lourenço, «(...) a punição civil existe: o montante punitivo encontra-se escondido por detrás do *véu*

⁶⁵ - Os danos irreparáveis são danos complexos, difusos e difíceis de determinar. Todavia, são danos existentes, e jamais poderão ser tidos como presumidos, levando a uma responsabilidade civil sem dano.

indemnizatório, construído pelo dogma da função exclusivamente reparatória da responsabilidade civil». ⁶⁶

Quanto à Jurisprudência: Os tribunais superiores portugueses já reconheceram expressamente a função punitiva da responsabilidade civil ou, se preferirmos, a existência de uma indemnização sancionatória ou punitiva (encontramos uma primeira referência expressa a este conceito em 1998). Relativamente à indemnização dos danos não patrimoniais em geral, o valor indemnizatório não é ainda muito elevado e terá de ser reforçado ⁶⁷. Relativamente ao dano morte em particular, existe um aumento exponencial do montante atribuído ⁶⁸. Todavia, e mesmo comparando com outra jurisprudência europeia – alemã ou italiana – os montantes continuam diminutos.

Por fim, uma palavra quanto ao critério de determinação do montante punitivo, pois este factor é determinante para a legitimidade da sua atribuição: tal como a indemnização reparadora tem os seus critérios de determinação, também o montante punitivo o tem de ter (não esqueçamos que um dos obstáculos para a admissão de danos punitivos é a sua

⁶⁶ - Cf. IDEM, *A função punitiva da Responsabilidade Civil*, pp 418-419.

⁶⁷ - Veja-se alguns exemplos: Ac. STJ de 3-11-2005, Revista n.º 2698/05 (BETTENCOURT DE FARIA), Em caso de IPP de um jovem, a indemnização dos danos não patrimoniais deve atender ao *pretium juventutis*, devendo por isso fixar-se a indemnização, dentro do que são os parâmetros jurisprudenciais, num valor relativamente elevado; Ac STJ de 8 de Março de 2005 Revista n.º 395/05 - 1.ª Secção (LOPES PINTO), Autora à data do acidente tinha 18 anos, era estudante de curso superior, tendo sofrido lesões que determinaram incapacidade total para qualquer tipo de actividade, ocupação ou trabalho e que requerem necessariamente um acompanhamento permanente e continuado por toda a vida (o quadro traçado é de irreversibilidade), afigura-se equitativo e adequado fixar a indemnização em 550.000€ (450.000€ pelos danos patrimoniais e 100.000€ pelos não patrimoniais); Ac STJ 7 de Dezembro de 2005 Revista n.º 3297/05 - 7.ª Secção (FERREIRA DE SOUSA) - reputa-se de adequada e ajustada a indemnização de 75.000 € destinada a compensar os danos não patrimoniais por si sofridos (arts. 494.º e 496.º do CC); Ac STJ de 28 de Setembro de 2006 Revista n.º 2477/06 - 6.ª Secção (SALRETA PEREIRA) - Os danos não patrimoniais sofridos pela recorrente foram graves, não só pelos danos físicos, traumatismo torácico grave e fracturas das vértebras D5 e D6, sem lesão neurológica, mas também pela angústia, aflição e medo que de si se apoderaram, quando do acidente, devido ao seu estado e ao desconhecimento do que acontecera ao marido e filho menor, fixando-se a respectiva em 50.000 €. Acórdãos podem ser consultados em em www.dgsi.pt

⁶⁸ - Relativamente ao dano morte: Ac STJ de 27 de Abril de 2005 Revista n.º 728/05 - 1.ª Secção (FARIA ANTUNES) - É adequada a atribuição efectuada pelas instâncias a título de danos não patrimoniais, de 50.000 € pela perda do direito à vida, 7.500 € pelo dano não patrimonial sofrido pela própria vítima antes de falecer, 15.000 € pelo dano não patrimonial da viúva e 10.000 € pelo dano não patrimonial próprio de cada um dos cinco filhos; Ac STJ de 5 de Maio de 2005 Revista n.º 864/05 - 2.ª Secção (NORONHA NASCIMENTO) - Tratando-se da violação do mais importante direito humano, sustentáculo de todos os restantes, justifica-se o montante de € 50.000,00 para indemnizar a supressão do direito à vida. Acórdãos podem ser consultados em em www.dgsi.pt

indeterminação e ausência de limites prévios). Então, mesmo aceitando que a eficácia dos danos punitivos reside precisamente nesta incapacidade do lesante saber antecipadamente qual a quantia que terá de pagar, devem ser estabelecidos critérios.

Assim, e conforme reafirma Paula Lourenço, o montante deve ser determinado de acordo com um critério subjectivo, ou seja, em função do grau de culpa do agente e/ou um critério objectivo, a saber, o lucro obtido com a prática do facto ilícito culposo. O primeiro tem sempre de ser ponderado, pois é condição de possibilidade da atribuição do montante punitivo (e no grau de culpa inclui-se também casos de responsabilidade objectiva). Quanto ao critério objectivo, pode não estar presente (pois o lesante pode ter praticado o acto ilícito e culposo em vista de um lucro, que nunca chegou a alcançar). Quando ambos estejam presentes, o Tribunal deve decidir segundo a equidade, ou seja, de acordo com as circunstâncias concretas do caso, atribuindo o devido peso a cada um dos critérios. Do equilíbrio destes critérios resulta a realização do duplo escopo dos danos punitivos: punição e prevenção (geral e especial).

4 – Com que benefícios e limites

Depois de vermos em que domínios ⁶⁹ deve ser aplicada a punição civil e qual o modo de o fazer legitimamente, convém explicitar os benefícios que se retiram dessa aplicação. Por fim, teremos igualmente de atender aos limites.

A imposição de danos punitivos traduz-se num reforço da tutela dos valores relativos à pessoa humana. Em casos, por exemplo, de violação do direito à honra, à imagem, ou ao bom nome, possibilita que o lesado seja justamente compensado mas, principalmente, que o lesante seja devidamente castigado. Decorre dessa punição um efeito preventivo dissuasor (especial e geral). Resulta assim uma tutela jurídica da pessoa humana mais eficaz;

Contribuem também para a moralização dos agentes económicos (expressão utilizada por Paula Lourenço transversalmente, nas obras indicadas). Os danos punitivos impedem que o infractor actue como base numa racionalidade puramente económica, pois desencorajam-no de violar os direitos de outrem. Deste modo, o lesante vê-se impedido de fazer cálculo que o levaria, por exemplo, a evitar a celebração de um negócio jurídico, preferindo apropriar-se do bem que pertence a outrem, e sujeitar-se às regras da responsabilidade civil aquiliana (na sua função meramente ressarcitória) – *contractual bypass*. A função reparadora da responsabilidade civil é insuficiente para levar a que o lesante obtenha o consenso negocial em vez de se apropriar de um bem alheio ⁷⁰. A indeterminação prévia do montante punitivo, muitas vezes criticada, é a chave para que este propósito seja alcançado. Esta moralização dos agentes económicos leva a que a responsabilidade civil possa ser “cada vez mais ética”;

Vêm pôr cobro ao enriquecimento «injusto» do autor do facto ilícito e culposo, através da imposição da restituição do lucro obtido ao lesado (ou ao lesado e a um terceiro). Só assim o ilícito deixa de compensar, o que vem contribuir também para que os agentes

⁶⁹ - As áreas referidas no ponto 1 deste capítulo não são as únicas em que a punição civil pode ter lugar. É possível condenar em danos punitivos sempre que isso se justifique, ou seja, sempre que, para além de estarem reunidos os pressupostos da responsabilidade civil, estejam em causa condutas graves, culposas e destruidoras dos principais valores estruturantes da nossa ordem jurídica. Lembrar ainda que essa conduta não pode estar tipificada pelo direito penal. Os domínios a que foi feita referência são assim emblemáticos, permitindo ver com relativa facilidade a utilidade dos danos punitivos.

⁷⁰ - «(...) se o dano moral é subestimado e o lucro cessante tem de ser provado pelo lesado, é natural que o agente prefira pagar uma indemnização puramente ressarcitória em sede de responsabilidade civil, do que obter o consentimento do titular do bem para a celebração de um negócio jurídico»

Cf. GOMES, Júlio, *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*, Porto, Colecção teses, UCP, 1988, p 757.

económicos deixem de actuar só em termos de racionalidade económica e do cálculo do que lhes será mais vantajoso. É claro que há quem critique esta obrigação de restituição do enriquecimento do lesante, dizendo que esta se traduz num enriquecimento também injusto do lesado. No entendimento de Júlio Gomes, essa ideia funda-se no facto de existir um dogma nos países de direito continental em que a obrigação de indemnizar não se pode converter numa fonte de enriquecimento para o lesado. Como salienta Paula Lourenço a propósito do artº 494º CC, «(...) a função sancionatória e preventiva da responsabilidade civil sobrepõe-se à função reparadora, exigindo-se ao lesado que suporte uma parte do dano, para se evitar cometer uma “injustiça” contra o lesante, tendo em conta a sua mera culpa. Porém, nega-se que a função punitiva da responsabilidade civil se sobreponha à função reparatória quando o agente retira do seu comportamento ilícito e culposo um lucro superior ao dano causado. Nesta situação, por que razão não se evita cometer uma “injustiça” contra o lesado?»⁷¹. Para além disso, a possibilidade do lesado poder dividir o lucro com um terceiro – associação que funcionaria como um fundo de garantia de pagamentos de indemnizações a lesados, quando os lesantes não tivessem possibilidade de o fazer – evitaria esse “injusto” enriquecimento.

Por fim, importa indicar as restrições que considero essenciais à imposição de danos punitivos.

O montante atribuído a título de danos punitivos pode ser superior ao dano causado. Isso não implica nenhuma contradição no instituto da responsabilidade civil nem qualquer negação dos seus pressupostos. O que não pode ser é imposta sem ter ocorrido dano. O dano é condição qualitativa para a imposição de danos punitivos. Podem ser complexos, difusos, de difícil verificação, mas têm necessariamente de ter ocorrido;

É de evitar a utilização da expressão «compensação punitiva», onde seria atribuído um valor que simultaneamente indemnizaria o lesado e castigaria o lesante. Com efeito, os critérios que presidem ao seu cálculo são diferentes e o montante punitivo não pode jamais servir para compensar o lesado pela insuficiência da indemnização reparadora. Para além disso, a indemnização ressarcitória não pode ultrapassar o limite do dano, ao

⁷¹ - Cf. LOURENÇO, Paula Meira, «Os Danos Punitivos», p 1099.

Também Henrique Antunes defende essa restituição: «A nossa tese (...) centrou-se na defesa da inclusão das vantagens patrimoniais ilícitas e de efeitos punitivos entre as consequências da responsabilidade civil extracontratual.» Cf. ANTUNES, Henrique, *Op. Cit*, p 649.

contrário do que se passa com os danos punitivos (que podem e devem fazê-lo sempre que isso se justificar). São assim dois montantes a ser atribuídos, que correspondem a funções diferentes e que são calculados também de modo diferente. Porém, são impostos pelo Tribunal em simultâneo;

Por tudo o que foi exposto até ao momento, conclui-se não ser de aceitar a imposição de danos punitivos em áreas «já cobertas pelo direito penal». Se isso acontecer, teriam razão os críticos dos danos punitivos, quando afirmam que estes violariam o princípio do *ne bis in idem*. Os danos impostos devem sê-lo sob a égide do instituto da responsabilidade civil, em situações onde a pena privada possa ser a resposta, e que não sejam criminalizadas pelo direito penal.

Conclusão

A partir de alguns problemas/obstáculos levantados normalmente à imposição de danos punitivos, é objectivo deste trabalho analisar a existência de um espaço para os mesmos no ordenamento jurídico português. Desse esforço reflexivo resultaram algumas considerações que pretendo agora sistematizar:

1. O instituto da responsabilidade civil não é nem pode ser estanque tendo de, à semelhança do que se passa com outros ramos de direito, adaptar-se constantemente a novas realidades. Sendo constantemente posto à prova, urge que se repense a si mesmo e que consiga ir determinando quais as suas potencialidades e os seus limites, ou seja, até onde pode ir sem entrar em contradição consigo mesmo. A punição civil – que mais não é do que a evolução da muito remota pena privada – é possível no âmbito da responsabilidade civil, pois a função preventivo-punitiva tem lugar **a par** (e não de modo acessório) da função reparadora.
2. A função reparadora da responsabilidade civil, que se traduz numa indemnização ressarcitória, tem limites que ela própria, não saíndo do seu escopo reparador, jamais ultrapassará. Pode ser mais ou menos eficaz a reparar o dano e a indemnizar o lesado nos termos estabelecidos pelo nosso CC, mas não consegue assegurar uma justa punição do lesante nem prevenir que este (prevenção especial) ou outros (prevenção geral) pratiquem condutas semelhantes no futuro, isto é, tem uma função punitiva e preventiva muito limitada. Não é aumentando o montante da indemnização compensatória que este problema se resolve (ainda que o mesmo deva ser feito em alguns domínios, como vimos, mas para uma maior eficácia e justiça da função compensatória). Mais, o aumento dos montantes compensatórios não pode servir para sugerir uma punição, pois dessa mistura pouco clara de critérios não definidos, não resultam grandes vantagens ou alterações do estado de coisas. São dois valores diferentes, atribuídos com funções diferentes e, muito importante, determinados de modo diferente. Coexistem a par um do outro, são determinados pelo Tribunal no mesmo momento, e têm o dano como fundamento mas não se confundem.

3. Para que possam ser atribuídos danos punitivos têm de existir danos indemnizáveis. O dano é um pressuposto fundamental da responsabilidade civil (quer na função reparadora quer na função preventivo-punitiva) mas que ganha contornos diferentes consoante a função em causa. Ao nível da indemnização compensatória, não pode ser excedido, em princípio, o limite do dano. Indemnizar é precisamente retirar o dano, suprimi-lo. Mas, ao nível da atribuição de um montante punitivo o dano pode ser excedido⁷². Podem ser impostos danos punitivos superiores ao dano causado, em função da culpa do lesante (critério subjectivo), do lucro obtido pelo agente com a prática do facto ilícito e culposo (critério objectivo), e demais circunstâncias concretas do caso, que o Tribunal deverá decidir de acordo com a equidade. Porém, e ontologicamente falando, o dano tem necessariamente de ter existido e ser indemnizável. Pode ser difuso ou de difícil determinação mas ocorreu e existe. Só assim os danos punitivos se podem conciliar com o instituto da responsabilidade civil e com a verificação dos seus pressupostos. Não pode existir uma imposição de danos punitivos por tentativa de dano ou por dano fracassado.
4. Os chamados danos irreparáveis e os direitos sobre bens imateriais são áreas onde a atribuição de danos punitivos se torna mais relevante. É verdade que, nestes domínios, se sente mais a insuficiência da função reparadora e dos seus critérios no estabelecimento de uma justa indemnização (pois trata-se de danos difusos, de difícil determinação). Mas tem de ser mais que isso pois não podemos aumentar a compensação para punir. São áreas onde normalmente as infracções colocam em causa valores fundamentais da pessoa humana, e onde o respeito pelos valores morais (dignidade, saúde, bom nome, etc) têm de ser protegidos (prevenindo e punindo).
5. Existe um momento sancionatório em toda a reacção do ordenamento jurídico à conduta ilícita. Isso é algo transversal ao Direito, o que nos mostra que não é só ao direito penal que compete punir. O direito penal deve ser utilizado só em último caso, e este não deve ver alargado excessivamente o seu campo de intervenção. Assim, existem condutas que não são criminalizadas pelo direito penal mas que, tendo em vista os valores em causa, devem ser punidas. Esse terreno é, sem dúvida, um espaço de desenvolvimento para a pena privada e suas

⁷² - De salientar que a atribuição de danos punitivos, se tem por finalidade punir e prevenir, não tem necessariamente de se traduzir num montante muito elevado, nem sequer num montante em dinheiro.

potencialidades. A punição civil, sob forma dos danos punitivos, não visa punir o mesmo que o direito penal já pune, pois isso seria violar o princípio da proibição da dupla punição. Visa sim preencher um espaço tido como neutro criminalmente, verificados os seus pressupostos e sob a orientação dos critérios estabelecidos.

6. Arriscaria, e para finalizar o trabalho, a fazer uma proposta de redacção de um artigo, que constaria do CC, onde pudessem ser consagrados os danos punitivos, sem perder, contudo, a ligação ao dano. Esta proposta sintetiza a posição defendida neste trabalho.

Montante punitivo por culpa grave

1. *Quando a responsabilidade se fundar em culpa grave, tendo em conta o lucro obtido pelo lesante com a prática do facto ilícito e demais circunstâncias do caso concreto, pode ser imposto a este um montante punitivo. Este último é atribuído em simultâneo e a par da indemnização compensatória dos danos sofridos podendo, no entanto, ser superior a estes.*
2. *Só pode ser atribuído montante punitivo se existirem danos indemnizáveis.*
3. *Quando for caso disso, o lesante fica obrigado à restituição do lucro obtido à custa da prática do facto ilícito, decidindo o juiz se esse montante é pago na totalidade ao lesado, ou repartido entre o lesado e o fundo de garantia.*

Bibliografia

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

ANTUNES, Henrique, *Da Inclusão do lucro ilícito e de Efeitos Punitivos entre as Consequências da Responsabilidade Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001.

CORDEIRO, Menezes, *Da Responsabilidade Civil dos Administradores das Sociedades Comerciais*, Lex-Edições jurídicas, 1996.

CORDEIRO, Menezes, *Direito das Obrigações*, 2º vol., Lisboa, 1986 (reimpressão).

COSTA, Patrícia Helena Leal Cordeiro, *Dano de perda de chance e a sua perspetiva no direito português*, Coimbra, verbo Jurídico, 2010.

COSTA, Almeida, *Direito das Obrigações*, Coimbra, Almedina, 2008, pp 591-599

FRADA, Manuel A Carneiro, *Direito Civil – Responsabilidade Civil – O Método do Caso*, Almedina, 2006.

GOMES, Júlio, *Em Torno do Dano da Perda de Chance – Algumas Reflexões*, em *Studia Iuridica*, 91, Ars Iudicandi, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves, Volume II: Direito Privado, Coimbra Editora, 2008.

GOMES, Júlio, *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*, Porto, Coleção teses, UCP, 1988.

GOMES, Júlio, *Revista de Direito e Economia*, «Uma função punitiva para a responsabilidade civil e uma função reparatória para a responsabilidade penal?», Coimbra, ano 15(1989), pp 105-144.

GUIMARÃES, Patrícia Carla Monteiro, «Os danos punitivos e a função punitiva da responsabilidade civil», *Direito e Justiça*, v15.1(2001), pp 159-206.

JORGE, Pessoa, *Ensaio sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil*, Coimbra, Almedina, 1999.

LEITÃO, Menezes Luís Manuel Teles, *Direito das Obrigações*, Coimbra, Almedina, 2000.

LOURENÇO, Paula Meira, *A Função Punitiva da Responsabilidade Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006.

LOURENÇO, Paula Meira, «Os danos punitivos», *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. XLIII, n° 2, pp 1024-1025.

MELLO, Alberto de Sá, «Critérios de Apreciação da Culpa na Responsabilidade Civil (Breve Anotação ao Regime do Código)», *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 49 (Setembro 1989).

PROENÇA, Brandão, *A Conduta do Lesado como Pressuposto e Critério de Imputação do Dano Extracontratual*, Coimbra, Almedina, 2008.

VARELA, Antunes, *Das Obrigações em Geral*, Coimbra, Almedina, 2000.

TELLES, Inocêncio Galvão, *Direito das Obrigações*, Coimbra, Coimbra Editora, 1997.

