



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

**A (IN)EXISTÊNCIA E A (IN)ADEQUAÇÃO DA FUNÇÃO
PREVENTIVO-PUNITIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL: UMA
ANÁLISE DO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS**

Mariana Brandão Gomes

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2021



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

**A (IN)EXISTÊNCIA E A (IN)ADEQUAÇÃO DA FUNÇÃO
PREVENTIVO-PUNITIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL: UMA
ANÁLISE DO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS**

Mariana Brandão Gomes

Orientadora: Professora Doutora Maria de Fátima Ribeiro

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2021

AGRADECIMENTOS

A Deus, por ter iluminado os meus caminhos para que eu chegasse até aqui.

À minha família, em especial aos meus pais, que, incondicionalmente, apoiam as minhas escolhas, torcem pelo meu crescimento pessoal e profissional e me possibilitam alcançar todos os meus objetivos, sempre com muito suporte, compreensão e carinho.

Aos meus colegas de mestrado, por todo o conhecimento compartilhado e, principalmente, à minha amiga Alexandra Lopes, que, desde o início foi companheira fiel de abdições e esforços, me acolheu e me incentivou durante todo este processo.

Ao meu companheiro de jornada, Gabriel, por toda a paciência diante das minhas queixas diárias e por toda a sua disponibilidade em me ajudar, nesta reta final, sempre me dando forças no cumprimento das minhas metas.

À minha orientadora, Professora Doutora Maria de Fátima Ribeiro, pela assistência prestada à elaboração desta dissertação e pelo tempo dedicado à sua análise e correção.

Enfim, a todos que, de alguma forma, fizeram parte deste processo e me incentivaram a persistir nos momentos difíceis.

RESUMO

A presente pesquisa se volta a analisar o instituto da responsabilidade civil no Direito português, de modo a verificar se, atualmente, este desempenha, ou deveria desempenhar, uma função punitiva para além da sua função primordialmente reparatória. Para isto, são discutidos os ilícitos lucrativos e a necessidade de remoção do lucro ilícito do lesante como assuntos que levam a doutrina a refletir sobre a necessidade e utilidade da abordagem punitiva da responsabilidade civil. Para a construção do raciocínio, debatem-se temas imprescindíveis como: a teoria da diferença, a (ir)relevância da causa virtual, a compensação dos danos não patrimoniais e o enriquecimento sem causa. Faz-se, ainda, uma análise sobre um instituto de direito comparado, os *punitive damages*, que, noutros países, se presta a exercer uma função preventivo-punitiva na seara do Direito Civil, e sobre as principais críticas à compatibilização dessa ferramenta com o Direito português. Debruça-se, por fim, sobre o exame de algumas normas do Código Civil e de outras legislações nacionais que se utilizam de critérios diversos do clássico, qual seja, o de quantificar a indemnização a ser paga ao lesante de acordo com a extensão do dano e, com isso, abrem espaço à interpretação acerca da existência de um caráter preventivo-punitivo da responsabilidade civil no Ordenamento Jurídico português.

Palavras-chave: responsabilidade civil; danos não patrimoniais; ilícitos lucrativos; remoção do lucro ilícito; indemnização punitiva; função reparatória; função preventivo-punitiva; dissuasão.

ABSTRACT

The present research seeks to analyze the institute of the civil liability in the Portuguese Law, in order to verify if, nowadays, it plays, or should play, a punitive function beyond its primordial reparatory function. To this purpose, lucrative illicit acts and the need of removal of illegal benefits are discussed as issues that lead the doctrine to reflect on the necessity and usefulness of the punitive approach to civil liability. For the construction of reasoning, essential themes are debated, such as: the theory of difference, the (ir) relevance of virtual cause, the compensation of non-patrimonial damages and the unjustified enrichment. There is also an analysis of a comparative law institute, *punitive damages*, which, in other countries, lends itself to exercise a preventive-punitive function in the field of Civil Law, and about the main criticisms of the compatibility of this tool with the Portuguese law. Finally, this research examines some Civil and other national Code's rules, which use other criteria rather than the classic, that is, to quantify the amount of compensation according to the extent of the damage and, by that, open's space to the interpretation about the existence of a preventive-punitive character of civil liability in the Portuguese Legal System.

Key-words: civil liability; non-patrimonial damages; lucrative illicit acts; need of removal of ilegal benefits; punitive damages; reparatory function; preventive-punitive function; dissuasion.

LISTA DE ABREVIATURAS

AAFDL – Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa

Ac. – Acórdão

Act. – actualizada

Apud – citação indireta

art. – Artigo

arts. – Artigos

CC – Código Civil

Cfr. – Confronte

Coord. – coordenador

CP – Código Penal

CPI – Código da Propriedade Industrial

CSC – Código das Sociedades Comerciais

Ed. – Edição

Ibid – citações da mesma obra e com diferença de página

Ibidem – citações da mesma obra e página

n.º - Número

Prof. – Professor

Reimp. – reimpressão

rev. – revisada

s.d. – *sine data* (sem data)

ss. – Seguintes

STJ – Supremo Tribunal de Justiça Trad. – Tradução

TRG – Tribunal da Relação de Guimarães

v.g. – *verbi gratia* (por exemplo)

Vol. – Volume

SUMÁRIO

| | |
|--|----|
| 1 INTRODUÇÃO | 9 |
| 2 A REPARAÇÃO COMO FUNÇÃO CLÁSSICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO PORTUGUÊS | 10 |
| 2.1 A “TEORIA DA DIFERENÇA” | 13 |
| 2.2 A (IR)RELEVÂNCIA DA CAUSA VIRTUAL..... | 15 |
| 2.3 A COMPENSAÇÃO DOS DANOS NÃO PATRIMONIAIS | 17 |
| 3 A INSUFICIÊNCIA DA FUNÇÃO MERAMENTE REPARATÓRIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL E A (DES)NECESSIDADE/(IN)UTILIDADE DE INCLUSÃO DAS FUNÇÕES PUNITIVA x DISSUASIVA/PREVENTIVA | 19 |
| 3.1 OS “ILÍCITOS LUCRATIVOS” | 20 |
| 3.2 A RESTITUIÇÃO DO LUCRO ILÍCITO: A RESPONSABILIDADE CIVIL x O ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA | 22 |
| 3.3 A EXPERIÊNCIA ESTRANGEIRA: OS <i>PUNITIVE DAMAGES</i> | 25 |
| 3.4 PRINCIPAIS CRÍTICAS DOCTRINÁRIAS À APLICAÇÃO DOS <i>PUNITIVE DAMAGES</i> NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS..... | 28 |
| 4 A (IN)EXISTÊNCIA DE MANIFESTAÇÕES DA FUNÇÃO PREVENTIVO-PUNITIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL EM PORTUGAL | 32 |
| 4.1 A POSSIBILIDADE DE LIMITAÇÃO DO <i>QUANTUM</i> INDEMNIZATÓRIO – REALCE AO ART. 494º E OUTROS DO CC | 33 |
| 4.2 A (IM)POSSIBILIDADE DE O <i>QUANTUM</i> INDEMNIZATÓRIO ULTRAPASSAR A EXTENSÃO DO DANO – REALCE AOS ARTS.180º n. 2 do CSC e 347º n. 2 do CPI..... | 36 |
| 5 CONCLUSÃO | 39 |
| REFERÊNCIAS | 42 |

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo versa sobre a (in)existência e (in)adequação da função preventivo-punitiva da responsabilidade civil no ordenamento jurídico português. Esta análise é necessária pois, já há algum tempo, a doutrina questiona a *eficácia* do protagonismo concedido à função estritamente ressarcitória atribuída à responsabilidade civil.

Propomo-nos a analisar, portanto, as razões e disposições legais que sustentam essa função meramente reparatória e as razões pelas quais se tem questionado a sua suficiência e, por conseguinte, considerado acerca da possibilidade de existência ou coexistência de outras funções que poderiam ser (ou são) atribuídas à responsabilidade civil, notadamente as funções de prevenção e punição.

Com foco no objetivo deste trabalho, inicialmente, é relevante que analisemos alguns institutos e teorias que contribuem para a formação (e desconstrução) da ideia central, tais como: o princípio da reconstituição natural, a (ir)relevância da causa virtual, a teoria da diferença, a compensação por danos não patrimoniais e o enriquecimento sem causa.

De seguida, debruçar-se-á sobre os ilícitos lucrativos – isto é – situações nas quais, conscientemente, os agentes calculam obter vantagens com o cometimento da lesão, e sobre a necessidade de remoção do lucro ilícito do lesante como uma forma de prevenção da prática de condutas análogas, a exemplo dos principais motivos que têm levado a doutrina a repensar a responsabilidade civil, as suas funções e contornos, por não entender que a (exclusiva) reparação atenda às demandas que hodiernamente se colocam.

Tratar-se-á, depois, dos *punitive damages*, como instituto de direito comparado que se presta a exercer essa função dissuasivo-punitiva sem nos olvidarmos de pontuar as principais críticas à aplicação do mencionado instituto no nosso ordenamento.

Na última parte deste estudo, procurar-se-á investigar se, a despeito da não existência de previsões legislativas que consagrem uma indemnização punitiva pura ou que adotem os danos punitivos, existem normas que, de algum modo, manifestem traços dessa função. Aventamo-nos, ademais, a discutir a possibilidade de modificação do *quantum* indemnizatório devido ao lesado a título de reparação, ou seja, se este pode estar aquém ou além da extensão do dano e as circunstâncias em que tal acontece.

Após examinadas todas as questões acima mencionadas, concluiremos sobre a existência ou inexistência de outras funções da responsabilidade civil no sistema jurídico português e sobre qual a funcionalidade da inclusão dessas funções.

Releva destacar, no entanto, que este trabalho não pretende analisar pormenorizadamente a evolução da responsabilidade civil ou cada um dos seus pressupostos – que são inequivocamente reconhecidos pela legislação e pela doutrina – mas sim apontar contradições na lei que nos fazem questionar sobre o primado da função reparatória e trazer reflexões críticas sobre a utilidade da inclusão da função preventivo-punitiva como instrumento apto a diminuir os ilícitos.

Para compreender o objetivo desta pesquisa, é importante ter em mente que a responsabilidade civil é um instituto que está ao serviço da sociedade, pelo que deve ser dotado de fluidez e evoluir em conjunto com as mudanças históricas, para que continue a atender, de forma satisfatória, os anseios sociais e não se torne obsoleto.

2 A REPARAÇÃO COMO FUNÇÃO CLÁSSICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO PORTUGUÊS

A responsabilidade civil tem uma origem romanística¹ que, primitivamente, carregava um carácter sancionatório e punitivo, mas que, de forma gradual, assumiu uma vertente essencialmente reparatória, de forma a procurar sempre – e somente – a recomposição de um direito violado².

Nos sistemas jurídicos de *Civil Law*, estabeleceu-se como dogma o facto de que a responsabilidade civil tem por objetivo unicamente *indemnizar*³, recolocar o lesado no

¹ Seria um acréscimo interessante ao presente estudo desenvolver um panorama de evolução do instituto da responsabilidade civil, o que se deixa de fazer por limitações de espaço. É válido, no entanto, esclarecer brevemente algumas ideias: Nos primórdios, a ideia de responsabilidade era associada a uma ideia de punição/vingança privada – *vendeta* – uma vez que não havia ainda a concentração do poder punitivo no Estado. Com a evolução das sociedades, o Estado tomou para si esse papel, mas os traços da ideia de vingança permaneceram enraizados, v.g. a Lei do Talião. Nesse contexto, a pena era resumida a um sentimento de retribuição, de modo que os danos permaneciam sem a devida reparação, pois não havia separação entre o juízo penal e civil. Somente a partir da distinção entre os delitos públicos (ofensas graves, de carácter perturbador da ordem) e os delitos privados é que – paulatinamente – se começa a diferenciar a pena da restituição. Assim, com o desenvolvimento do direito criminal, deu-se relevância e exclusividade às penas públicas, o que tornou a figura da pena quase “incompatível” com o direito civil e ocasionou a completa depreciação da utilidade das antigas penas privadas. CHAVES, 2015, p. 27; AGUIAR DIAS, 2006, pp. 26-27; LIMA, 1999, p. 27.

² GOMES, 1998, pp. 269-270. Em igual sentido: ALMEIDA COSTA, 2008, p. 521.

³ A expressão provém do latim “tornar *indemne*” ou “retirar o dano”. AGUIAR DIAS, 1987, p. 832.

status quo ante, o que remete à ideia de que a vítima do dano não pode obter qualquer vantagem ou benefício maior do que a reparação a que tenha direito, conforme a extensão do dano⁴.

O CC Português, a seguir essa linha, traz no seus arts. 483º/1⁵ e 562º, a previsão de que incumbe ao causador de danos o dever de indemnizar de forma a buscar o restabelecimento do estado anterior^{6/7}. A lei expressa, inclusive, a sua preferência pela busca de uma *reconstituição natural*⁸ do dano, a admitir somente uma indemnização pecuniária nos casos em que não seja possível a primeira, conforme se extrai da leitura do art. 566º/1.

É justamente essa premissa – da função da responsabilidade civil ser exclusivamente reparatória – que se tenta questionar, para saber se não pode (ou não deve) ter, também, um cunho preventivo e repressivo, tal como acontece nos países anglo-saxónicos, dado que, embora ainda existam autores portugueses que revelem a sua adesão a essa corrente clássica, já se aceita a atribuição de uma função preventivo-punitiva à responsabilidade civil, ainda que essa última tenha um papel secundário com relação à função reparadora^{9/10}.

Tem-se notado, aos poucos, uma aceitação da utilização da responsabilidade civil como mecanismo para evitar a prática de condutas ilícitas e passado a perceber que as sanções civis punitivas podem não ser apenas relíquias deixadas pelo sistema Romano antigo, mas sim constituírem-se como ferramentas úteis “num quadro de declarada

⁴ GOMES, 1998, pp. 736 e ss.

⁵ Esta e demais normas do Código Civil mencionadas neste estudo podem ser consultadas em <https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=775&tabela=leis>. Acesso em: 02/11/2020

⁶ ALMEIDA COSTA, 2008, p. 521.

⁷ Cabe evidenciar que o art. 2364º do Código de Seabra já diferenciava as esferas de atuação das responsabilidades penal e civil, de forma a atribuir àquela a obrigação de submeter o autor do facto delituoso a uma pena decretada em lei e, a esta, a obrigação do autor do facto de satisfazer ao lesado as perdas que lhe tenha ocasionado. Código de Seabra. Disponível em: <<http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Codigo-Civil-Portugues-de-1867.pdf>>. Acesso em: 25/01/201.

⁸ A reparação natural pode ser material e económica e, quando há essa coincidência não existe dificuldade em restabelecer o estado anterior, visto que consistirá na entrega do bem que fora subtraído ou de outro da mesma espécie (caso seja fungível), mas a indemnização pecuniária deve ser uma alternativa subsidiária pois, por vezes, é impossível se proceder à reconstituição natural do objeto do ilícito. AGUIAR DIAS, 1987, pp. 845 e ss.

⁹ GOMES, 1989, pp. 105-106. No mesmo sentido: ANTUNES, 2011, p. 205 e, CARNEIRO DA FRADA, 2010, p. 64.

¹⁰ “Cabe, hoje em dia, reconhecer que a responsabilidade civil apresenta uma clara dimensão preventiva em relação a certos bens jurídicos ou quando a repercussão social da lesão apura-se manifesta. A este último respeito, assim acontece na hipótese de uma significativa reiteração do facto lesivo, ou do dano, em virtude do elevado número de pessoas lesadas pela conduta em juízo, ou, ainda, um resultado do amplo alcance midiático do caso. Encontra, naquele âmbito dissuasivo, especial relevo a ponderação do lucro obtido pelo lesante na determinação da obrigação de indemnização”. ANTUNES, 2011, pp. 205-206.

impotência do legislador penal e de estéril fidelidade do legislador civil a modelos ressarcitórios”¹¹.

O reaparecimento da ideia de utilidade de um viés sancionatório da indemnização por parte da doutrina portuguesa, a partir do fim do século XX, se deu em virtude da crescente “desmaterialização do Direito Privado” – que se traduz no aumento dos casos de danos não patrimoniais, reiteração de condutas ilícitas pautadas numa perspetiva meramente económica, necessidade de outros mecanismos que assegurem o cumprimento de direitos e obrigações e crescimento dos chamados “danos irreparáveis”¹² – visto que, conjugados, esses fenómenos puseram em crise a função clássica da responsabilidade civil¹³.

Pode-se afirmar, então, que há no direito português um dogma da função de reparação da responsabilidade civil, que vem, cada dia mais, sendo questionado e, muito embora não exista, no CC, norma expressa que consagre a função sancionatória da responsabilidade civil, poder-se-á verificar a existência de normas com manifestações desse traço (ainda que implícitas), como será oportunamente demonstrado no presente trabalho.

Destaque-se, ainda, que na atualidade, estão abertas as portas de discussão sobre diversos temas acerca do instituto da responsabilidade civil, os quais, de algum modo, fazem emergir uma necessidade de atualização dos contornos postos, v.g.: a socialização do risco, a objetivação do conceito de culpa, questões relativas à extensão da indemnização, o questionamento dos seus pressupostos, a remoção do lucro ilícito do lesante, entre outros, que, por questões de pertinência temática, não serão todos objeto de análise do presente estudo, mas que nos levam a refletir sobre a impossibilidade de se estabelecer uma unidade dogmática num instituto que precisa de ser fluido¹⁴.

¹¹ GOMES, 1989, p. 107.

¹² Os “danos irreparáveis” são classificados pela doutrina como aqueles insusceptíveis ou de difícil quantificação pecuniária ou, ainda, de difícil caracterização, tais como: danos à saúde, estéticos, biológicos, ambientais, entre outros e, frente a essa categoria de danos, a função exclusivamente reparatória da responsabilidade civil não se mostra suficiente. LOURENÇO, 2006, p. 373.

¹³ LOURENÇO, 2008, p. 11. Disponível em: <https://www.stj.pt/wp-content/uploads/2018/09/responsabilidadecivil_paulameiralourenco.pdf>. Acesso em: 05/11/2020 e ainda PINTO MONTEIRO, 1990, pp. 659-663.

¹⁴ ALMEIDA COSTA, 2008, pp. 533 e ss.

2.1 A “TEORIA DA DIFERENÇA”

Outro facto que evidencia a clássica natureza reparatória da responsabilidade civil no ordenamento jurídico português é a impossibilidade, *a priori*, do montante indemnizatório ultrapassar o valor do dano causado, em virtude da chamada *Teoria da Diferença*, a qual está positivada no CC, no art. 566º/2.

Diz-se que o berço da teoria da diferença foi a Alemanha, com a influência de MOMMSEN, no §249 do BGB¹⁵. FRIEDRICH MOMMSEN dedicou-se ao estudo do *interesse* e definiu-o como a “diferença entre o património de uma pessoa em determinado momento, e a situação que estaria o património neste mesmo determinado momento sem a ocorrência do evento danoso¹⁶.”

A seguir essa linha, a teoria da diferença determina que “(...) o montante da indemnização em dinheiro deve medir-se pela diferença entre a situação (real) em que o lesado se encontra e a situação (hipotética) em que se encontraria se o dano não tivesse sido causado¹⁷.”

PESSOA JORGE¹⁸ chama a atenção para o facto de que a parte final da redação do nº 2 do art. 566 – “se não existissem danos” – não está assim posta por acaso, pois, na verdade, no anteprojeto do *Codex* era utilizada expressão diversa: “se não ocorresse o facto lesivo”, a qual não foi transcrita na redação final, pois, se assim fosse, poderiam os juristas ser levados a crer que a totalidade dos danos decorrentes da lesão – ainda que não tivessem causalidade direta com o evento – estariam abarcados na reparação.

Mas, como é sabido, por força do art. 563º do CC, o qual trata o nexo de causalidade, só existe obrigação de indemnizar quanto aos “danos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão”, ou seja, não basta a sucessão

¹⁵ “§249. Natureza e extensão dos danos. (1) quem estiver obrigado pela reparação dos danos deve restituir o estado que existiria se a circunstância que obriga a indenizar não tivesse ocorrido. (2) se o dano derivar de uma ofensa à pessoa ou a um bem, o lesado poderá demandar o equivalente pecuniário no lugar da restituição natural. Quando o dano for a um bem, a quantia monetária exigível por força do tem (1) somente inclui o pagamento de impostos se e na medida em que esse realmente tenha ocorrido.” Informação e tradução por STEINER, 2016, p. 24. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-20082016-121314/publico/Renata_Carlos_Steiner_INTEGRAL.pdf>. Acesso em: 02/02/21. No mesmo sentido, PEREIRA COELHO, 1955, pp. 280 e ss.

¹⁶ MOMMSEN, 1855, p. 3 *apud* STEINER, 2016, p. 25.

¹⁷ LOURENÇO, 2006, p. 251 (nota 1).

¹⁸ PESSOA JORGE, 1999, p. 414. *Cfr* ainda: SILVA, 2019, pp. 9-11. Disponível em: <<https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/28409/1/Compensatio%20Lucri%20Cum%20Damno%20-%20Uma%20Aprecia%C3%A7ao%20da%20Jurisprudencia%20Portuguesa%20-%20finalissimo.pdf>>. Acesso em: 10/01/21.

cronológica ou mera coincidência, mas, antes, devem ser objeto de ressarcimento apenas os danos causados pelo facto e que dele resultam¹⁹.

Cabe explicar, no entanto, que estamos diante de uma regra geral que admite exceções. Isto é, existem situações especiais nas quais a indemnização não é medida pela exacta extensão do dano, uma vez que é levado em conta o grau de culpa dos agentes²⁰, ou, ainda, no campo da autonomia privada, situações nas quais as partes pré-determinam os montantes indemnizatórios em caso de descumprimento v.g. a Cláusula Penal²¹.

Deve ter-se em conta, ainda, que a teoria da diferença aplica-se para os danos patrimoniais, mas, no que toca aos danos não patrimoniais, não é possível fazer esse cálculo aritmético da situação anterior e posterior ao dano, por não serem susceptíveis de avaliação económica exacta²².

MOTA PINTO²³ ressalva, entretanto, que embora a teoria da diferença seja muito difundida pela doutrina e seguida *nemine discrepante*²⁴ na jurisprudência portuguesa, trata-se de uma “fórmula simples e apriorística” que merece alguma crítica, pois mostra-se insuficiente para a determinação do conceito de dano na medida em que, para além de fazer uma consideração redutora de “património” (bens com valor de troca), deixa de abarcar satisfatoriamente situações que são atualmente reconhecidas e relevantes como, entre outros, os danos de privação do uso e a eventual compensação de vantagens²⁵.

¹⁹ ANTUNES VARELA, 2016, pp. 879-880.

²⁰ A exemplo dos arts. 494º e 570º do CC. Para compreender melhor essas ditas “exceções” à regra da teoria da diferença, ver tópico “4.1” deste estudo. É interessante destacar, ainda, que essa regra está presente em outros ordenamentos, v.g. o brasileiro, conforme se observa da redação do art. 944 do Código Civil Brasileiro (Lei 10.406/02): “A indenização mede-se pela extensão do dano.” Mas, também naquele ordenamento, o parágrafo único do mesmo dispositivo traz a possibilidade da indemnização ser graduada equitativamente conforme o grau de culpa, à semelhança do que dispõe o art. 494º do ordenamento jurídico português. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 02/02/21.

²¹ A cláusula penal consiste numa prestação que o devedor ficará obrigado perante o credor, caso não cumpra a obrigação que fora pactuada entre as partes. Tem por objetivo compelir o devedor a cumprir com as obrigações que assumira, por receio de sofrer um prejuízo maior do que aquele que teria segundo as regras gerais. Está prevista no art. 810º do CC. RIBEIRO DE FARIA, 1990, pp. 519-521.

²² NAVEIRA ZARRA, 2006, p. 65. No mesmo sentido: Ac. STJ 31/05/2011 (Sebastião Póvoas) Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/>> Acesso em 02/02/21.

²³ MOTA PINTO, 2008, pp. 803 e ss.

²⁴ Significa dizer que se trata de uma orientação uniforme e pacífica, a qual não se questiona. *Ibid.*, p. 812.

²⁵ Mesmo a fazer uma crítica à concepção Mommseniana da teoria da diferença, a colocar-lhe como uma construção de “um termo hipotético de comparação”, Mota Pinto reconhece que houve várias tentativas de substituição da definição do dano como diferença, por noções concretas ou normativas do dano, mas não houve aderência dessas teses pela maioria da doutrina e acrescenta que a teoria não é de todo ruim, só precisa de ser, em alguns casos, complementada por outras. MOTA PINTO, 2008, pp. 805 e ss.

A ter-se em conta que, desse modo, não se coloca uma regra definitiva e imutável, nota-se uma vez mais que, embora a função de reparação tenha maior destaque no âmbito da responsabilidade civil, há espaço para que se discutam outras funções necessárias ou até existentes.

2.2 A (IR)RELEVÂNCIA DA CAUSA VIRTUAL

Na continuação de alguma reflexão que envolve o nexo de causalidade, a análise da teoria da diferença clama que se perpassasse, mesmo que de modo breve, pelo enfrentamento do problema da causa virtual, o qual envolve a existência de uma convergência/concorrência entre a causa real e a causa virtual, na hipótese em que a primeira gerou um resultado que a segunda teria causado (no mundo hipotético do “se”)²⁶.

É necessário que se faça, pois, a distinção entre a *relevância positiva* e a *relevância negativa* da causa virtual. A primeira diz respeito a entender que a indemnização a ser paga ao lesado não compete só ao causador da causa real, mas também àquele que praticou a causa virtual, já a segunda, implica defender que o agente que deu ensejo à causa real não seria responsabilizado pelo dano sempre que se provar que o dano se produziria, de qualquer modo, em virtude da causa virtual²⁷.

O clássico entendimento de PEREIRA COELHO, no seu aprofundado estudo sobre o tema – ainda na vigência do Código de Seabra – implicou defender, como regra geral, a solução da irrelevância da causa virtual sob o argumento de que, ainda que a causa hipotética pudesse interferir na responsabilidade do lesante, a obrigação de reparação deveria subsistir, não só para indemnizar, mas como forma de sanção e prevenção de condutas que, com dolo ou culpa, violam bens juridicamente protegidos²⁸.

Atualmente, no direito português, a doutrina é pacífica²⁹ em reconhecer que a causalidade virtual não possui relevância positiva, uma vez que não é possível responsabilizar alguém em decorrência de um acto que não provocou o dano, pois fica a faltar um dos pressupostos de configuração da responsabilidade civil, *in casu* o nexo de causalidade (*adequado, efectivo* ou *real*), trazido pelo já mencionado art. 563º do CC³⁰.

²⁶ COSTA, 2011, 867.

²⁷ PEREIRA COELHO, 1955, p. 52.

²⁸ *Ibid*, pp. 293 e ss.

²⁹ ANTUNES VARELA, 2016, p. 926.

³⁰ ROMANO MARTINEZ, 2003, pp. 100-101.

No que toca à relevância negativa, no entanto, há discussão doutrinal³¹, mas, em princípio, é defendida a irrelevância da causalidade virtual negativa, pois não deve ser possível ao autor de um facto que gerou dano escusar-se à sua responsabilização ao invocar a existência de uma causa hipotética³².

Todavia, no regime adotado pelo CC de 1966 são reconhecidos casos excepcionais³³ nos quais a causalidade virtual tem relevância negativa e é possível observar que estes geralmente trazem um carácter *accidental* dos danos postos, isto é, um misto de culpa do responsável e de facto de terceiro ou facto fortuito^{34/35}.

Como acontece em quase todos os temas no direito, no entanto, PESSOA JORGE, na contramão da maioria da doutrina, defende a relevância da causa virtual negativa tendo por base a função essencialmente reparadora da indemnização e diz: “a regra geral deveria ser a de o lesante indemnizar os prejuízos que causou, *ainda que os mesmos ocorressem não tivesse havido a lesão(...)*”^{36/37}.

Inobstante, o posicionamento dissonante traduzido acima, pode concluir-se, em apertada síntese, que o sentido da lei prega a geral irrelevância negativa da causa virtual – quando os danos decorram de conduta praticada com dolo ou culpa pelo lesante – o que evidencia um posicionamento cada vez mais adepto à ideia de que a responsabilidade civil não se presta somente à função de indemnizar, mas também admite um escopo preventivo-sancionatório³⁸.

³¹ ANTUNES VARELA, 2016, p. 927.

³² COSTA, 2011, 875.

³³ Chama-se a atenção para as normas 491º, 492º nº 1, 493º nº 1 e 807 nº 2 do CC. ROMANO MARTINEZ, Pedro, 2003, p. 101. Além destas, pode acrescentar-se os arts. 616º, nº 2 e 1136º, nº 2 do CC. COSTA, 2011, p. 881. Destaca-se, no entanto, que, na vigência do Código de Seabra, Pereira Coelho já falava sobre as exceções que, naquela altura, estavam contidas nos arts. 496º e 1731º. PEREIRA COELHO, 1955, p. 289.

³⁴ Antunes Varela esclarece que o art. 11º do CC veda a aplicação analógica dos casos excepcionais em que se admite a relevância negativa da causa virtual. ANTUNES VARELA, 2016, pp. 932 e ss.

³⁵ Pereira Coelho evidencia que, nesses casos excepcionais, o facto de a lei responsabilizar os agentes em função de danos acidentais – que não lhes são imputáveis – significa um alargamento da normal esfera de responsabilidade e, por conta disso, é permitido que seja invocada uma causa hipotética que teria igualmente produzido esses danos. PEREIRA COELHO, 1955, p. 289.

³⁶ PESSOA JORGE, 1999, p. 417.

³⁷ O posicionamento defendido por Pessoa Jorge se “justifica” se considerarmos que a responsabilidade civil tem função unicamente reparadora, pois, neste caso, a relevância negativa seria “corolário lógico” da teoria da diferença e, uma vez que a causa virtual tivesse anulado a diferença que foi gerada no património do lesado em razão da causa real, não haveria o que ser reparado. Mas, ao assumir-se a função preventivo-punitiva da responsabilidade, faz sentido defender a irrelevância negativa, pois, assim, mantém-se a subsistência do dever de indemnizar, ainda que exista uma causa virtual. *Cfr.* PEREIRA COELHO, 1955, p. 297 e LOURENÇO, 2006, pp. 273 e ss.

³⁸ LOURENÇO, 2006, p. 277.

2.3 A COMPENSAÇÃO DOS DANOS NÃO PATRIMONIAIS

Ultrapassada a análise de assuntos relacionados à reparação dos danos patrimoniais, como o princípio da reconstituição natural e a teoria da diferença e, antes de avançar para o próximo capítulo, é relevante tecer algumas considerações acerca da ressarcibilidade dos danos não patrimoniais³⁹, que são aqueles que não se refletem no património do lesado, mas em outros planos, notadamente no espiritual e moral⁴⁰.

Historicamente, não se entendia possível haver a reparação dos danos não materiais por estar associada a uma ideia de imoralidade, de atribuir um preço à dor⁴¹. O chamado *pretium doloris* não era admissível nos ordenamentos de tradição romano-germânica⁴² e vários argumentos serviam como óbices a essa possibilidade de reparação, entre os quais se destacam: a efemeridade do dano moral, a dificuldade de verificação da existência do dano, a impossibilidade de uma rigorosa avaliação pecuniária do dano moral, e – principalmente – a imoralidade da compensação da dor com pecúnia⁴³.

Entendia-se, assim, que esta categoria de danos mostrava-se insusceptível de efetiva *reparação*, porém, na atualidade, a maior parte da doutrina defende a sua *compensação*⁴⁴, escudando-se no argumento de que é preferível proporcionar ao lesado essa retribuição do que deixá-lo desamparado⁴⁵.

No direito português, o CC admite, no art. 496º/1, a compensação dos danos não patrimoniais que sejam particularmente graves⁴⁶, de forma a merecer a tutela do direito,

³⁹ Alguns autores destacam não haver razão para distinções terminológicas entre “danos não patrimoniais”, “danos morais” e “danos extrapatrimoniais”, pelo que, por fins didáticos, esta dissertação considera as expressões como sinônimas. Neste sentido: CHAVES, 2015, p. 267; ROMANO MARTINEZ, 2003, p. 87 e, GALVÃO TELLES, 1989, p. 375.

⁴⁰ RANGEL, 2004, pp. 32-33. Ainda, Antunes Varela exemplifica: “as dores físicas, os desgostos, morais, os vexames, a perda de prestígio ou de reputação, os complexos de ordem estética. ANTUNES VARELA, 2016, p. 601.

⁴¹ Neste sentido: GOMES, 1989, p. 118; RIBEIRO DE FARIA, 1990, p. 487 e GALVÃO TELLES, 1989, p. 376.

⁴² MORAES, 2007, pp. 145-146.

⁴³ Galvão Telles rechaça fortemente a ideia da imoralidade nessa reparação e afirma que “Imoral seria decerto mercadejar bens espirituais, fazer comércio com eles.” GALVÃO TELLES, 1989, p. 378. *Cfr* ainda RIBEIRO DE FARIA, 1990, pp. 489-490 e RANGEL, 2004, pp. 33-34.

⁴⁴ Galvão Telles sugere que pode-se dizer que há uma “reparação indirecta”. *Ibid*, p. 377.

⁴⁵ ALMEIDA COSTA, 2008, p. 599; GOMES, 1989, p. 118; ROMANO MARTINEZ, 2003, p. 87.

⁴⁶ Sobre a gravidade dos danos, Almeida Costa explica que estarão excluídos de compensação “os pequenos incómodos ou contrariedades, assim como os sofrimentos ou desgostos que resultam de uma sensibilidade anómala.” ALMEIDA COSTA, 2008, p. 601. No mesmo sentido SANSEVERINO, 2011, pp. 264-265. Acrescenta-se que o BGB alemão apresenta a maior restrição, a nível de direito comparado, no que toca à reparação pecuniária dos danos não patrimoniais, uma vez que o § 253 do *Codex* diz que só são passíveis de indemnização os casos especialmente previstos em lei (não abrange aqueles que tenham fonte em violações contratuais, impossibilidade de prestação ou na mora). FISCHER, 1938, pp. 262 e ss. Texto da

de modo que deve, o montante, ser equitativamente fixado pelo tribunal, e a ter em causa, para isso, os critérios estabelecidos pelo art. 494º do mesmo diploma, tais como: a extensão do dano e a sua gravidade, o grau de culpa do lesante, a situação económica do lesante e a do lesado⁴⁷.

Parte da doutrina defende que os danos não patrimoniais carregam uma vertente punitiva⁴⁸, na medida em que proporcionam uma satisfação patrimonial “inadequada” ao repor a vítima do dano à situação que se encontrava anteriormente – já que aqui não tem como ser aplicado o princípio da reconstituição natural⁴⁹ – de modo que o ato de reparar os danos morais traduzir-se-ia como um misto de satisfação e pena, dado que essa categoria de interesses jurídicos extrapatrimoniais não tem “preço” e, portanto, serviria como uma consequência/penalidade ao lesante, na medida em que lhe diminui o património⁵⁰. Também se encontram manifestações dessa tese na jurisprudência do STJ⁵¹.

No viés seguido por este estudo, contudo, embora se perfilhe o entendimento de que não é possível ao ofensor furtar-se às consequências do dano causado sob o argumento de que “o dano moral não seja indemnizável”, (mesmo porque o sistema jurídico português positivou essa hipótese expressamente), não se concorda com o raciocínio de que exista um viés punitivo exclusivo da categoria de danos não patrimoniais.

Isto porque, acredita-se que a função punitiva não seja inerente à categoria dos danos não patrimoniais – não se caracteriza essa “dupla função” – como defendem

norma disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p0761>. Acesso em 23/02/21.

⁴⁷ Parte da doutrina afirma que os danos não patrimoniais não se limitam às situações de responsabilidade extracontratual, e podem aplicar-se também nos casos de incumprimento de obrigações. *Cfr.* ROMANO MARTINEZ, 2003, p. 87; GALVÃO TELLES, 1989, p. 383, mas, há quem discorde desse entendimento, v.g. RIBEIRO DE FARIA, 1990, p. 493.

⁴⁸ Corroborar essa tese Júlio Gomes, quando afirma que pelo facto de o montante indemnizatório ser sempre definido utilizando-se a técnica da equidade seria ainda mais fácil, nesta esfera, levar em conta o grau de culpabilidade do lesante na fixação da compensação “por motivações punitivas mais ou menos conscientes”. GOMES, 1989, p. 122, em igual sentido GALVÃO TELLES, 1989, p. 387 (nota 2). Já Brandão Proença, embora não concorde com o viés punitivo, entende o lastro encontrado por parte da doutrina para defender essa afirmação, uma vez que: “(...) a *natureza* do dano em causa, a necessidade de se relevar a *intensidade* da conduta *culposa* e a circunstância da sua possível *não cobertura pelo seguro* são razões que parecem apontar para aquele escopo.” BRANDÃO PROENÇA, 1997, pp. 167-168.

⁴⁹ Sobre o tema, Hans Fischer afirma que, não obstante nessa seara a indemnização pecuniária não consiga alcançar uma reconstituição natural, pode, quando nada, viabilizar a aquisição de outros bens que contribuam para diminuir o dano causado. FISCHER, 1938, p. 236-237. Defendem ainda a impossibilidade da reconstituição natural: MATOS, 2017, p. 44 e ANTUNES, 2011, pp. 93 e ss.

⁵⁰ DINIZ, 2011, p. 125.

⁵¹ Ac. STJ 05/01/2016 (Pinto de Almeida); Ac. STJ 26/01/2016 (Fonseca Ramos); Ac. STJ 02/05/2012 (Fonseca Ramos); Ac. STJ 19/05/2010 (Fonseca Ramos); Disponíveis em: <<http://www.dgsi.pt/>> Acesso em 13/03/21.

muitos, pois o facto de o dano moral ser indemnizável não se relaciona com a necessidade de punir o ofensor, mas sim com a necessidade de *compensar* a vítima lesada, tal como acontece com a necessidade de *reparar*, no caso dos danos patrimoniais^{52/53}.

Assim, conforme restará demonstrado no decorrer desta investigação, existe um instituto diverso, a nível de direito comparado, que se apresenta como um *plus* indemnizatório, o qual se volta a cumprir essa função punitiva e dissuasiva e, ainda, no direito português atual, a verificação da existência de um viés preventivo-punitivo na responsabilidade civil perpassa pela análise do reflexo do grau de culpa do agente no montante indemnizatório ou na possibilidade da indemnização superar o valor do dano em si mesmo, mas não nos parece correto assacar uma função punitiva intrínseca à seara da compensação dos danos extrapatrimoniais.

3 A INSUFICIÊNCIA DA FUNÇÃO MERAMENTE REPARATÓRIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL E A (DES)NECESSIDADE/(IN)UTILIDADE DE INCLUSÃO DAS FUNÇÕES PUNITIVA x DISSUASIVA/PREVENTIVA

No primeiro capítulo deste trabalho dissertou-se sobre a função clássica de reparação da responsabilidade civil – no direito português – sem se esquecer de frisar que esse instituto é, por natureza, uma ferramenta que procura atender às necessidades sociais, característica que lhe dá o dever de se adaptar e evoluir junto com as mudanças da sociedade, sob pena de se tornar insuficiente ao seu propósito.

Repisa-se, neste íterim, que nos moldes expressamente positivados no CC, a responsabilidade civil tem-se mostrado insuficiente, de forma que não pode continuar a circunscrever-se ao dano já consumado e à reparabilidade deste. Antes, é necessário que atue também como mecanismo apto a impedir a prática do dano, a sua continuação ou repetição, mormente no tocante àqueles bens ou direitos que não encontram na tutela reparatória uma adequada proteção, a exemplo dos direitos da personalidade⁵⁴.

⁵² Nesse sentido, inclusive, Youssef Cahali enfatiza que: o desenvolvimento tardio do instituto do dano moral gerou uma “demanda reprimida, que, por vezes, tem degenerado em excessos inaceitáveis, com exageros que podem comprometer a própria dignidade do instituto”. CAHALI, 2005, pp. 22-23.

⁵³ A doutrina brasileira é uma significativa defensora da necessidade de “arredar qualquer escopo punitivo do juízo de compensação dos danos não patrimoniais”. ANTUNES, 2011, p. 230.

⁵⁴ ANDRADE, 2009, p. 225.

Existem muitas formas de apresentação dessa função punitivo-preventiva, as quais vão desde uma interpretação mais alargada das normas já existentes, da positivação de previsões pontuais com um cunho de desestímulo até ao estabelecimento de uma parcela indemnizatória que se apresente como um *quantum* adicional à reparação, de modo que vise servir de exemplo àquele lesante e a terceiros que, tendo conhecimento da sanção⁵⁵, seriam desestimulados.

Há uma distinção fundamental entre a tutela ressarcitória e a tutela inibitória, visto que esta visa a prevenção da realização, da continuação ou da reiteração do ilícito, enquanto aquela se digna a identificar quem deve reparar um dano já consumado⁵⁶.

É necessário, pois, que se reconheça que não há incompatibilidade entre as funções de compensação e dissuasão, mas sim complementariedade e que se procure uma materialização/aplicabilidade desse viés, o qual se mostra cada vez mais necessário frente ao contexto histórico atual, como agora se passa a abordar.

3.1 OS “ILÍCITOS LUCRATIVOS”

Uma das grandes preocupações do Direito Civil na atualidade reside na questão do lucro ilícito, mas, ainda mais, no lucro que foi obtido com a prática de danos que são conscientemente praticados pelo lesante, os chamados *ilícitos lucrativos*, os quais dizem respeito aos casos em que “a conduta foi calculada de tal modo que este espera obter com o seu facto ilícito um lucro superior ao dano que eventualmente terá de reparar”⁵⁷.

Hodiernamente, deparamo-nos com uma maior atuação de agentes económicos que frequentemente agem de modo a retirar elevadas vantagens de atuações ilícitas, culposas e danosas, já que o valor das indemnizações de cunho reparatório que pagam aos lesados são sempre muito inferiores aos benefícios que auferem, “em especial quando está em causa a avaliação de danos não patrimoniais, de danos difusos e de danos

⁵⁵ Na sua dissertação de mestrado, Bernardo Diniz define sanção como “toda e qualquer providência prevista pelo ordenamento, com fim de reforçar a observância de suas normas ou remediar efeitos da inobservância.” DINIZ, 2008, p. 47. Observa-se que se trata de uma definição mais abrangente do que aquela trazida por Kelsen de que a sanção consistiria “no ato coercitivo que constitui o dever jurídico.” KELSEN, 1999, p. 136.

⁵⁶ MARINONI, 2003, p. 36.

⁵⁷ GOMES, 1989, p. 109.

complexos, graves e irreversíveis”⁵⁸. Movidos por um *animus* puramente lucrativo, esses agentes escolhem violar os direitos alheios, visto que “o lucro compensa”⁵⁹.

Na perspectiva clássica da responsabilidade civil, no entanto, não é permitida a restituição do lucro angariado pelo lesante em decorrência da sua atuação ilícita, visto que trata-se de uma vantagem que embora obtida em consequência da sua conduta, não corresponde a um dano próprio do lesado⁶⁰.

Na França, todavia, BORIS STARCK defendia – já desde meados do século XX – que, se o lesante obtiver um benefício igual ou mesmo superior ao prejuízo do lesado, a indemnização, além de satisfazer a função de garantia (reparação do dano), deveria incluir, também, a restituição de todo o lucro obtido em decorrência da sua conduta ilícita, na busca por satisfazer, assim, também a função de pena privada⁶¹.

Ora, o mercado capitalista lastreado na produção massificada tende a lesar os direitos dos indivíduos, sempre a fomentar uma maior lucratividade, uma expansão económica, de modo que diversas empresas dos mais variados segmentos tendem a fazer uma análise de custo-benefício na prática desses ilícitos lucrativos.

Diante desse cenário, não pode, o sistema jurídico, curvar-se a essas práticas lesivas, a aceitá-las sem que seja imposta uma medida eficiente a barrar sua repetição, pelo que se deve impor o respeito às normas – senão pela simples consciência, ao menos por medo de uma sanção desconfortável⁶².

O que se objetiva através da remoção do lucro ilícito, assim, é inverter essa lógica de custo-benefício e restabelecer a coercibilidade das normas jurídicas, de modo a evitar que a reparação se torne um “preço” já previamente conhecido que o ofensor se disponha a pagar para continuar a violar os direitos de outrem.

A retirada do lucro ilícito (como uma forma de sanção) age como um medicamento que ataca a própria doença, de modo que esta não volte a manifestar-se, diferentemente do que faz a indemnização reparatória, a qual somente trata os sintomas,

⁵⁸ LOURENÇO, 2008, p. 14.

⁵⁹ *Idem*, 2006, pp. 23-24.

⁶⁰ LOURENÇO, 2008, p. 25.

⁶¹ STARCK, Boris *apud Ibid*, p. 26.

⁶² ANDRADE, 2009, p. 244.

sem oferecer remédio à origem do problema, de modo a possibilitar que a doença se manifeste outras vezes – o que não se quer permitir⁶³.

De mais a mais, nota-se que a responsabilidade civil, como um dos institutos do Direito Civil que mais se reveste de importância prática⁶⁴, deve mostrar-se eficaz à eliminação (ou ao menos diminuição) de problemas como os ilícitos lucrativos e, para isso, deve ser repensada nos seus contornos e funções.

3.2 A RESTITUIÇÃO DO LUCRO ILÍCITO: A RESPONSABILIDADE CIVIL X O ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA

Como já foi referido, a restituição do lucro ilícito é uma questão que está em voga – especialmente pela certa limitação que o primado da função essencialmente reparatória da responsabilidade civil coloca – de forma que deixa desatendida a questão do lucro obtido pelo lesante que não tenha correspondência com o dano causado ao lesado⁶⁵.

Para discutir a eventual remoção do lucro ilícito e buscar uma solução para o problema posto, é preciso, antes, explicar, em linhas breves, no que consiste o enriquecimento sem causa/injusto⁶⁶. Trata-se de um instituto que deriva do princípio do “não locupletamento de bens à custa alheia”, além de ser uma fonte de obrigações, posto que culmina numa obrigação de restituição do devedor (sujeito que enriqueceu) ao credor (indivíduo à custa de quem se enriqueceu)⁶⁷.

São três os requisitos básicos do enriquecimento: 1) enriquecer (aqui compreende-se tanto a vantagem patrimonial – surgimento de um novo direito ou valorização de um direito já existente – como a diminuição um passivo); 2) à custa de outrem; 3) sem justificativa plausível⁶⁸.

A doutrina⁶⁹ traz como requisito para a configuração do enriquecimento sem causa, ainda, a existência de um empobrecimento correspondente, de forma que, sem a

⁶³ JÚNIOR, 2007, p. 40.

⁶⁴ RANGEL, 2004, p. 9.

⁶⁵ GOMES, 1998, pp. 266 e ss.

⁶⁶ No direito português está regulado pelo art. 473º e ss. do CC.

⁶⁷ ALARCÃO, 1983, pp. 178 e ss.

⁶⁸ GALVÃO TELLES, 1989, pp. 182 e ss.

⁶⁹ *Ibid*, p. 197.

diminuição, o demandante não teria interesse em agir para retirar da outra parte o suposto enriquecimento.

Contudo, JÚLIO GOMES critica esse entendimento e afirma que esse requisito deve ser mitigado, pois, a seu ver, não é necessário que o enriquecimento seja idêntico ao empobrecimento, nem no montante, nem na natureza, para que reste configurado o enriquecimento sem causa⁷⁰. Mesmo porque, na medida em que o empobrecimento é visto como pressuposto e limite do dever de restituição, a figura do enriquecimento sem causa deixa de ter autonomia e torna-se uma forma “anômala e excepcional” da responsabilidade civil⁷¹.

Diz-se, dessa forma, que o instituto do enriquecimento sem causa não deveria pressupor a existência de um empobrecimento correspondente da parte contrária, mas tão somente que o benefício tenha sido obtido à custa alheia, por meio do apoderamento da competência ou de direitos reservados a outra pessoa, ainda que esta não tenha sofrido um *dano* (considerado em sede de responsabilidade civil)⁷².

Cabe esclarecer, de seguida, que há uma diferença entre os institutos da responsabilidade civil e do enriquecimento sem causa visto que, se por um lado, a reparação dos danos se posiciona com foco na pessoa lesada e procura sanar a diminuição enfrentada por esta, a restituição, por outro, visa eliminar um acréscimo não justificado, por meio do qual alguém obteve um benefício⁷³.

É de se destacar, contudo, que também existe uma certa semelhança de funções entre os dois institutos, uma vez que ambos têm por finalidade recompor um equilíbrio que se deteriorou e, portanto, remetem à ideia de reparação (em sentido amplo)^{74/75}.

⁷⁰ GOMES, 1998, pp. 233-235 e 392 e ss.

⁷¹ *Ibid*, pp. 387-389.

⁷² *Ibid*, pp. 396-402.

⁷³ *Ibid*, p. 248. Sobre o tema, Almeida Costa explica: " O enriquecimento sem causa, por definição, pressupõe um acréscimo do património da pessoa obrigada a restituir, que pode não se verificar no caso de responsabilidade civil. Nesta, é sempre devida a indemnização ao lesado, ainda que o responsável, como amiúde sucede, não retire qualquer benefício do facto que ocasiona o dano." ALMEIDA COSTA, 2008, p. 523.

⁷⁴ GOMES, 1998, p. 249.

⁷⁵ Diogo Paredes Leite de Campos esclarece que existe um concurso aparente entre as normas do enriquecimento sem causa e da responsabilidade civil, mas que aquele instituto só deve ser afastado nos casos em há uma completa *consumpção* da regulamentação jurídica da situação de facto. Mas, que se, mesmo depois de aplicadas as normas da responsabilidade civil ainda subsistir um enriquecimento na esfera do lesante (ou seja, quando o enriquecimento do lesante for superior ao empobrecimento do lesado), esse deverá ser diretamente removido através do instituto do enriquecimento sem causa. LEITE DE CAMPOS, *s.d.*, pp. 39-40 e 52 e ss. Disponível em: <<https://portal.oa.pt/upl/%7Bb6e9a40e-6ef8-4918-8fc2-ac31846ababb%7D.pdf>>. Acesso em: 14/04/21.

Embora existam autores que não apontam a responsabilidade civil como *locus* apropriado para se encarregar da remoção do lucro ilícito, visto que isso descaracterizaria a sua função rotineira, que é desfazer/recompôr os danos⁷⁶, outros discordam, baseados no argumento de que a razão de ser da responsabilidade civil é maior que a simples restituição e que o dano não é a única consequência de um ilícito, a obtenção de vantagens econômicas ilícitas também o é^{77/78}.

Como sugere NELSON ROSENVALD, para que se abandone a ótica do *loss-based recovery*, isto é, deixe-se de ter um foco na exata extensão do *dano* sofrido pelo lesado, basta que se virem as atenções para o *ilícito* e, dessa forma, para retornar ao *status quo ante*, o direito deve resguardar a remoção dos lucros indevidamente obtidos pelo lesante, que seria a lógica do *gain-based recovery*. Trata-se, aqui, de desfazer uma visão unilateral e não somente restaurar o lesado à situação anterior à conduta ilícita, mas também de restaurar o lesante a essa mesma situação anterior⁷⁹.

Essa seria uma forma de enfatizar um carácter mais preventivo da responsabilidade civil e impor o cumprimento das normas, de forma que a função preventiva deixe de ter um carácter residual.

Permitir que a responsabilidade civil se encarregue de remover o lucro ilícito do infrator não significa dizer que se está no campo de uma pena privada, pois esta não guarda proporcionalidade com as perdas/ganhos económicos diretamente oriundos da situação concreta e, por isso, pode deixar o ofensor em uma situação económica pior do que a que estava antes da prática do ilícito – mesmo porque, no caso das penas privadas

⁷⁶ É o caso de Almeida Costa, que, por sua vez, afirma: “E observe-se que, no plano da responsabilidade civil, a remoção das eventuais vantagens conseguidas pelo lesante apenas se opera de modo indirecto, como reflexo da indemnização de um dano igual ou superior.” ALMEIDA COSTA, 2008, pp. 206-207.

⁷⁷ Nelson Rosenvald afirma de forma contundente que o instituto do enriquecimento sem causa não é adequado ou funcional para a restituição dos lucros ilícitos e que tal função deve ser abarcada pela responsabilidade civil. ROSENVALD, 2019, pp. 311-316. Ademais, o enriquecimento sem causa é uma fonte subsidiária de obrigações, na medida em que só tem lugar quando a lei não facultar ao lesado outro meio de ser restituído ou indemnizado. GALVÃO TELLES, 1989, p. 191.

⁷⁸ Sofia Souto, na sua tese de mestrado, dedicou-se ao estudo do tema da subsidiariedade do enriquecimento sem causa, trazida de forma expressa pelo art. 474º do CC, tendo analisado diversas opiniões doutrinárias e Acórdãos portugueses e, ao final, concluiu que “o enriquecimento sem causa é um instrumento menos operacional em ralação a outros, aliás são escassas as situações em que o instituto tem aplicação imediata (...). Muitas vezes, verificando-se que ao caso é, p.ex. aplicada a responsabilidade civil, o enriquecimento sem causa é logo posto de lado, (...) só tem lugar em segunda mão, e seguindo a orientação de Antunes Varela, isto é, só quando o outro meio facultado pela lei deixou de poder ser utilizado (por caducidade/prescrição).” SOUTO, 2012, p. 46. Disponível em: <<https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/15699/1/A%20Subsidiariedade%20do%20enriquecimento%20sem%20causa%20na%20jurisprud%C3%Aancia%20e%20doutrina%20portuguesa.pdf>>. Acesso em: 13/04/21.

⁷⁹ ROSENVALD, 2019, pp. 312-312.

o que estaria em causa seria uma função geral de desestímulo direcionada a toda a sociedade^{80/81}.

Dessa forma, afirmar-se que a remoção do lucro ilícito seja uma tarefa que caiba no espectro da responsabilidade civil é, sem dúvidas, reconhecer a esse instituto algum caráter de prevenção e punição, de modo a não o deixar adstrito à função de reparação, mas, como visto, esta não se apresenta como uma solução pacífica.

3.3 A EXPERIÊNCIA ESTRANGEIRA: OS *PUNITIVE DAMAGES*

Buscou-se esclarecer ao longo dos últimos tópicos, algumas situações que reclamam uma releitura da responsabilidade civil para impor, de forma eficaz, o cumprimento das normas e evitar futuras e reiteradas violações a direitos alheios.

Ao ter-se em conta que a legislação portuguesa não traz – ao menos de forma expressa – a manifestação de um viés punitivo da responsabilidade civil, torna-se necessário apresentar um instituto de direito comparado, o qual se presta a exercer as funções de prevenção e punição em complementariedade à função reparatória: os *punitive damages*^{82/83}.

⁸⁰ ROSENVALD, 2019, p. 315.

⁸¹ Mesmo ao não associar a possibilidade de resgate do lucro ilícito à uma forma legítima de pena privada, Henrique Sousa Antunes propõe uma alteração legislativa no Direito Português, no art. 564º, nº 1 e ainda a criação de um preceito novo (art. 483º), de modo a possibilitar essa remoção do lucro ilícito, senão leia-se: “O dever de indemnizar compreende não só o prejuízo causado, como os benefícios subtraídos ao lesado e os lucros obtidos pelo lesante em consequência da lesão.” e “Artigo 483º - A Pena pecuniária 1. Em caso de violação ilícita e dolosa do direito de outrem, o Tribunal, a requerimento do lesado, pode condenar o autor da lesão numa pena pecuniária que acresce à indemnização, fixada em função da gravidade da ofensa, dos benefícios recebidos pelo lesante com a prática do fator e da reiteração da conduta, ponderando, ainda, a situação económica das partes e as demais circunstâncias do caso concreto. 2. A pena tem como limite o triplo do proveito económico obtido pelo autor com a prática do facto ilícito ou, se este for superior, o triplo do valor dos danos causados. 3 Se o facto ilícito constituir crime é inaplicável a pena pecuniária prevista neste artigo. 4. O montante da pena destina-se ao lesado. 5. O pagamento da pena não pode estar coberto por um seguro.” O autor justifica que essa previsão de uma pena pecuniária somente se aplicaria à responsabilidade civil extraobrigacional e obrigacional que não advenha de fonte negocial, visto que, em existindo um contrato, deve-se recorrer a uma cláusula penal para o mesmo fim e, assim, fazer prevalecer a autonomia privada sobre a letra da lei. ANTUNES, 2019, pp. 136-137.

⁸² Cumpre esclarecer que existe alguma divergência terminológica sobre o instituto, evidenciada por alguns autores a exemplo de Júlio Gomes, tais como: *punitive, exemplary, retributive, vindictive*, dentre outras, mas que, por fins didáticos, deverão ser entendidas como sinônimos no presente estudo. GOMES, 1989, p. 107.

⁸³ Nas palavras de David Owen: “Ocasionalmente, entretanto, os fabricantes abusam de seu controle sobre as informações de segurança e comercializam produtos defeituosos em flagrante desrespeito à segurança pública. (...) É necessário um instrumento legal que ajude a expor esse tipo de má conduta grosseira, punir aqueles fabricantes (...) e dissuadir todos os outros de agirem com igual desrespeito ao bem-estar público. A reparação de danos punitivos é uma dessas ferramentas.” (Tradução livre). OWEN, 1976, pp. 1259-1260.

Esse instituto teve os seus antecedentes na Inglaterra, com previsão no *Statute of Councester*, no ano de 1278, como uma forma de justificar a indenização quando não houvesse danos tangíveis, ou seja, no caso de danos extrapatrimoniais⁸⁴. Em 1763, contudo, a justiça britânica começou a fazer uso dos *punitive damages* nos moldes atuais – de modo a analisar o comportamento dos lesantes que, intencionalmente, buscam prejudicar terceiros – e a punir mais severamente os autores desses danos⁸⁵.

Inobstante a sua origem tenha sido inglesa, o instituto desenvolveu-se de forma plena e ganhou impulso nos julgados americanos, principalmente em virtude dos casos de acidentes de consumo ou *products liability*⁸⁶. A Suprema Corte americana diferencia os *compensatory damages* dos *exemplary damages*, de forma que o primeiro corresponde ao ressarcimento dos danos sofridos pelo lesado, enquanto o segundo refere-se a um *plus* indenizatório que visa desestimular a repetição do ato danoso, bem como punir o ofensor, a ser aplicado somente quando se verifique, no caso concreto, o dolo do ofensor ou, ao menos, a sua culpa grave⁸⁷.

A título exemplificativo acerca da aplicação do instituto, destaca-se o caso “*Grimshaw v. Ford Motor Co*”, também conhecido por “*Pinto Case*”, no qual a *Ford Company* fabricou um modelo de automóvel que veio a explodir imediatamente após uma colisão, de modo a provocar a morte do condutor e, depois, veio à baila que esse risco era conhecido pelo fabricante que, devido ao custo calculado de promover um *recall* de todos os veículos vendidos, preferiu arriscar-se a ser processado pelos eventuais lesados, pois as indenizações seriam menos dispendiosas^{88/89}.

Os danos punitivos também destacam a sua aplicação estrangeira nos casos de “curto-circuito do contrato” (*contractual bypass*), os quais dizem respeito àquelas situações em que o agente calcula ser economicamente preferível descumprir um contrato porque o lucro que vai obter com o não cumprimento ultrapassa a indenização que

Disponível em: <<https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4123&context=mlr>>. Acesso em: 05/03/21.

⁸⁴ MARTINS-COSTA, 2005, p. 18. Disponível em: <<https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/12057-12057-1-PB.pdf>>. Acesso em 10/11/20.

⁸⁵ OWEN, 1976, pp. 1263-1264.

⁸⁶ ANDRADE, 2009, p. 184. No mesmo sentido GOMES, 1989, p. 110.

⁸⁷ JÚNIOR, 2007, p. 21.

⁸⁸ Em virtude desse caso, o Tribunal da Califórnia condenou a *Ford Company* a pagar aos lesados US\$4.5 milhões a título de indenização reparatória e US\$125 milhões a título de *punitive damages*. AMORIM, 2014, pp. 32 e ss.

⁸⁹ Outro caso marcante de *punitive damages* nos EUA é o *BMW of North America, Inc. x Gore*. Para mais informações ver: SHAVELL 1998, pp. 39 e ss. Disponível em: <http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/papers/pdf/Shavell_212.pdf>. Acesso em: 06/03/21.

eventualmente tenha de pagar ao lesado⁹⁰. Um típico exemplo de *contractual bypass* se vislumbra no caso “*Midler v. Ford Motor Co*”⁹¹.

Verifica-se, assim, que um dos grandes objetivos dos *punitive damages* na óptica norte-americana é evitar que as práticas lesivas das grandes empresas possam ser calculadas numa lógica económica, de forma que a relação custo-benefício em lesar os seus consumidores seja vantajosa à companhia, ou seja, os já mencionados “ilícitos lucrativos”.

A indemnização punitiva, dessa forma, não tem o condão somente de punir o ofensor, mas também – e principalmente – de funcionar como ferramenta preventiva⁹² e, portanto, não se aplica como regra, ou seja, não é diante de qualquer ato ilícito que o lesante será condenado a pagar um *plus* indemnizatório. Isso acontece apenas quando ficar demonstrado, no caso concreto, que o sujeito agiu com um elemento subjetivo específico – *commission of an aggravated or outrageous act of misconduct* – buscando alcançar aquele resultado⁹³.

Há, aqui, uma alteração no foco, de modo que, enquanto o que geralmente se observa, para fins de quantificação da reparação é a extensão do dano, a indemnização punitiva elege, como um dos pontos fundamentais, o grau de reprovabilidade da conduta do causador do dano⁹⁴. Assim, o instituto funciona como um elemento surpresa⁹⁵ àqueles lesantes que planeiam estrategicamente lesar direitos alheios.

⁹⁰ LOURENÇO, 2006, p. 373.

⁹¹ Para mais detalhes sobre o caso *Cfr.* AMORIM, 2014, pp. 32 e ss.

⁹² KAHNEMAN, 1997, p. 2082. Disponível em: <<https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=7820&context=yjlj>>. Acesso em: 05/03/21.

⁹³ “Empreendimento de um ato agravado ou ultrajante de má conduta”. (Tradução livre). OWEN, 1976, p. 1265.

⁹⁴ Embora os *punitive damages* não encontrem abrigo na lei portuguesa, além de considerações doutrinárias a favor da utilidade de um viés punitivo na indemnização, já é possível encontrar julgados que reconheçam essa necessidade e que – inclusive – considerem o grau de reprovabilidade da conduta do lesante na consideração do *quantum* indemnizatório, como se lê no excerto a seguir: “Com efeito, no caso *sub iudice*, dado o nível de vida dos réus, a indemnização deve ser suficientemente elevada para que a finalidade punitiva, mesmo vista como secundária, possa ser minimamente eficaz e exprimir o desvalor social da conduta. Por razões de unidade do sistema jurídico, aceitamos o conceito de indemnização punitiva para fundamentar o cálculo da compensação a pagar ao lesado, no caso dos autos. (...) A decisão relativa à indemnização punitiva não é arbitrária e assenta em critérios legais. (...) O grau de culpabilidade dos réus foi elevado, atingindo um padrão equivalente à culpa grave ou dolosa e permitindo, assim, fundamentar a atribuição de uma indemnização com significado relevante.” Ac. STJ 25/02/2014 (Maria Clara Sottomayor) Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/>> Acesso em 14/03/21.

⁹⁵ SCHREIBER, 2013, p. 214.

3.4 PRINCIPAIS CRÍTICAS DOCTRINÁRIAS À APLICAÇÃO DOS *PUNITIVE DAMAGES* NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS

Uma vez apresentado o instituto dos *punitive damages*, a sua finalidade e o modo de aplicação no direito comparado, cabe-nos, neste momento, analisar as principais críticas que se fazem à aplicação do referido instituto ao ordenamento jurídico português, mas, frisa-se, desde já, que não existem pretensões de esgotamento do tema.

Superada essa premissa, selecionam-se as críticas mais recorrentes, as quais sejam: 1) confusão entre o Direito Civil e o Direito Penal; 2) geração de uma “corrida aos tribunais” sob a perspectiva de o lesado vir a obter lucro com eventual ação (enriquecimento sem causa); 3) violação do princípio do *ne bis in idem*; 4) falha no alcance da função preventivo-punitiva idealizada, visto que os agentes económicos acabariam por transferir esses custos aos consumidores/contratantes; e, ainda, 5) mitigação da eficácia da prevenção tendo em conta a socialização dos riscos⁹⁶.

Sobre a primeira crítica posta, os autores que defendem esse pensamento sustentam a existência de uma forte dicotomia entre o Direito Público e o Privado, porque, enquanto o primeiro cumpriria o papel de realizar a função punitiva, o segundo encarregar-se-ia apenas de reparar os danos e interesses privados⁹⁷.

A doutrina que está de acordo com a aplicação dos danos punitivos, no entanto, lastreia-se no argumento de que os danos privados relevantes têm, também, uma dimensão social e não somente individual⁹⁸ e, por isso deve-se revitalizar o fundamento da responsabilidade civil e fazer aflorar o Direito Civil como um “*Direito Constitucional das pessoas*”⁹⁹.

Ademais, a respeito da suposta violação que significaria aos princípios da legalidade e tipicidade (*nullum crime, nulla poena, sine lege*), protegidos pelos artigos 29º e 32º da CRP¹⁰⁰, esclarece-se que essas garantias surgiram no âmbito do Direito Penal, por se ter em conta a aplicação de sanções de restrição de liberdade e, por vezes, até, as

⁹⁶ GOMES, 1998, pp. 743-744.

⁹⁷ *Idem*, 1989, p. 111.

⁹⁸ *Idem*, 1998, p. 745.

⁹⁹ PINTO MONTEIRO, 1990, p. 663 (nota 1536).

¹⁰⁰ Essas e outras normas da CRP disponíveis em: < <https://dre.pt/crp-parte-i>>. Acesso em 09/02/21.

penas corporais – pelo que – se mostra questionável que esses princípios estejam postos em causa face à aplicação de penalizações exclusivamente pecuniárias¹⁰¹.

É imperioso destacar que, historicamente, o Direito Penal propõe-se a tratar, de forme primordial, situações que envolvem pessoas físicas e não parece ser tão eficaz quando se trata de solucionar casos de agentes económicos que utilizam um raciocínio puramente estratégico – já anteriormente debatido – para optar pela prática de ilícitos¹⁰².

PAOLO GALLO¹⁰³ defende, na mesma esteira, que a utilização da pena privada garante a tutela da autonomia privada, na medida em que desmotiva a apropriação deliberada e ilícita de bens e direitos de outrem, a evidenciar que não há uma liberdade de escolha para o lesante – entre escolher cumprir a lei ou o contrato ou praticar a conduta ilícita-lucrativa.

Perfilha-se, nesse trabalho, o entendimento de que reduzir a ideia de pena privada a uma manifestação de ego da doutrina civilista ou classificá-la como um retrocesso é sustentar um suposto domínio do Direito Público sobre o Direito Privado, a assumir que as soluções adotadas naquela esfera sejam mais equilibradas e racionais do que as tomadas nesta, o que não se afigura como verdade, a nosso ver¹⁰⁴. Parece-nos, assim, que haveria espaço para a coexistência entre dois tipos de pena, aquela orientada pela égide do Direito Penal e a pena privada, especialmente por conta das insuficiências que se apresentam na seara criminal, a qual se apresenta como *ultima ratio*¹⁰⁵.

Quanto à segunda crítica posta, há um receio de que a possibilidade de condenação dos agentes económicos em danos punitivos gere uma corrida aos tribunais, já que seria uma forma de enriquecimento dos lesados e, sobre isso, existe uma corrente¹⁰⁶ no sentido

¹⁰¹ GOMES, 1998, p. 750.

¹⁰² *Ibid*, p. 751.

¹⁰³ GALLO, 2004, p. 1435.

¹⁰⁴ A esse respeito, Pinto Monteiro salienta que: “a indemnização – limitada que está pelo valor do dano causado – não constitui, de *per se*, medida idónea a dar plena guarida à finalidade preventivo-sancionatória, razão porque a pena privada emergiria, a seu lado, em certos domínios e perante comportamento especialmente graves, como a única resposta *eficaz* e verdadeiramente *responsabilizante*.” PINTO MONTEIRO, 1990, p. 663 (nota 1536).

¹⁰⁵ O Direito Penal tem como objetivo punir graves e intoleráveis ofensas aos princípios fundamentais, pelo que não se pode permitir que se recorra sempre a essa seara, para punir ofensas que não são dignas de “gravidade penal” pois isso geraria uma degradação da sua força e respeitabilidade, que procura essencialmente conservar o mínimo ético jurídico fundamental. GOMES, 1989, p.113. Isto inclusive está previsto no preâmbulo do Código Penal. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=leis> Acesso em 24/01/21.

¹⁰⁶ ANTUNES, 2011, pp. 298-299. No mesmo sentido, Paolo Gallo defende que o destino do *quantum* punitivo ao estado é interessante no caso de danos difusos, mas que, tratando-se de danos causados a pessoas singulares, “se o valor da pena for corretamente determinado por referência à gravidade do comportamento, ao elemento subjetivo do infrator e ao enriquecimento obtido em consequência da violação, apenas o lesado

de que não haveria que se falar em enriquecimento sem causa, pois não seria um lucro e sim uma “satisfação” do lesado em virtude do dano que lhe foi causado, de modo que o próprio dano seria essa justificação (houve ofensa a bens jurídicos alheios e a pena privada seria uma forma de justiça corretiva).

Outra solução, como sugere PAULA MEIRA LOURENÇO, seria a divisão da indemnização punitiva em partes iguais, de forma que metade fosse destinada ao lesado e a outra metade a um Fundo de Garantia, o qual visasse, por exemplo, assegurar o pagamento de indemnizações nos casos em que os lesantes não tivessem meios para tal, pois, desta maneira, o *quantum* punitivo estaria, ainda, a contribuir para aliar a socialização do lucro à socialização do dano¹⁰⁷.

A nosso ver, entendemos que essa segunda solução é mais adequada pois, dessa forma, não haverá lugar para falar em “lotarias”, injustiças e distinções entre vítimas do mesmo tipo de dano, e, por outro lado, o lesado não sofre nenhum prejuízo em não receber esse *plus* indenizatório, visto que os danos sofridos – sejam patrimónias ou extrapatrimónias – seriam devidamente reparados de acordo com a extensão dos mesmos, em rubrica reparatória apartada.

Sobre a terceira crítica selecionada – a suposta violação à dupla punição, “*ne bis in idem*” – outro princípio guardado pelo art. 29º da CRP, o argumento que visa rebatê-la veicula a ideia de que não haveria uma concorrência com o direito penal, pois os *punitive damages* são pensados para sancionar certas condutas que não se tipificam como ilícitos criminais, mas que merecem represálias¹⁰⁸.

No que concerne à quarta crítica sugerida, a de que os agentes económicos passariam a incluir a rubrica de condenação em danos punitivos nos cálculos de lucro, de forma que a função punitiva almejada seria mitigada, há que analisar algumas questões: a primeira diz respeito ao facto de que alguns autores defendem que deveria haver um

deve ter direito à soma.” GALLO, 2004, p. 1440. Júlio Gomes acrescenta que, entre as duas “injustiças” possíveis, a primeira de conservar no património do agente que agiu com dolo o lucro obtido e a segunda de destinar ao lesado esse lucro, o que poderia ser entendido como um enriquecimento sem causa, deve optar-se pela segunda. GOMES, 1998, p. 795 (nota 1249).

¹⁰⁷ LOURENÇO, 2008, p. 30. Perfilham o mesmo entendimento: Suzanne Carval, quando afirma que os tribunais deveriam estabelecer uma espécie de doação da pena privada a entidades beneficentes, pois isso enalteceria o comportamento desinteressado do lesado. (Tradução livre). CARVAL, 1995, pp. 37-38; MORAES, 2004, p. 77 e ROSENVALD, 2013, p. 198.

¹⁰⁸ SILVA, 2012, pp. 18-19 e LOURENÇO, 2006, p. 421.

limite quantitativo legalmente previsto para as condenações punitivas civis¹⁰⁹, sob o argumento de que a imprevisibilidade desse montante de condenação comprometeria a integridade económica das empresas¹¹⁰; a segunda relaciona-se com o facto de que, caso indemnizações punitivas não tenham limites máximos previstos, podem culminar em condenações estratosféricas e desarrazoadas à semelhança do que acontece no direito norte-americano.

Cumpre destacar, no entanto, que, no direito americano isso dá-se em decorrência dos montantes de *punitive damages* serem determinados por um júri popular, que, muitas vezes, é insuficientemente preparado para exercer essa função¹¹¹ e, no direito português, esse problema seria diminuído, uma vez que essa tarefa caberia a um magistrado¹¹².

Na visão que ora se adota, caso haja a previsão de limites máximos fixos a essa categoria de condenação, o instituto torna-se inócuo, pois os agentes económicos podem voltar a provisionar esses valores e incluí-los no cálculo do seu lucro, de forma a desvirtuar-se a função de dissuasão, uma vez que a garantia de eficácia do instituto é justamente a incerteza acerca da sua prévia quantificação¹¹³.

Cumpre tratar, por fim, sobre a quinta e última crítica elencada – a socialização dos riscos. Na visão da doutrina¹¹⁴ (e também na nossa), a possibilidade de cobertura da parcela punitiva pelos contratos de seguro diminui significativamente a força do viés

¹⁰⁹ Vide sugestão de alteração legislativa ao art. 564/1º e novo art. 483º constantes da nota nº 81, que prevê no nº 2 que “A pena tem como limite o triplo do proveito económico obtido pelo autor”. ANTUNES, 2019, pp. 136-137. Também é a favor do estabelecimento de um limite GALLO, 2004, pp. 1437-1438.

¹¹⁰ A esse respeito, Steven Shavell acredita que quantificar o montante punitivo conforme o porte da empresa cria um desencorajamento no crescimento e desenvolvimento das empresas, o que pode ser perigoso. SHAVELL 1998, pp. 50 e ss. Henrique Sousa Antunes evidencia, ainda, a possibilidade de punição de um empresário inocente por atos dos seus subordinados e a possibilidade da multiplicidade de ações judiciais sobre um mesmo assunto levar as empresas à falência. ANTUNES, 2011, p. 109.

¹¹¹ COOTER, 1998, p. 2 e ss. Disponível em: <https://escholarship.org/content/qt7h38w307/qt7h38w307_noSplash_f266c309c769d0bcb55408e82e2cf2b2.pdf>. Acesso em: 06/03/21.

¹¹² LOURENÇO, 2008, p. 30. Elucida-se, aqui, outro excerto do Ac. STJ 25/02/2014 (Maria Clara Sottomayor): “É certo que o conceito de danos punitivos confere poderes acrescidos ao juiz, mas a jurisprudência, em épocas de grandes transformações económico-sociais, deve ser uma jurisprudência criativa que adapta a ciência do direito e as normas jurídicas à realidade social e aos seus juízos de valor e necessidades. (...) A equidade é um critério que corresponde à ideia de justiça distributiva e que fundamenta a determinação do montante da indemnização punitiva, permitindo a adaptação da regra ao caso concreto.”

¹¹³ GOMES, 1989, p. 114.

¹¹⁴ ALMEIDA COSTA, 2008, pp. 532 e ss. No mesmo sentido: BRANDÃO PROENÇA, 1997, pp. 168 e ss.; SINDE MONTEIRO, 1978, p. 337. Ainda, Paolo Gallo refere que “na Itália, a seguradora não poderia ser responsável por erros intencionais (art. 1900 c.c.). Isso significa que na Itália as penalidades devem ser pagas diretamente pelo próprio infrator.” (Tradução livre) GALLO, 2004, p. 1441.

preventivo que teria uma sanção privada, pois, se o lesante transfere a um terceiro a responsabilidade decorrente do ilícito, deixa de “sentir” as consequências¹¹⁵.

Conclui-se, deste modo, que só com a proibição de cobertura dessa parcela pelos seguros é que se alcançaria os efeitos retributivos e preventivos almejados por uma pena privada¹¹⁶.

4 A (IN)EXISTÊNCIA DE MANIFESTAÇÕES DA FUNÇÃO PREVENTIVO-PUNITIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL EM PORTUGAL

No que toca à existência ou inexistência de uma função punitiva da responsabilidade civil no ordenamento jurídico português, temos que, na vigência do CC de 1966, a despeito da absoluta primazia da função ressarcitória, considerável parte da doutrina de relevo admite a existência de manifestações de traços das funções preventiva e punitiva de forma secundária/acessória/subordinada à função reparadora¹¹⁷.

Como sugere CARNEIRO DA FRADA, o reconhecimento da função punitiva no direito português pode significar “abrir uma caixa de Pandora”, mas, por outro lado, a responsabilidade civil é um instituto voltado para a proteção dos bens tutelados pelo direito e, por isso, não pode restringir-se, de maneira que deve coordenar-se com outros objetivos da ordem jurídica conforme as demandas se modificam¹¹⁸.

Como já foi referido em momento anterior, ainda existem os autores que defendem que a compensação pelos danos não patrimoniais já seria, por si só, uma manifestação de natureza punitiva¹¹⁹. Releva, ainda, lembrar que parte da doutrina alerta para o facto de que admitir efeitos punitivos à responsabilidade civil pode ter

¹¹⁵ O que se modifica quando há cobertura por seguro não é a essência da responsabilidade civil, mas sim, na verdade, a transferência do seu “peso”, que deixa de recair sobre um património individual (do lesante) e se dilui num património coletivo formado pela soma de contributos dos potenciais lesantes (segurados). SINDE MONTEIRO, 1978, p. 336.

¹¹⁶ Tanto é assim que na proposta de alteração legislativa ao art. 564/1º e novo art. 483º, constantes da nota nº 81, é previsto no nº 5 que “O pagamento da pena não pode estar coberto por um seguro.” ANTUNES, 2019, pp. 136-137.

¹¹⁷ MOTA PINTO, 2008, p. 823.

¹¹⁸ CARNEIRO DA FRADA, 2010, pp. 65-67.

¹¹⁹ Vide discussão travada no tópico “2.4”.

influência no debate sobre temas clássicos como a já anteriormente explicada irrelevância da causa virtual¹²⁰.

Partindo à análise da lei, porém, tem-se que o CC, na esteira de outros países de origem romano-germânica, entendeu segregar as esferas de direito civil e direito penal, de forma a retirar do âmbito civil funções que seriam “próprias” da seara criminal. É inegável, no entanto, que a algumas normas do referido *Codex* são inspiradas numa ideia de prevenção do ilícito¹²¹ ou de uma justiça distributiva¹²² (e não só de ressarcimento ou correção), notadamente o art. 494º e outros que se analisam a seguir.

4.1 A POSSIBILIDADE DE LIMITAÇÃO DO *QUANTUM* INDEMNIZATÓRIO – REALCE AO ART. 494º E OUTROS DO CC

Sobre a possibilidade de limitação da indemnização, têm realce os debates sobre o art. 494º do CC, o qual permite uma redução do montante quando o agente age com mera culpa/negligência, desde que sejam levadas em conta determinadas circunstâncias como a condição económica do lesante, do lesado e o grau de culpa, de modo que o legislador foca-se em elementos que não estão diretamente ligados com o dano causado¹²³.

No que compete à indemnização por danos patrimoniais, assim, a possibilidade de atenuação da responsabilidade do agente em virtude das circunstâncias traduz – em algum grau – a ideia punitiva, uma vez que se estará a admitir que “o montante a pagar não coincide pura e simplesmente com o valor dos prejuízos.”¹²⁴

Não é à toa que diversos autores de renome¹²⁵ assentam, mesmo que de forma secundária em relação à função de ressarcimento, o reconhecimento de um traço

¹²⁰ Ainda no século passado, Pereira Coelho trazia uma crítica entre a compatibilização da teoria da diferença e da irrelevância da causa virtual e já preconizava uma função sancionatória, visto que afirmava que conceituar o dano como diferença exigiria logicamente que se admitisse a relevância negativa da causa virtual e a sua irrelevância positiva, mas que não estaria posta a mencionada contradição a partir do momento em que a subsistência do dever de indemnizar, mesmo com a irrelevância negativa da causa hipotética, se justificasse numa ideia de sanção e não de mera compensação. PEREIRA COELHO, 1955, p. 294.

¹²¹ ANTUNES, 2011, p. 206.

¹²² MOTA PINTO, 2008, pp. 824 e ss.

¹²³ LOURENÇO, 2008, pp. 23 e ss.

¹²⁴ GALVÃO TELLES, 1989, p. 387.

¹²⁵ ANTUNES VARELA, 1972, pp. 90 e ss; ALMEIDA COSTA, 2008, pp. 521 (nota 3), 532 (nota 2) e 779 e ss.; PESSOA JORGE, 1999, p. 52; ALARCÃO, 1983, pp. 246 e ss. e LEITÃO, 2000, p. 251.

repressivo da responsabilidade civil com base não só no já mencionado art. 494º, mas também nos arts. 497º/2 e 570º.

Explica-se: O art. 497º, que trata da responsabilidade solidária, no seu nº 2, declara que o direito de regresso existe na medida das respectivas culpas e das consequências que delas derivem, de forma a estabelecer uma clara gradação dos níveis de culpa dos agentes para que sejam demandados e respondam de acordo com as suas responsabilidades, portanto, trata-se de outro exemplo de situação em que a responsabilização é feita em função do juízo de censura da culpabilidade¹²⁶.

O art. 570º, por sua vez, traz a possibilidade do próprio lesado ser penalizado em razão da concorrência da sua culpa para a concretização do evento danoso, de forma que, nesse caso, a indemnização possa ser reduzida ou até mesmo excluída pelo tribunal¹²⁷.

É de se afirmar, dessa forma, que as normas acima destacadas abrem espaço à materialização de um viés punitivo no âmbito da responsabilidade civil, visto que, num sistema que diz consagrar somente a função reparadora, a oscilação da culpabilidade “não deveria ter qualquer relevância, uma vez que aí a indemnização afere-se sempre e só, pelos prejuízos.¹²⁸” Mas o que se verifica, afinal, é que, em diversas passagens, a lei “premeia” aqueles lesantes que agiram com menos culpa e, no sentido inverso, sanciona aqueles que agiram com culpa grave¹²⁹.

¹²⁶ SILVA, 2012, p. 13.

¹²⁷ ALARCÃO, 1983, p. 246.

¹²⁸ *Ibid*, 247. É interessante nesse aspecto destacar a distinção, feita por Hans Fischer, entre as funções da “pena” e da “indemnização”, de modo a enaltecer que as normas supracitadas – por darem relevo ao grau de culpa – se afastam da função meramente indemnizatória, a consagrar um duplo carácter, como se lê: “A pena impõe-se por causa da culpa do delinquent; a indemnização, para reparar o dano sofrido pelo lesado. A pena não pressupõe a existência dum dano (tentativa de delito); sem dano, pelo contrário, não há indemnização: pois a extensão e alcance desta medem-se pela extensão e alcance do prejuízo, que não pelo grau da culpa. O escopo da indemnização é reparar um mal causado; a pena propõe-se a juntar ao mal sofrido pelo lesado um outro mal a sofrer pelo seu causador. A pena é sempre consequência dum delito; no regime da indemnização, o acto ilícito é tão só uma das várias circunstâncias que obrigam a indemnizar.” FISCHER, 1938, p. 231.

¹²⁹ Vale destacar que, embora os autores supracitados defendam a existência, em carácter secundário, de um traço preventivo-punitivo na responsabilidade civil, não afirmam que a indemnização possa superar o montante do dano, mas somente ser reduzida em função da gravidade da culpa do agente. ANTUNES VARELA, 2016, p. 930; PESSOA JORGE, 1999, p. 364. E, ainda, num posicionamento mais extremado: “(...) uma visão sancionatória e preventiva pura reclamaria, como tom mais intenso, que a indemnização pudesse superar o montante do dano efectivo (por ex., em função do *lucro* obtido pelo lesante), assumindo a natureza de *coima*, *pena privada* ou, de acordo com a expressão anglo-saxónica, de *punitive or exemplary damages*. Se a nossa doutrina não estivesse de acordo quanto à proibição de se ultrapassar o limite do dano, estaria aí a prova da interpenetração das funções da responsabilidade civil e penal e o preceito do art. 494º assumiria *decisivamente* uma natureza *coercitiva* e *sancionatória*.” BRANDÃO PROENÇA, 1997, pp. 165-167.

Na contramão do posicionamento acima, contudo, podemos destacar BRANDÃO PROENÇA que, por sua vez, afirma que a norma de concorrência da culpa do lesado, estabelecida no art. 570º, não traz uma aceção retributiva mas sim, que se trata de uma questão de justiça, na medida em que seria “(...) compreensível que o lesado suporte, em maior ou menor medida, a sua contribuição <culposa> para o dano, devendo, pois, em nome da sua *autonomia e liberdade*, sofrer os efeitos (negativos) da actuação (...)”¹³⁰.

O autor supracitado é, do mesmo modo, crítico no que toca a reconhecer uma função punitiva implícita no art. 494º, ao sustentar que o legislador não procurou instituir um meio de intimidação que prevenisse o ilícito ou castigasse o lesante, mas tão somente refletiu o mesmo sentido de justiça ao fazer uma adequação entre a gravidade da conduta do agente e o dano causado¹³¹.

Existe, ainda, alguma doutrina que se coloca no que se pode considerar um meio termo ao defender que a indemnização não possui, *à priori*, os mesmos fins de repressão e prevenção característicos das penas, mas que sempre que a lei permite que se faça uma graduação da indemnização pelo grau de culpa do agente, admite-se, num certo grau, um traço preventivo/repressivo naquela condenação¹³².

Ora, a nosso ver, no momento em que se permite que haja uma adequação do *quantum* indemnizatório em função do grau de culpa do ofensor, estaria manifestado que a responsabilidade civil tem – também – uma função sancionatória.

Uma vez colocadas essas considerações, questiona-se: já que é possível discutir acerca de uma redução da indemnização em função da culpa, seria possível, utilizando o mesmo critério, falar-se de uma condenação num valor superior ao danos sofridos? É justamente este ponto que se investiga a seguir.

¹³⁰ BRANDÃO PROENÇA, 1997, pp. 127-128. Também estão na contramão: MATOS, 2017, p. 43 e ss. e MELLO, 1989, p. 541.

¹³¹ Brandão Proença afirma ainda que: “(...) só perante o duplo requisito de uma responsabilidade individual *não segura* e da ponderação *exclusiva* do grau de culpa é que a norma poderia desempenhar com eficácia um escopo sancionatório puro. BRANDÃO PROENÇA, 1997, pp. 162-165.

¹³² ANTUNES, 2011, p. 193.

4.2 A (IM)POSSIBILIDADE DE O *QUANTUM* INDEMNIZATÓRIO ULTRAPASSAR A EXTENSÃO DO DANO – REALCE AOS ARTS.180º n. 2 do CSC e 347º n. 2 do CPI

A análise das normas anteriores, presentes no CC, leva-nos a perceber que a função preventivo-punitiva da responsabilidade civil tem como limite – atualmente, no direito português – o montante da reparação, na medida em que só estariam legalmente previstas situações em que a adequação da indemnização se faça para baixo e não para além do limiar do dano¹³³.

Como ressalta PAULO MOTA PINTO, “uma visão sancionatória e preventiva pura, não limitada pelo princípio compensatório, reclamaria que a indemnização pudesse superar o montante do dano efetivo.”¹³⁴, mesmo porque já não estamos a falar de tornar *indemne* a vítima do dano, mas sim de ultrapassar a extensão do prejuízo causado e, portanto, assumir a autonomia do carácter de prevenção/retribuição na responsabilidade civil.

Face aos diversos preceitos normativos e opiniões doutrinárias analisados ao longo deste estudo, não se pode afirmar que haja uma regra geral permissiva de quantificação da indemnização para além do dano causado pois, ainda que haja alguma evolução de pensamento no sentido de que a responsabilidade civil deva assumir um papel mais preventivo-punitivo, é certo que isso se situa no campo dos ideais e não da realidade do que existe (até hoje).

É imperioso demonstrar, no entanto, alguns preceitos que poderiam levar-nos a questionar esse facto. A primeira situação interessante que se coloca a esse respeito relaciona-se com o dever dos administradores de não se aproveitarem das oportunidades de negócio da sociedade¹³⁵, no âmbito do direito das empresas.

¹³³ MOTA PINTO, 2008, pp. 824-825.

¹³⁴ O autor acrescenta, ainda, que admitir-se a ultrapassagem da extensão do prejuízo implicaria estar diante de algo que difere da *indemnização* no sentido em que se conhece (pressupostos e contornos) e, portanto, algo que precisa de ser distinguido da responsabilidade civil clássica. *Ibid*, pp. 825-827.

¹³⁵ Não está expressa na lei portuguesa a proibição de que administradores de sociedades desviem, em benefício próprio ou de terceiros, oportunidades de negócios societárias (*corporate opportunity*), mas a doutrina tem destacado essa prática como um dos maiores exemplos de violação do dever de lealdade (qualificada) que compete aos administradores, vertido no art. 64º do CSC e frisa-se, ainda, que esse dever já se encontra legalmente previsto em outros ordenamentos jurídicos europeus v.g. Itália, Espanha e Inglaterra. RIBEIRO, 2012, pp. 639 e ss. e 648.

Isto porque o art. 180º/2 do CSC¹³⁶, que pode ser analogicamente utilizado para solucionar essa situação¹³⁷, determina que, ao ocorrer a apropriação indevida da *corporate opportunity*, “a sociedade pode exigir que os negócios efectuados pelo sócio, de conta própria, sejam considerados como efectuados por conta da sociedade e que o sócio lhe entregue os proventos próprios resultantes dos negócios efectuados por ele”.

Ora, segundo o já analisado princípio da reconstituição natural, a lógica levaria a crer que o sujeito que se aproveitou da oportunidade alheia deveria apenas restabelecer o estado anterior das coisas¹³⁸, *in casu*, devolver à sociedade a oportunidade. A lei determina, no entanto, que, para além dessa medida, o agente seja obrigado a devolver os proventos próprios que retirou daquele negócio.

Posto isto, questiona-se: é certo que a sociedade obteria os mesmos proventos – *ipsis litteris* – que o administrador obteve com aquele negócio? Não nos parece que exista uma garantia disso. E não é só.

Regra semelhante à exposta acima encontra-se vertida no art. 347/2º do CPI, quando estipula, diante de um caso em que alguém, com dolo ou mera culpa, viole o direito de propriedade industrial ou segredo comercial de outrem, para além de ter de indemnizar o lesado pelos danos que resultem da sua conduta, que “na determinação do montante da indemnização por perdas e danos, o tribunal deve atender nomeadamente ao *lucro obtido pelo infrator (...)*”¹³⁹.

¹³⁶ Código das Sociedades Comerciais. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=524A0180&nid=524&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=#artigo> Acesso em 15/03/21.

¹³⁷ Tal como não está expressamente previsto o dever de não apropriação, tampouco estão as suas consequências, mas a doutrina destaca a destituição do administrador com justa causa (aplicação analógica dos arts. 254º/5, 398º/5 e 428 do CSC); a responsabilidade civil do administrador (esteio no art. 72º do CSC) e a obrigação de devolução do lucro ilicitamente obtido (por analogia art. 180º/2 do CSC). Destaca-se, ainda, que a utilização analógica da última norma citada se justificaria sob o argumento de que, de outro modo, valeria a pena, ao administrador, a prática do ilícito. RIBEIRO, 2012, pp. 653 e 656 e ss.

¹³⁸ Paulo Mota Pinto ressalta que deve-se extrair da leitura do art. 562º do CC que este se refere à situação em que estaria o *lesado* se não tivesse ocorrido o dano (e não o *lesante*), embora o próprio autor ressalve que a redação literal poderia consentir também essa última realidade. MOTA PINTO, 2008, p. 826.

¹³⁹ Código da Propriedade Industrial. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=2979A0347&nid=2979&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=#artigo> Acesso em 15/03/21.

Em que mais consistiriam, portanto, as obrigações acima mencionadas, senão em indenizações punitivas? Aparentemente, estamos diante de típicos casos nos quais a responsabilidade civil se encarrega de remover o lucro ilícito do lesante^{140/141/142}.

A doutrina elucida, para além desses, outros exemplos pontuais que traduziriam manifestações punitivas, entre eles destacam-se os arts. 1320º/1 e 1552/2º do CC. No primeiro estabelece-se o *pagamento do triplo* do valor do animal que o dono da guarida atraiu de forma fraudulenta ou artificiosa e, no segundo, em caso de encrave do prédio sem justo motivo, o proprietário causador só pode constituir servidão de passagem mediante pagamento de *indenização agravada até ao dobro* da que seria devida em condições normais¹⁴³.

¹⁴⁰ A esse respeito, Maria de Fátima Ribeiro sublinha: “a aceitar-se a existência de uma obrigação de restituição global, que ultrapasse os lucros que a sociedade demonstre que poderia razoavelmente esperar obter com o aproveitamento da sua oportunidade de negócio (lucros cessantes), a indemnização assumirá, para lá de uma função ressarcitória, um carácter punitivo.” E segue o raciocínio a fazer uma análise acerca das diferenças/similaridades entre os institutos da responsabilidade civil e do enriquecimento sem causa, tal como já se fez no tópico 3.2 deste estudo, a concluir, em suma, que, nos casos em que o lucro da intervenção excede o montante dos danos causados, reconhece-se a dificuldade de justificação da pretensão de restituição dessa diferença porque não fica evidente a fronteira de delimitação entre os dois institutos e, portanto, se por um lado o enriquecimento sem causa não fundamentaria a entrega, à sociedade, dessa diferença no lucro, a responsabilidade civil, igualmente, deixa sem resolução essa questão, de modo que “só a evolução para uma concepção punitiva e preventiva da responsabilidade civil permitiria justificar a entrega da totalidade dos lucros obtidos pelo administrador à sociedade (...).RIBEIRO, 2012, pp. 658, 663 e 665. Do mesmo modo, Júlio Gomes posiciona-se no sentido de que “infelizmente a restituição do lucro situa-se numa espécie de limbo ou “terra de ninguém” entre os dois institutos, sendo a sua localização fortemente condicionada pela pré-compreensão de cada um deles e dos seus respectivos pressupostos e funções, acabando, por vezes, por se lhe negar, qualquer lugar no domínio jurídico-privado.” GOMES, 1998, p. 792.

¹⁴¹ Outra solução possível para a remoção do lucro ilícito do lesante seria a discussão acerca do enriquecimento por intervenção, “modalidade” de enriquecimento sem causa amplamente reconhecida pela doutrina que se lastreia na “teoria do conteúdo da destinação” e implica o reconhecimento de que “os direitos subjetivos absolutos – tais como direitos reais, direito de personalidade, direitos sobre bens imateriais – conferem ao seu titular a exclusividade do uso e gozo da utilidade econômica do bem.”, de modo que, um eventual enriquecimento que surja da violação desses direitos implica a restituição/atribuição ao titular dos benefícios originados. Há uma ideia de monopólio do titular quanto ao uso, gozo, fruição e disposição desses direitos, de modo que a restituição aplicar-se-ia “mesmo que inexista dano ou eventual necessidade de reprovação do ato praticado pelo interventor.” MORAES, 2021, p. 137 e ss. Inclusive, a jurisprudência também tem reconhecido essa hipótese, a exemplo do Ac. TRG 14/11/2019 (Alcides Rodrigues) Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/>> Acesso em 14/04/21, mas, a nosso ver, esse instituto não resolve de maneira plena todas as questões levantadas nessa pesquisa, uma vez que nem todos os “ilícitos lucrativos” aqui explorados envolvem a violação de direitos subjetivos absolutos.

¹⁴² A terceira hipótese apontada pela doutrina como passível de permitir a restituição do lucro obtido pelo agente é a gestão de negócios imprópria, conforme dispõem os arts. 464º e ss. do CC. Sobre o tema, Cfr MARTINEZ, 2003, pp. 40 e ss. Paula Meira Lourenço, entretanto, destaca que nesse caso, há o inconveniente de o lesado ter de aprovar a gestão realizada, ainda que não concorde com esta, com o intuito de se lhe aplicar esse regime para reaver os lucros. LOURENÇO, 2006, p. 428.

¹⁴³ LOURENÇO, 2008, p. 13. Acrescentam-se ainda os arts. 1041º, 1127º e 1276º mencionados por ANTUNES VARELA, 2016, pp. 934-935 (nota 1).

Veem-se aqui situações nas quais, novamente, a lei procede a uma graduação da indemnização devida em função do nível de culpa na atuação dos lesantes, mas, desta vez, a graduação faz-se para cima – o que, a nosso ver, implica numa clara tentativa de penalização.

Sabe-se, de mais a mais, que se tratam de exemplos pontuais que não correspondem à regra geral de responsabilização reparadora positivada pelo Direito Civil, mas, deve admitir-se que já é um ponto de partida para a discussão do desenvolvimento de uma função punitiva autónoma e complementar à função reparatória.

Diante do exposto e como bem observou INÊS COSTA: “Ficará no “segredo dos Deuses” saber se o direito civil quererá, no futuro, abrir novas portas e seguir novos rumos (...) tal como Pereira Coelho havia preconizado.¹⁴⁴”

5 CONCLUSÃO

Por tudo o que foi demonstrado ao longo deste trabalho, cumpre-nos, agora, sintetizar algumas conclusões:

1. A responsabilidade civil como instituto dotado de protagonismo na esfera civil não pode ser estanque diante da constante evolução social e das novas necessidades que surgem com o decorrer do tempo.
2. A função estritamente reparadora, positivada pelo CC de 1966 e pacificamente reconhecida pela doutrina, traz limitações pois, a nível da indemnização compensatória, em princípio, não se pode exceder o limite do dano causado, aliás, pelo que indica a etimologia da palavra, tornar *indemne* é, apenas, retirar o dano.
3. Inobstante seja assumido o dogma da função reparatória da responsabilidade civil, a qual deveria ter como única preocupação a extensão do dano causado, a própria legislação portuguesa, nos arts. 494º, 497º/2 e 570º, já faz uma graduação do montante indemnizatório em função da culpa do agente, a permitir, inclusive, que o lesado suporte parte do dano que lhe foi causado, isto sem falar das situações citadas no último tópico deste estudo, nas quais a indemnização poderia, de forma pontual, ultrapassar a extensão do dano.

¹⁴⁴ COSTA, 2011, p. 895.

4. O direito penal constitui a *ultima ratio* e procura tutelar os bens jurídicos mais relevantes, previamente estipulados como tal, de forma a que o seu campo de intervenção não pode ser alargado excessivamente, a haver espaço, portanto, para que o direito privado se encarregue de punir condutas que, embora não sejam dispostas como crimes, devem ser repreendidas.
5. É forçoso reconhecer que vasta doutrina já aceita a existência da função preventivo-punitiva, ainda que de forma secundária, e, inclusive, conforme se extrai dos acórdãos citados ao longo deste estudo, a própria jurisprudência portuguesa já reconhece a necessidade de conceder uma indemnização punitiva em alguns casos, mas, por falta de previsão legal específica ou outra forma de enquadrá-la, tende a incluir essa punição na indemnização por danos não patrimoniais.
6. Embora não se concorde, no âmbito desta pesquisa, que a função punitiva seja inerente à seara extrapatrimonial, ou deva ser reconhecida como um desdobramento desta, por entendermos que os danos não patrimoniais – tal como os patrimoniais – são dignos de compensação/reparação independentemente de qualquer punição, já reconhecemos que é um início, uma abertura à aplicação desta função, que pode ser aperfeiçoada com o tempo.
7. Quanto à aplicação dos danos punitivos, a despeito de todas as críticas apontadas, acreditamos que haja forma de compatibilizar uma indemnização punitiva no ordenamento jurídico português, não com as mesmas características presentes no estrangeiro, visto que aqui não se cogitaria a questão da quantificação por júri popular, por exemplo, e cremos que essa compatibilização exigiria, necessariamente, uma previsão legal específica (algo parecido com o que propôs Henrique Sousa Antunes, como foi demonstrado), que se preocupasse com questões relevantes e delicadas como a destinação dessa rubrica punitiva, a proibição da socialização do risco desse tipo de condenação e a definição dos seus moldes de aplicação, de modo a evitar injustiças.
8. Sobre o lucro ilícito do lesante, perfilhamos a tese de que deveria ser uma tarefa abarcada pela responsabilidade civil, como forma de garantir a sua eficácia na dissolução do ilícito. Ter um foco no lesado e no dano sofrido por este é importante, mas para tornar a responsabilidade civil um verdadeiro instrumento de justiça, é necessário que o retorno ao *status quo ante* se opere não só para o

lesado, mas também para o lesante. Vemos essa possibilidade como uma medida eficaz para desencorajar a lógica puramente económica que permite ao lesante “mercadejar” com as esferas de direitos alheios e promover, de uma forma mais segura, dentre outras, a proteção de direitos da personalidade e a tutela dos direitos de propriedade intelectual, dadas as demonstradas insuficiências do enriquecimento sem causa.

9. Por fim, arriscamo-nos – com a consciência da ambição – a dizer que já existem, atualmente, traços punitivos na responsabilidade civil no ordenamento jurídico português e, mais que isso, enaltecer a sua grande utilidade para o fim de prevenção e dissuasão dos ilícitos. De facto, o que falta para que haja uma autonomização dessa função é o desenvolvimento e definição – que também são necessários – mas, acreditamos que dadas as inúmeras discussões sobre o tema, esse pensamento deve evoluir brevemente, de modo que a função preventivo-punitiva passe a coexistir ao lado da função reparatória e não como acessória desta.

REFERÊNCIAS

Livros e artigos:

ALARCÃO, Rui de, “Direito das Obrigações”, Coimbra Editora, Coimbra, 1983

ALMEIDA COSTA, Mario Júlio de “Direito das Obrigações”, 11ª ed. rev. e act., Almedina, Coimbra, 2008

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de, “Dano Moral e Indenização Punitiva: Os *Punitive Damages* na Experiência do Common Law e na Perspectiva do Direito Brasileiro”, 2ª ed, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009

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

_____. “Das Funções Reconstitutiva e Punitiva da Responsabilidade Civil: Propostas de reformas do Código Civil Português”, in *Novos desafios da Responsabilidade Civil: Atas da II Jornadas Luso-brasileiras de Responsabilidade Civil*, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2019

CAHALI, Youssef Said, “Dano Moral”, 3ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2005

CAMPOS, Diogo Paredes Leite de, “Enriquecimento Sem Causa e Responsabilidade Civil”. Disponível em: <<https://portal.oa.pt/upl/%7Bb6e9a40e-6ef8-4918-8fc2-ac31846ababb%7D.pdf>>

CARVAL, Suzanne, “*La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*”, LGDJ, Paris, 1995

CHAVES, Cristiano; Nelson ROSENVALD e Felipe Peixoto BRAGA NETTO, “Curso de Direito Civil 3: Responsabilidade Civil”, 2ª ed., Atlas, São Paulo, 2015

COELHO, Francisco Manuel Pereira, “O problema da Causa Virtual na Responsabilidade Civil”, Coimbra Editora, Coimbra, 1955

COOTER, Robert D., “*Punitive Damages, Social Norms, and Economic Analysis*”, in *Law and Contemporary Problems*, vol. 60, n. 3, California, 1998, 2 e ss. Disponível em: <https://escholarship.org/content/qt7h38w307/qt7h38w307_noSplash_f266c309c769d0bcb55408e82e2cf2b2.pdf>

COSTA, Inês Almeida, “O nexo de causalidade e o problema da causa virtual: à luz do actual Código Civil Português” in *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. 87, Coimbra Editora, Coimbra, 2011

DIAS, José de Aguiar, “Da Responsabilidade Civil”, 11ª ed, Renovar, São Paulo, 2006

_____. “Da Responsabilidade Civil”, vol. 2, 8ª ed. rev. e act., Forense, Rio de Janeiro, 1987.

DINIZ, Maria Helena, “Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil”, vol. 7, 25ª ed., Saraiva, São Paulo, 2011

FISCHER, Hans Albrecht, “A reparação dos danos no Direito Civil”, trad. António de Arruda Ferrer Correia, Arménio Amado, Coimbra, 1938

FRADA, Manuel A., “Direito Civil Responsabilidade Civil: O Método do Caso, reimp., Almedina, Coimbra, 2010

GALLO, Paolo, “*Punitive Damages in Italy?*”, in *A l'europa du troisieme millenaire: Mélanges offert à Giuseppe Gandolfi*, vol. 3, Dott. A. Giuffré Editore, Milano, 2004

GALVÃO TELLES, Inocência, “Direito das Obrigações”, 6ª ed. rev. e act., Coimbra Editora, Coimbra, 1989

GOMES, Júlio Manuel Vieira, “O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa”, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 1998

_____. “Uma função punitiva para a responsabilidade civil e uma função reparatória para a responsabilidade penal?”, in *Revista de Direito e Economia*, v. 15, Universidade de Coimbra, Coimbra, 1989

JORGE, Fernando Pessoa, “Ensaio sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil”, reimp., Almedina, Coimbra, 1999

JÚNIOR, Adalmo Oliveira dos Santos, “A indenização punitiva em danos patrimoniais: a viabilidade jurídica da aplicação dos *punitive damages* norte-americano no direito brasileiro, in *Revista de Direito Privado*, v. 30, Revista dos Tribunais, São Paulo, abr/jun 2007

KAHNEMAN, Daniel; Cass R. SUNSTEIN e David SCHKADE, “*Assessing Punitive Damages (with Notes on Cognition and Valuation in Law)*”, in *The Yale Law Journal*, vol. 107, num. 1, oct 1997. Disponível em: <<https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=7820&context=yjlj>>

KELSEN, Hans, “Teoria pura do Direito”, 3ª tir., trad. João Baptista Machado, Martins Fontes, São Paulo, 1999

LEITÃO, Luís Menezes, “Direito das Obrigações”, vol. 1, Almedina, Coimbra, 2000

LOURENÇO, Paula Meira, “A Função Punitiva da Responsabilidade Civil”, Coimbra Editora, Coimbra, 2006

_____. “A Indemnização Punitiva e os critérios para a sua determinação” Disponível em: <https://www.stj.pt/wp-content/uploads/2018/09/responsabilidadecivil_paulameiralourenco.pdf>

- MARINONI, Luiz Guilherme, “Tutela Inibitória (Individual e Coletiva)”, 3ª ed, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003
- MARTINEZ, Pedro Romano, “Direito das Obrigações: Apontamentos”, AAFDL, Lisboa, 2003
- MARTINS-COSTA, Judith; Mariana Souza PARGLENDER, “Usos e Abusos da Função Punitiva (*punitive damages* e o Direito brasileiro)”. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/revista/numero28/artigo02.pdf>>
- MATOS, Filipe Albuquerque, “A Compensação dos Danos não patrimoniais no Código Civil de 1966”, in *Responsabilidade Civil: cinquenta anos em Portugal, quinze anos no Brasil* (coord. Mafalda Miranda Barbosa e Francisco Muniz), Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2017
- MELLO, Alberto Sá, “Critérios de apreciação da culpa na responsabilidade civil (Breve anotação ao regime do Código)”, in *ROA*, vol. 2, ano 49, 1989
- MONTEIRO, Jorge F. Sinde, “Responsabilidade Civil”, in *Revista de Direito e Economia*, sep. do nº 2, Universidade de Coimbra, Coimbra, 1978
- MORAES, Maria Celina Bodin de, “Danos à Pessoa Humana: Uma leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais”, Renovar, Rio de Janeiro, 2007
- _____. “*Punitive Damages* em sistemas civilistas: problemas e perspectivas”, in *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 18, Padma, Rio de Janeiro, abr/jun 2004
- MORAES, Renato Duarte Franco de, “Enriquecimento sem causa e o Enriquecimento por intervenção”, Almedina Brasil, São Paulo, 2021
- OWEN, David G., “*Punitive Damages in products liability litigation*”, in *Michigan Law Review*, vol. 74, issue 7, University of Michigan, 1976. Disponível em: <<https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4123&context=mlr>>
- PINTO MONTEIRO, António Joaquim de Matos, “Cláusula Penal e Indemnização”, Almedina, Coimbra, 1990
- PINTO, Paulo Mota, “Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo”, vol. 1, Coimbra Editora, Coimbra, 2008
- PROENÇA, José Carlos Brandão, “A Conduta do Lesado como Pressuposto e Critério de Imputação do Dano Extracontratual”, Almedina, Coimbra, 1997
- RANGEL, Rui Manuel de Freitas, “A reparação judicial dos danos na Responsabilidade Civil: Um olhar sobre a jurisprudência”, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2004
- RIBEIRO DE FARIA, Jorge Leite Areias, “Direito das Obrigações”, vol. 1, Almedina, Coimbra, 1990

RIBEIRO, Maria de Fátima, “O dever de os administradores não aproveitarem, para si ou para terceiros, oportunidades de negócios societárias”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hörster* (coord. Luis Couto Gonçalves *et al.*), Almedina, Coimbra, 2012

ROSENVALD, Nelson, “As fronteiras entre a restituição do lucro ilícito e o enriquecimento por intromissão”, in *Novos desafios da Responsabilidade Civil: Atas da II Jornadas Luso-brasileiras de Responsabilidade Civil*, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2019

_____. “As Funções da Responsabilidade Civil: A Reparação e a Pena Civil”, Atlas, São Paulo, 2013

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira, “Princípio da reparação integral: Indenização no novo Código Civil”, Saraiva, São Paulo, 2011

SCHREIBER, Anderson, “Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos” 5ª ed, Atlas, São Paulo, 2013

SHAVELL Steven; Michael POLINSKY, “Punitive Damages: An economic analysis”, in *Harvard Law Review*, vol. 111, num. 4, feb 1998. Disponível em: <http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/papers/pdf/Shavell_212.pdf>

VARELA, João de Matos Antunes, “Das Obrigações em Geral”, vol. I, 10ª ed., Almedina, Coimbra, 2016

_____. “Rasgos Inovadores do Código Civil Português de 1966 em matéria de Responsabilidade Civil” in *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. 48, Coimbra Editora, Coimbra, 1972

ZARRA, Maita María Naveira, “*El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*”, ER, Madrid, 2006

Monografias:

AMORIM, Luís Miguel Caldas Ribeiro Silva, “A Função Punitiva da Responsabilidade Civil”, Dissertação de Mestrado, Orientador: Prof. Mestre Maria Manuel Veloso, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2014

DINIZ, Bernardo de Alencar Araripe, “A Responsabilidade Civil e sua função punitiva”, Tese de Mestrado, Orientador: Dr. Jorge Ferreira Sinde Monteiro, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2008

SILVA, Margarida Laires Cortes Figueiredo da, “*Compensatio Lucri Cum Damno: Uma apreciação da Jurisprudência Portuguesa*”, Tese de Mestrado, Orientador: Dr. Henrique Sousa Antunes, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2019. Disponível em: <<https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/28409/1/Compensatio%20Lucri%20Cum%20Damno%20->

%20Uma%20Aprecia%C3%A7ao%20da%20Jurisprudencia%20Portuguesa%20-
%20finalissimo.pdf>

SILVA, Sara Monteiro Pinto Ferreira da, “Danos Punitivos – Problemas em relação à sua admissibilidade no ordenamento jurídico português”, Dissertação de Mestrado, Orientador: Prof. Dr. Pedro Eiró, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2012

SOUTO, Sofia Maria Barros do, “A subsidiariedade do enriquecimento sem causa na jurisprudência e doutrina portuguesa”, Tese de Mestrado, Orientador: Dr. Júlio Manuel Vieira Gomes, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 2012. Disponível em:
<<https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/15699/1/A%20Subsidiariedade%20do%20enriquecimento%20sem%20causa%20na%20jurisprud%C3%Aancia%20e%20doutrina%20portuguesa.pdf>>

STEINER, Renata Carlos, “Interesse positivo e interesse negativo: A reparação de danos no Direito Privado brasileiro”, Tese em Doutorado, Orientador: Dr. Cristiano de Sousa Zaneti, Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2016. Disponível em:
<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-20082016-121314/publico/Renata_Carlos_Steiner_INTEGRAL.pdf>

Legislação:

BGB. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p0761>

Código Civil. Disponível em:
<https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=775&tabela=leis>

Código Civil Brasileiro. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>

Código da Propriedade Industrial. Disponível em: <
http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2979&tabela=leis&ficha=1&pagina=1>

Código das Sociedades Comerciais. Disponível em: <
http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=524&tabela=leis>

Código de Seabra. Disponível em: <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Codigo-Civil-Portugues-de-1867.pdf>

Código Penal. Disponível em: <
http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=leis>

Constituição da República Portuguesa. Disponível em: < <https://dre.pt/crp-parte-i>>

Jurisprudência:

Ac. STJ 19/05/2010 (Fonseca Ramos) Disponível em: <
<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/000e97141444cf4b802577290055d2cd?OpenDocument&Highlight=0,PUNITIVE,DAMAGES>>

Ac. STJ 31/05/2011 (Sebastião Póvoas) Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/-/CCC19272CF3BC310802578A20048C2B5>>

Ac. STJ 02/05/2012 (Fonseca Ramos) Disponível em: <
<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/8b3fbf88ddf67b0e802579f4002fb650?OpenDocument&Highlight=0,PUNITIVE,DAMAGES>>

Ac. STJ 25/02/2014 (Maria Clara Sottomayor) Disponível em: <
<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/5ed9a82a69e6b5d380257c91003a2285?OpenDocument&Highlight=0,PUNITIVE,DAMAGES>>

Ac. STJ 05/01/2016 (Pinto de Almeida) Disponível em: <
<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/ac34e97cec21e74380257f3100547e54?OpenDocument>>

Ac. STJ 26/01/2016 (Fonseca Ramos) Disponível em: <
<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/1482d1a9849fcf8180257f48004fa482?OpenDocument&Highlight=0,PUNITIVE,DAMAGES>>

Ac. TRG 14/11/2019 (Alcides Rodrigues) Disponível em:
<<http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/bc0884e4ac017e48802584c400380dde?OpenDocument>>