



David Emanuel Chiquita Saraiva

A TUTELA PREVENTIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Dissertação com vista à obtenção do grau de
Mestre em Ciências jurídicas forenses

Orientador:

Doutor Jorge Morais Carvalho, Professor da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa

Fevereiro de 2015

Universidade Nova de Lisboa

Faculdade de Direito

David Emanuel Chiquita Saraiva

A TUTELA PREVENTIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Dissertação com vista à obtenção do grau de
Mestre em Ciências jurídicas forenses

Sob a orientação de:

Doutor Jorge Morais Carvalho, Professor da Faculdade de Direito da
Universidade Nova de Lisboa

Fevereiro de 2015

Declaração de Compromisso de Anti-Plágio

Declaro por minha honra que o trabalho que apresento é original e que todas as minhas citações estão corretamente identificadas. Tenho consciência de que a utilização de elementos alheios não identificados constitui uma grave falta ética e disciplinar.

Lisboa 13 de fevereiro de 2015

Agradecimentos

Dedico este espaço àqueles que me ajudaram a concretizar a presente dissertação.

Agradeço à minha família, em especial aos meus pais, pelo apoio incondicional e confiança depositada ao longo do meu percurso académico. Pelos valores que me transmitiram e o exemplo que representam para mim.

Um profundo agradecimento ao meu orientador, Professor Doutor Jorge Morais Carvalho, pela presença imprescindível para a concretização deste trabalho. Agradeço as críticas, as sugestões, o incentivo motivacional, a partilha de conhecimento, o esforço e a ajuda incansável. Foi um privilégio ser seu aluno e orientado.

Uma palavra de agradecimento à FDUNL pela importância na minha formação académica e pelos meios disponibilizados para a realização desta dissertação. Com um especial agradecimento ao Sr. Carlos Artur, funcionário da biblioteca, pelo constante profissionalismo e simpatia na ajuda prestada.

Ao Daniel Semedo, um grande amigo, pelas palavras sábias que soube dizer nos momentos certos.

Um agradecimento muito especial à Flávia pela compreensão, carinho, apoio, estímulo motivacional e sorriso diário que sempre emanou.

Modo de citar

Durante a presente obra, usaremos a seguinte forma de citar: a primeira citação de uma monografia é identificada da seguinte forma: nome completo do autor, título integral da obra, volume, edição, local de publicação, editora, ano e página que se pretende referenciar.

Se a obra corresponder a um artigo de uma publicação periódica, a primeira citação é feita da seguinte forma: nome completo do autor, “título integral do artigo consultado”, nome do periódico, número, ano, e página(s).

Para as obras ou artigos consultados e recolhidos na Internet, é adotada a seguinte forma de citação: nome completo do autor, título integral da obra, *site* da Internet em que foram consultados e a(s) página(s). A data de recolha da informação consta da lista bibliográfica final sempre.

Nas citações seguintes, as obras ou artigos serão referenciados pelo nome do autor seguido pelas abreviaturas “*Op. Cit.*” e a indicação da(s) página(s).

Existindo mais do que uma obra consultada de um mesmo autor, ao nome completo do autor seguem-se as primeiras palavras do título da obra, a abreviatura “*Cit.*” e a(s) página(s) consultada(s). A expressão *Ibidem* é utilizada sempre que a obra a citar tenha sido referida na nota de rodapé imediatamente anterior.

É adotada a seguinte forma de citação dos acórdãos consultados: nome do tribunal que tomou a decisão, data, número de processo e relator. Os acórdãos sem menção adicional encontram-se disponíveis em www.dgsi.pt.

As transcrições são sempre feitas na língua original.

É usado o modo itálico para destacar as palavras escritas em língua estrangeira ou latinismos.

Declaração relativa ao número de caracteres

Para a realização da presente dissertação foram usados 199.197 caracteres.

Lista de abreviaturas

Ac.	Acórdão
AFDUAM	Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid
ANACOM	Autoridade Nacional de Comunicações
Art.	Artigo
BFDC	Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra
BMJ	Boletim do Ministério da Justiça
CDADC	Código de Direitos de Autor e Direitos Conexos
CC	Código Civil
Cf.	Conforme
Cit.	Citado
CP	Código Penal
CPI	Código da Propriedade Industrial
CRP	Constituição da República Portuguesa
CPC	Código Processo Civil
DCFR	Draft Common Frame of Reference
DL	Decreto-Lei
Ed.	Edição
ICP	Instituto das Comunicações de Portugal
LBA	Lei de Bases do Ambiente
LCCG	Lei das Cláusulas Contratuais Gerais
LDC	Lei de Defesa do Consumidor
LPPAP	Lei Sobre a Participação Procedimental e Ação Popular
Op.	Obra
p.	Página
pp.	Páginas
PETL	Principles of European Tort Law
ROA	Revista da Ordem dos Advogados
STJ	Supremo Tribunal de Justiça

A Tutela Preventiva da Responsabilidade Civil

TRL	Tribunal da Relação de Lisboa
TRC	Tribunal da Relação de Coimbra
TRP	Tribunal da Relação do Porto
Vol.	Volume

Resumo

A sociedade contemporânea caracteriza-se pelo elevado nível de riscos. Hoje, tão importante como o ressarcimento é a prevenção dos danos. Visto que, a potencialidade de diversos danos não se coaduna com a reparação, pois muitas vezes esta revela-se impossível. O atual Direito Civil deve estar ao serviço das pessoas, desta forma o cerne do instituto tem-se vindo a vocacionar progressivamente para o lesado. Solicita-se à responsabilidade civil uma atitude ativa que procure evitar os danos, reduzindo a sua dimensão e frequência.

A imputação pelo risco revela-se necessária e útil no contexto atual ao demonstrar capacidade para modelar comportamentos, funcionando como um aviso de cautela para os agentes que desenvolvem atividades perigosas. Economicamente, pretende prevenir-se comportamentos socialmente ineficientes, assumindo notória importância a responsabilidade objetiva enquanto fator de dissuasão e de dispersão dos danos pela sociedade.

O paradigma da imputação fundada na culpa demonstra-se insuficiente para a efetiva tutela dos interesses dos cidadãos, especialmente se se adotar uma visão anacrónica do conceito de culpa.

A prevenção floresce em áreas diversas, especialmente no âmbito da responsabilidade ambiental, do produtor, decorrente da violação de direitos de propriedade intelectual e de direitos de personalidade.

A superação do dano enquanto bitola da indemnização não significa necessariamente o reconhecimento da vertente punitiva. A prevenção não se confunde com objetivos reativos/repressivos, a dissuasão de comportamentos ilícitos não está subordinada à punição.

Palavras-chave: responsabilidade civil; prevenção; danos, responsabilidade objetiva; responsabilidade do produtor; análise económica do direito; indemnização; responsabilidade ambiental; risco;

Abstract

The contemporary society is characterized by high risks. Today, the prevention of damages is as important as compensation. This is due to the fact that the potentiality of several damages is not in line with compensation, because often compensation proves to be impossible. Civil law should be at the service of the citizens, which explains that the heart of the institution of non-contractual liability has gradually moved towards the victim's protection. It is requested from Tort law an active attitude that seeks to avoid damages, reducing its dimension and frequency.

The imputation by risk proves to be necessary and useful in the present context as it demonstrates the ability to model behaviors, functioning as a warning for agents engaged in hazardous activities. Economically, it seeks to prevent socially inefficient behaviors. Strict liability assumes notorious importance as a deterrent and in the dispersion of damage by society.

The paradigm of the imputation founded on fault has proved insufficient for the effective protection of the interests of the citizens, particularly if based in an anachronistic vision of the concept of fault.

Prevention arises in several areas, especially in environmental liability, producer liability and liability based on infringement of copyright and rights relating to the personality.

To overcome the damage as the gauge for compensation does not inevitably mean the recognition of the punitive approach. Prevention should not be confused with reactive/punitive objectives. The deterrence of unlawful conduct is not subordinated to punishment.

Keywords: Tort Law; Prevention; damages; strict liability; producer liability; economic analysis of law; compensation; environmental liability; risk;

Introdução

O principal objetivo da presente dissertação consiste no estudo da função preventiva da responsabilidade civil.

A função ressarcitória assume-se como o papel primordial do instituto. A existência de danos é uma realidade incontornável, sendo que todos nós já sofremos ou causámos algum dano. A responsabilidade civil é convocada para apagar os danos da esfera jurídica do lesado, mas no contexto atual dúvidas se levantam se o instituto se esgota na componente ressarcitória.

A sociedade contemporânea demarca-se dos restantes períodos históricos pelo seu dinamismo desenfreado. Na definição de Ulrich Beck¹ vivemos numa sociedade de risco. O progresso tecnológico e científico avança a um ritmo avassalador e, como reverso deste desenvolvimento, surgem novos riscos. O risco está intimamente integrado no nosso quotidiano.

A única certeza é a incerteza de resultados imprevisíveis de diversas invenções em áreas tão diversas como a biotecnologia, o uso de sistemas de telecomunicações com conclusões incipientes quanto às suas consequências, problemas ambientais relacionados com a exploração dos recursos. Todos estes riscos e muitos outros fazem parte do nosso quotidiano. Risco sempre existiu, mas estes podem trazer danos irreversíveis.

A dificuldade de acesso à justiça devido aos custos associados, acrescentando a dissonância entre o tempo da justiça e o da sociedade, leva à existência de danos invisíveis para o sistema legal.

Não se pode observar o Direito desligado da economia de outra forma adota-se uma visão distorcida da realidade. A pressão sobre os tribunais assume proporções nunca vistas, o número de litígios obriga os Estados a despender elevados recursos na manutenção do sistema judicial. A prevenção do dano traria uma redução destes custos.

¹ ULRICH BECK, *La société du risqué*, Paris, Alto Aubier, 2001, p.18 e 471-493.

A Tutela Preventiva da Responsabilidade Civil

A complexidade jurídica agravou-se exacerbadamente com as mutações sociais. Juridicamente, as situações-limite aumentaram e existe alguma dificuldade em saber onde termina o risco e se inicia verdadeiramente um dano.

O Direito deve ser sensível à realidade social, procurando gerar os consensos que se esperam dele. O risco foi e continua a ser o grande impulsionador da evolução da responsabilidade civil; o reconhecimento da responsabilidade objetiva é o exemplo da necessidade de adaptação. No Estado de Direito Social exige-se uma postura proactiva do direito civil na proteção do interesse dos cidadãos, pelo que a visão da responsabilidade civil se deve basear numa atitude dinâmica de proteção dos interesses.

O séc. XIX teve como paradigma a responsabilidade (compensação por perdas). Parte do séc. XX abraçou a solidariedade como padrão². Caminhamos para um novo paradigma: o da segurança. Além da noção de risco, acresce a reconhecida incerteza. Aos princípios da responsabilidade e solidariedade, a atual sociedade parece exigir ao Direito dois novos princípios: o da precaução e o da prevenção³.

O contexto atual parece exigir algo mais à responsabilidade civil, esperando do Direito uma atitude sensível à realidade social. O risco deve assumir maior destaque e o paradigma da culpa repensado, de modo a termos uma responsabilidade útil para os desafios contemporâneos. A responsabilidade civil tem de ser um produto da sociedade em que se insere⁴.

A responsabilidade civil não abandonou os anteriores paradigmas, apenas aponta para uma evolução. Este será o nosso principal enfoque de exploração, não esquecendo que o melhor dano é o que não ocorreu.

² Realçamos, aqui, a opinião de CASTANHEIRA NEVES, “Nótula a propósito do estudo sobre a responsabilidade civil de Guilherme Moreira”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. III, 1977, p.383. O autor confirma a existência de uma socialização dos riscos através de “formas sociais de absorção dos riscos e danos produzidos”, concluindo haver uma projeção no âmbito da segurança social dos comuns pressupostos da responsabilidade. Assim, o autor considera existir uma ameaça à viabilidade do instituto da responsabilidade civil.

³ TERESA LOPEZ, “Responsabilidade civil na sociedade de risco” in *Sociedade de risco e direito privado*, São Paulo, Editora Atlas, 2013, p.10-11.

⁴ Neste sentido podemos ver a afirmação de JAAPSPIEN, *Um código civil para a europa/a civil code for europe/ Un code civil pour L’europa*, Coimbra, Coimbra editora, p. 63 - “Tort Law has ever been – and needs to be – a product of its time. It has to cope with the demands of a modern society”.

Num primeiro momento revela-se necessário observarmos um pouco as raízes da responsabilidade civil, destacando o princípio *alterum non laedere* com o objetivo de identificar o papel que este poderá desempenhar na reafirmação da prevenção na responsabilidade civil. Procuraremos demonstrar a evolução do pensamento da doutrina portuguesa sobre as funções do instituto, com realce para a vertente ressarcitória e a inerente teoria da diferença; procede-se depois ao estudo de regimes que se afastam da componente ressarcitória do instituto, com relevo para a compensação dos danos não patrimoniais, a redução da indemnização nas situações de mera culpa.

Num segundo momento, testaremos a capacidade da responsabilidade civil de lidar com situações em que associado ao evento danoso surge o lucro para o interventor, verificando se o casamento com o enriquecimento sem causa é uma solução feliz e quais as soluções para o problema. Revela-se problemático identificar os limites da responsabilidade civil na proteção dos interesses em causa. Procuraremos expor algumas soluções trazidas por estudos europeus para o desenvolvimento e harmonização do instituto no espaço europeu, com especial destaque para os *Principles of European Tort Law* e os *Draft Common Frame of reference*. No que diz respeito à tutela preventiva da responsabilidade civil, abordaremos as soluções do direito chileno, argentino e do projeto de revisão do código civil francês. Imperioso será atendermos ao que a análise económica do direito tem para nos dizer sobre as funções da responsabilidade civil, tentando vislumbrar a pertinência dos seus ensinamentos para o direito constituído. Neste trilho, é crucial examinarmos o regime da responsabilidade objetiva no código civil com os principais detalhes que os conceitos indeterminados representam para o mesmo.

No último momento, procuraremos explorar o fundamento e pertinência de algumas situações de afastamento do regime geral do instituto por soluções específicas, realçando sobretudo o que se verifica em direito do consumo, com relevo para a responsabilidade civil do produtor. Refletiremos acerca da solução - existente nas situações de violação de propriedade intelectual e direitos de autor - de inclusão do lucro obtido pelo lesante para efeitos de responsabilidade civil. Abordaremos a tutela conferida pelo direito civil aos direitos de personalidade e a importância assumida pela responsabilidade civil. Por fim, demonstraremos o florescimento da

A Tutela Preventiva da Responsabilidade Civil

responsabilidade civil em sede ambiental com contornos próprios assumidamente preventivos.

1. Princípio *alterum non laedere*

Advertimos, desde já, que este trabalho não tem como objetivo a investigação histórica do regime da responsabilidade civil e sua evolução. O princípio *alterum non laedere* foi durante largos períodos históricos considerado o fundamento da responsabilidade civil. A sua pertinência para o nosso estudo prende-se com a maleabilidade que uma visão atualista deste pode significar para a reafirmação da responsabilidade civil face aos desafios presentes.

Trata-se de um dos legados deixados pelo direito romano, que influenciou de forma marcante toda a conceção e funções da responsabilidade civil.

A violação do princípio romanístico *alterum non laedere* ou *neminem laedere*, traduzido genericamente por não ofender ninguém – vindo da máxima de Ulpiano⁵ de que “*Tais são os preceitos do direito: viver honestamente, não ofender ninguém dar a cada um o que lhe pertence*” – continua a desempenhar um papel fundamental em matéria de responsabilidade civil. Embora a sua raiz histórica esteja associada ao jus-naturalismo, é pertinente observarmos que o princípio não caiu no esquecimento.

Apesar de doutrinariamente ser discutível⁶ qual a verdadeira razão de ser da obrigação de indemnizar, isto é, se a mesma decorre deste princípio genérico ou da violação de norma legal, não vamos entrar nesta discussão, uma vez que não é o escopo do nosso trabalho. Todavia, apontamos a sua pertinência no nosso ordenamento jurídico, a fim de apurarmos o sentido ético do instituto, sendo de destacar que a jurisprudência portuguesa se socorre, várias vezes, deste princípio para fundamentar as suas decisões.

Nas palavras do STJ, verificamos que o “Direito tem cada vez mais uma componente ética⁷ traduzível na sempre atual máxima romanista *alterum non laedere*”

8-9

⁵ *Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*, tradução de FERNANDA CARRILHO, Dicionário de Latim Jurídico, Coimbra, Almedina, 2006, p.219.

⁶ Do ponto de vista da filosofia do Direito.

⁷ Neste ponto, consideramos importante a referência de MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “Reflexões em torno da responsabilidade civil: Teleologia e teleonomologia em debate”, *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXXI, Coimbra, 2005, p.554 – “o homem não pode continuar a ser visto como indivíduo, mas terá de ser visto necessariamente como pessoa dotado de uma ineliminável dignidade ética, e como tal, como ser de responsabilidade”.

Do ponto de vista evolutivo, numa primeira fase o *neminem laedere* afirma-se enquanto barreira controladora do egoísmo inerente ao ser humano. O ordenamento jurídico parece ter substituído o dever negativo de não causar danos, pelo dever positivo de reparar a lesão causada¹⁰.

Em todo o sistema de responsabilidade civil, independentemente da fonte dos danos, o relevante é verificarmos se estamos perante áreas protegidas pelo direito. A premissa básica reside na reposição do equilíbrio económico que foi alterado pelo facto danoso¹¹.

O art.483º do Código Civil funda-se na existência de “violação de direito alheio ou norma legal destinada a proteger interesses alheios”. Ou seja, uma violação culposa com esta natureza, conjugada com a existência de danos¹², é causa necessária para a consequência jurídica: o dever de indemnizar. A formulação do artigo coloca o maior enfoque sobre o dano, verifica-se que este é o elemento central no despontar de responsabilidade. É notório que o Direito manifesta claramente a reprovação e repressão de atos humanos causadores de danos aos demais, criando assim a obrigação de indemnizar.

Como PASCUAL ESTIVELL¹³ destaca, a violação do princípio *alterum non laedere* continua a ser a pedra de toque para se exigir o ressarcimento de danos. No entendimento de LLAMAS POMBO¹⁴ o princípio face ao direito moderno não se circunscreve à ideia: quem produz danos deve repará-los; mas sobretudo na de não causar danos, isto é, no dever de evitar os danos. Podemos concluir que este princípio se traduz numa regra geral de não lesar outrem, influenciando até aos dias de hoje todos os códigos vigentes.

⁸ Ver STJ de 11-09-2007, proc. nº 07A2402 (FONSECA RAMOS); STJ de 10-12-2009, proc. nº 3795/04.9TVLSB.S1 (SALAZAR CASANOVA).

⁹ CASTANHEIRA NEVES, *Op. Cit.*, p.385 O autor traz-nos a ideia de que o direito distingue-se pela sua intenção de validade com fundamento axiológico e função crítica. Concluindo que “a profissão de jurista não é só intelectual – deve ser também uma profissão ética”.

¹⁰ LUIS PASCUAL ESTEVILL, *Havia un concepto de responsabilidad civil: La responsabilidad extracontractual, aquiliana o delictual*, vol.I, parte general, Barcelona, Bosh, 1989, p.73.

¹¹ *Ibidem*, p.76.

¹² Assim aponta a parte final do nº1 deste artigo: “indemnizar pelos **danos** resultantes da violação”

¹³ PASCUAL ESTEVILL, *Op. Cit.*, 636.

¹⁴ LLAMAS POMBO, *Prevención y reparación la dos caras de la responsabilidad civil, La Responsabilidad Civil y su Problemática Actual*, Madrid, Dykinson, 2007, p.446.

O princípio em causa torna-se mais relevante para o nosso estudo (a tutela preventiva da responsabilidade civil), uma vez que a jurisprudência portuguesa entende que o direito positivo contém o “princípio geral do dever de prevenção do perigo, radicado em razões de natureza ética (*neminem laedere*)...”¹⁵. Desta forma, destacamos a importância de um “redescobrimento” deste princípio enformador do regime da responsabilidade civil. Conceptualmente, consideramos que o significado de não ofender a propriedade de outrem é mais vasto do que a simples conceção ressarcitória da responsabilidade civil.

O princípio *neminem laedere* afirmou-se durante o jusracionalismo inicial, período em que se postulou uma série de direitos originais e imutáveis do Homem, deduzidos da razão humana, advindo, assim, a ideia de que qualquer dano causado dolosamente deveria ser ressarcido¹⁶.

A ideia de responsabilidade sempre esteve associada à de liberdade¹⁷. Como refere MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “a responsabilidade não é um obstáculo à liberdade, mas a outra face da moeda que jamais deixará de a acompanhar”¹⁸. O conceito de liberdade negativa usado no período liberal deixa de ter lugar, visto que se perspetiva uma liberdade com deveres de respeito implícitos para com os outros. Todo o formalismo do originário *neminem laedere* é superado neste ponto por via da análise do direito com enfoque nos deveres que também fundamentam a responsabilidade.¹⁹

Preponderante em matéria de responsabilidade civil é o paradigma vigente em cada sociedade-histórica da extensão do conceito de liberdade inerente ao indivíduo. Na sociedade contemporânea não há lugar para a ideia de que o Homem é um indivíduo absoluto, passando este a ser ético-filosoficamente visto como um ser de convivência que age no mundo em função da sua responsabilidade²⁰. Por outras

¹⁵ Ac. TRL de 22-05-2007, proc. nº 926/2002.C1 (JORGE ARCANJO). O referido acórdão debruça-se sobre matéria de segurança rodoviária, concluindo que este princípio está aflorado no art.3º nº2 do Código da Estrada, ao impor o dever geral de abstenção dirigido a todas as pessoas.

¹⁶ MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Op. Cit.*, p.553.

¹⁷ CASTANHEIRA NEVES, *Op. Cit.*, p.386 e 389. O correlativo liberdade-responsabilidade são fundamentais do ponto de vista da vigência do direito. Corroborando a importância desta correlação, refere o autor que o Estado Social não pode ser “dispensador amoral de benefícios de uma gratuidade sem dor, sem deveres nem responsabilidade”

¹⁸ MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Op. Cit.*, p.554.

¹⁹ *Ibidem*, p.557.

²⁰ PINTO BRONZE, “*O Visconde de Seabra (Um exercício de memória)*. *Da liberdade do indivíduo à responsabilidade da pessoa*”, BFD, Vol. LXXI, Coimbra, 1995, p.593.

A Tutela Preventiva da Responsabilidade Civil

palavras, o individualismo esgotou-se, concebe-se sobretudo a ideia de indivíduo enquanto pessoa com os respetivos deveres de solidariedade inerentes à vida em sociedade. A responsabilidade exprime a própria personalidade²¹. A responsabilidade é um “pilar essencial da civilização na nossa sociedade”.²²

²¹MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Op. Cit.*, pp.552 e 557.

²²MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, Livro II Direito das Obrigações, Tomo III, Coimbra, Almedina, 2010, p.423.

2. A hegemonia da função ressarcitória da responsabilidade civil

O dano tem sido considerado o propulsor da responsabilidade civil, a função ressarcitória tem colhido a maior atenção por parte dos estudiosos do tema, pelo que de seguida teceremos as devidas considerações sobre o mesmo, procurando assim analisar a relevância concedida às diversas funções da responsabilidade civil na nossa ordem jurídica.

2.1. A opinião generalizada da doutrina nacional

Os sistemas jurídicos continentais adotaram uma divisão mais rígida no que concerne às funções da responsabilidade civil. Considera-se que os direitos de raiz romano-germânica, não sendo o direito português exceção, tendem a contemplar o instituto assente na componente reparadora. Concebe-se como princípio basilar a limitação da indemnização pelo valor do dano²³.

Fazendo uma breve incursão pela doutrina portuguesa, destacamos, desde logo, ALMEIDA E COSTA²⁴, que salienta a conceção clássica do instituto, atribuindo-lhe a função primordial “de reparar os danos causados e não fins sancionatórios”. Porém, o autor aceita que a lei portuguesa acessoriamente consagra “um escopo de repressão e prevenção desses actos ilícitos”. No mesmo sentido, PINTO MONTEIRO²⁵ adota a visão de uma função reparadora para a responsabilidade civil.

ANTUNES VARELA²⁶ explana muito bem a amplitude desta vertente, realçando a tese de que o fim da responsabilidade civil é a devolução do lesado ao estado em que estaria se não tivesse ocorrido a lesão, ou seja, o hipotético estado em que se encontraria sem a ocorrência do evento danoso.

²³PATRÍCIA GUIMARÃES, “Os danos punitivos e a função punitiva da responsabilidade civil”, in *Direito e Justiça*, Vol.15, Tomo I, 2001, Lisboa, p.161.

²⁴ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 12ª edição revista e ampliada, Coimbra, Almedina, 2009, p.521, nota 3. O autor refere que as exceções ao escopo ressarcitório residem nas exceções à teoria da diferença (art. 562ºCC) para o cálculo das indemnizações.

²⁵PINTO MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão da responsabilidade civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 1985, pp.63 a 65.

²⁶ANTUNES VARELA, *Das obrigações em Geral*, Vol. I, 10ª edição, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 49 a 50.

PESSOA JORGE²⁷ demonstrou também a sua inclinação para uma visão da responsabilidade civil hegemonicamente reparadora, refutando para o instituto outros fins estranhos à componente ressarcitória, negando “o propósito de castigar o autor do prejuízo”, reiterando que “não se pretende (...) (a) punição do seu acto ou prevenção de novas violações”. Desta forma, segue em linha com a opinião generalizada quanto aos escopos do instituto.

Outras funções da responsabilidade civil têm sido exploradas pela doutrina portuguesa²⁸, especialmente por força do estudo da função punitiva e dos *punitive damages*.

Independentemente dos estudos acerca dos escopos da responsabilidade, é indubitável que o dano permanece como propulsor do instituto da responsabilidade. A existência de um facto danoso é elemento fulcral para a intervenção da responsabilidade civil. Em função do direito vigente, de acordo com o entendimento maioritário da doutrina portuguesa²⁹, o dano é a bitola da responsabilidade civil.

O receio de que o lesado possa enriquecer com a atribuição da indemnização continua vigente enquanto linha orientadora do nosso sistema. O art.562º CC refere que a obrigação de indemnizar deve cingir-se a recolocar a situação que existiria sem a ocorrência do dano. Ou seja, reside neste preceito um argumento de peso para a afirmação do nosso instituto da responsabilidade civil funcionalmente reparadora. Acresce ainda que o nº2 do art.566º CC vem corroborar a teoria da diferença quanto à obrigação de indemnizar.³⁰ Podemos afirmar que a responsabilidade civil se constrói fundada no dano, abraçando este como limite do valor da indemnização. Todavia, como veremos, esta conceção não está isenta de críticas.

Historicamente, a conceção da responsabilidade civil não obedece a um modelo estanque. Existiram períodos em que se concebeu a responsabilidade com um âmbito de aplicação mais abrangente do que a mera reparação, isto é, através do

²⁷PESSOA JORGE, Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil, Coimbra, Almedina, 1999. P. 11

²⁸ Destacamos aqui as obras de PAULA LOURENÇO, A função punitiva da responsabilidade civil, Coimbra, Almedina, 2006, e ainda de SOUSA ANTUNES, Da inclusão do lucro ilícito e de efeitos punitivos entre as consequências da responsabilidade civil extracontratual: a sua legitimação pelo dano, Coimbra, Coimbra Editora, 2011.

²⁹PATRÍCIA GUIMARÃES, *Op. Cit.*, p.165. A par da doutrina maioritária, nega a possibilidade da existência de “indemnização superior aos danos sofridos”.

³⁰PIRES DE LIMA E ANTUNES VARELA, Código Civil anotado, vol. I, 4ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 1987, pp.581-585.

reconhecimento de indemnizações em montantes superiores aos dos danos ou ainda, descendo a tempos mais remotos, estando associada à ideia de vingança³¹⁻³². Tais modelos foram sendo superados pela influência do direito canónico: à semelhança da figura da usura também na responsabilidade civil se associou a ideia de contrariedade ao dogma cristão se se atribuísse uma indemnização que suplantasse o dano. Vingou a ideia de proibição de obtenção de lucro por via da ocorrência de um facto danoso³³.

No entanto, o direito civil tende a sofrer menos mudanças do que outras áreas do Direito. Paradigmático disto é a existência de múltiplos institutos com raízes cronológicas profundas³⁴. O direito comercial soube ultrapassar a barreira que a proibição de juros representava para o desenvolvimento da atividade mercantil. A visão acrítica das funções da responsabilidade civil, manifestada em algumas ocasiões, parece ser uma herança vinda da influência do dogma canónico, devendo ser repensada para uma melhoria na discussão doutrinária sobre o tema face às exigências da sociedade contemporânea.

A doutrina portuguesa soube abrir-se e debater o tema. Realçamos a posição de MENEZES CORDEIRO³⁵, reconhecendo a evolução do instituto no sentido de se assumirem outros escopos além do meramente reparador, confirmando ser tradicionalmente atribuído ao instituto um fim ressarcitório, demarcando-se desta forma da responsabilidade penal com natureza preventiva e punitiva. Porém, este escopo reparador atualmente não é “tão linear”. O autor³⁶ contempla na responsabilidade civil uma necessidade de “postura mais avançada, retribuindo o mal e prevenindo as ofensas”, quando estejam em causa valores relativos à pessoa, à dignidade, à saúde e ao bom nome. A argumentação desenvolvida na defesa desta

³¹ Recordamo-nos de períodos do direito romano.

³² JÚLIO GOMES, O conceito de enriquecimento. O enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa, Porto, Universidade Católica Portuguesa, 1998, p.737. Expõe o autor que “a experiência histórica parece demonstrar que a solução de limitar sempre o montante da indemnização ao dano material sofrido pelo lesado está longe de ser universal.

³³ *Ibidem*, p.737. Na presente obra o autor refere ser “hoje claramente dominante o entendimento de que o lesado não pode retirar qualquer lucro ou proveito, qualquer enriquecimento, da indemnização a que, porventura, tenha direito” em *Ibidem*, p.736.

³⁴ Pensamos aqui em princípios ainda hoje determinantes na formação, vigência e resolução dos contratos ou em questões de direito da família e sucessões.

³⁵ MENEZES CORDEIRO, Da Responsabilidade Civil dos Administradores das Sociedades Comerciais, Lisboa, Lex, 1997, p.481. Refere que “tradicionalmente, a responsabilidade civil assumiria um fim de ressarcimento, assim se contrapondo à responsabilidade penal, preventiva e retributiva.”

³⁶ MENEZES CORDEIRO, *Tratado... Cit.*, p.421

tese funda-se sobretudo na ideia de que o Direito Civil está ao serviço das pessoas, daí a necessidade de adaptação às mutações e ao dinamismo da realidade social. Entendendo a responsabilidade objetiva como uma forma de evitar a ocorrência de danos ou acidentes, os imperativos objetivos são equiparados a “prescrições indiretas de comportamento”. O afastamento da culpa nestas situações redireciona a responsabilidade civil para agir em função da omissão de medidas que conduzissem à prevenção daquele dano, isto é, que pudessem evitá-lo. Verificando-se em matéria de acidentes o objetivo de “minorar os problemas das vítimas”.

Na opinião de MENEZES CORDEIRO³⁷, verifica-se em sede de responsabilidade civil a tendência para se abraçar o fim retributivo, quando consideramos fatores como o lento funcionamento dos tribunais e a desvalorização monetária. Parece-nos uma opinião descontextualizada face à realidade dos nossos dias. Especialmente o último argumento é fraco, atendendo à estabilidade monetária existente, aos ciclos económicos com sucessivos períodos de estabilização da inflação em Portugal, ao contrário de outros períodos (por exemplo a década de 80 e inícios de 90). Não nos parece totalmente procedente este argumento face à realidade existente.

Encontramos em CARNEIRO DA FRADA³⁸ uma postura menos tradicionalista alicerçada no fundamento do instituto, isto é, o “de proteção de bens atribuídos pelo Direito”. Desta forma, segundo esta conceção, a responsabilidade não pode ficar presa aos fins reparatórios do instituto, devendo coordenar-se esta visão com os objetivos a que a ordem jurídica se propõe, tais como o respeito pela liberdade individual, a propriedade ou o funcionamento do mercado. O Autor desaprova o dogma de limitação da indemnização ao valor do dano³⁹. No entanto, é patente a preocupação⁴⁰ que o acolhimento de uma função retributiva do instituto pode trazer para a nossa ordem jurídica, comparando-a a “uma caixa de pandora”, visto ser estranha à nossa construção legislativa (art.483º, nº1 e 798º), podendo conduzir a um aumento da litigiosidade, pela existência de um objetivo de locupletamento por via da

³⁷ MENEZES CORDEIRO, *Da responsabilidade...*, Cit., p.481.

³⁸ CARNEIRO DA FRADA, *Direito Civil – Responsabilidade civil. O método do caso*, Coimbra, Almedina, 2003, p.65.

³⁹ *Ibidem*, p.66. Realça o Autor que “só haverá motivo para uma rejeição liminar de indemnizações punitivas dentro do pressuposto de que o fim da norma cuja infracção é sancionada com a indemnização se esgota em permitir ou desencadear a função reparatória da responsabilidade.”

⁴⁰ *Ibidem*, p.67.

responsabilidade civil. O autor critica a eficiência de uma medida com esta natureza do ponto de vista preventivo, pois atua *ex post* e tem inerentes montantes imprevisíveis, fatores que prejudicam a tutela preventiva da responsabilidade civil.

Parece-nos de aplaudir as críticas dirigidas por Carneiro da Frada à visão meramente ressarcitória do instituto. Contudo, discordamos de que, a equacionar-se a função punitiva, esta se tivesse de aproximar tanto das características existentes nos direitos anglo-saxónicos, especialmente no cálculo das indemnizações.

2.2. O abalo da conceção puramente ressarcitória – os danos não patrimoniais e a mera culpa

Uma das principais oscilações da visão estritamente ressarcitória da responsabilidade civil observou-se através das críticas formuladas ao reconhecimento dos danos não patrimoniais. No atual CC confirma-se a ressarcibilidade dos danos não patrimoniais (496º). Argumentos não faltaram no sentido de inviabilizar o seu reconhecimento: espreitando pelo prisma puramente ressarcitório, é inquestionável que um dano moral não pode ser apagado/corrigido por força da indemnização atribuída ao lesado ou seus familiares. Ou seja, partindo da teoria da diferença não se consegue devolver ao lesado a situação que existiria sem a verificação do evento lesivo. Outras vezes se levantaram no sentido de associar a compensabilidade destes danos a uma mercantilização dos sentimentos humanos. A dificuldade de prova foi outro dos elementos apontados para a negação deste remédio⁴¹. Levantava-se o receio de existir um enriquecimento da vítima, visto não ser palpável uma diminuição no património do lesado. Porém, por força de coerência do sistema normativo, a ressarcibilidade de danos não patrimoniais, apesar de não apagar a lesão, demonstra-se preferível à solução de deixar o lesado de mãos vazias⁴². A jurisprudência⁴³

⁴¹ Podemos observar alguns destes argumentos contra a ressarcibilidade dos danos não patrimoniais em MENEZES LEITÃO, Direito das Obrigações, Direito das Obrigações, 10ª edição, Vol. I – Introdução, Coimbra, Almedina, 2013, p.304.

⁴² Favoráveis a esta opinião, GALVÃO TELLES, Direito das Obrigações, 7ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 379 -381 e MENEZES LEITÃO, *Op. Cit.*, p.304.

⁴³ STJ, 25-02-2014, proc. nº 287/10 (MARIA CLARA SOTTOMAYOR). O seguinte parágrafo é elucidativo da consolidação desta categoria de danos: “Os interesses cuja lesão desencadeia um dano não patrimonial

portuguesa reconhece sem dificuldades esta categoria de danos. Realçamos, neste ponto, uma evolução em sentido ascendente das indemnizações⁴⁴ por danos não patrimoniais. É elucidativa a crítica, em tom de censura, dirigida por MENEZES CORDEIRO⁴⁵ aos montantes atribuídos, manifestamente insuficientes face às lesões dos interesses em causa, pelos nossos tribunais nas primeiras décadas de vigência do atual código.

A reparação estabelecida por força do art.496º CC tem sido encarada como uma válvula de escape à conceção meramente reparadora da responsabilidade civil. O entendimento tem ido no sentido de se observar uma dupla função: punitiva/preventiva para além de compensatória⁴⁶⁻⁴⁷. Os nº1 e nº4 do art.496º CC mandam atender não só à gravidade do dano, mas também a uma fixação equitativa dos montantes atendendo ao art.494ºCC, isto é, ao grau de culpabilidade (mera culpa) e a situação económica do lesante e do lesado, bem como às demais circunstâncias do caso.

são infungíveis (a vida, a integridade física, psíquica e sexual, a saúde, a liberdade, o bem-estar físico e psíquico, a alegria de viver, a beleza) e não podem ser reintegrados por equivalente. Não se calcula um «preço da dor» ou um «preço da incapacidade» ou da falta de saúde, mas visa-se proporcionar à pessoa lesada uma satisfação que, em certa medida, possa contrabalançar o dano. Esta compensação assume um significado simbólico de reconhecimento da dignidade da pessoa humana e da sua dor, pois, na verdade, estes danos são irreparáveis e nada substitui a qualidade de vida e a saúde perdidas.”

⁴⁴STJ 08-06-1999, proc. nº 99A391 (GARCIA MARQUES). No presente acórdão reafirma-se: “a jurisprudência deste Supremo Tribunal em matéria de danos não patrimoniais tem evoluído no sentido de considerar que a indemnização, ou compensação, deverá constituir um lenitivo para os danos suportados, não devendo, portanto, ser miserabilista. (...) a compensação por danos não patrimoniais, para responder actualizadamente ao comando do artigo 496º e constituir uma efectiva possibilidade compensatória, tem de ser significativa, viabilizando um lenitivo para os danos suportados e, porventura, a suportar”.

⁴⁵MENEZES CORDEIRO, *Tratado... Cit.*, p.748 e ss. O Autor através de um inventariado de decisões de décadas diversas, intitula de “página negra” a tendência jurisprudencial que atribuía montantes manifestamente reduzidos.

⁴⁶PAULA LOURENÇO, *Op. Cit.*, p. 285. V. GALVÃO TELLES, *Op. Cit.*, p.381 – trata-se de “*impor ao ofensor uma sanção em benefício do ofendido*”. V. MENEZES LEITÃO, *Op. Cit.*, p.204 – “representando uma sanção ao ofendido por ter privado o lesado das utilidades que aqueles bens lhe proporcionam”. Este último autor contempla a indemnização por danos não patrimoniais como uma verdadeira sanção privada. V. MENEZES CORDEIRO, *Op. Cit.*, p.421. gradua as funções subjacentes a esta obrigação: a natureza primordial é a de indemnização, afastando-se um pouco da ideia de pena (apesar de, em obra mais antiga, reconhecer esta vertente “*tem ainda o escopo duma pena*” em *Da Responsabilidade... cit.*, p.481.) V. BRANDÃO PROENÇA, A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputação do dano extracontratual, Colecção Teses, Coimbra, Almedina, 1997, p.167 – “ (...) natureza *compensatória e punitiva* do regime respeitante aos danos não patrimoniais”; p.179 “*inegável finalidade compensatória que preside ao regime dos danos não patrimoniais.*”

⁴⁷ Não entraremos em controvérsias doutrinárias quanto ao meio pelo qual nasce o direito na esfera jurídica do sucessor.

2.3. Qual a natureza da limitação da indemnização prevista no art.494º?

Não é possível abordar-se o tema das funções da responsabilidade civil sem se tocar no artigo que maior reflexão e discussão suscitou quanto a esta questão⁴⁸, o art.494º. Um escopo retributivo/sancionatório para a responsabilidade civil na ordem jurídica portuguesa tem sido vislumbrado com fundamento nesta disposição.

De acordo com este preceito, segundo critérios de equidade, pode fixar-se uma indemnização inferior ao valor da dano, atendendo à conjugação entre o pressuposto de o evento ter ocorrido por mera culpa e a elevada desproporção económica entre o lesado e o lesante (e ainda outras circunstâncias do caso concreto). Pelo exposto, parece-nos claro que esta limitação não se aplica aos factos dolosos⁴⁹. Concordamos com MOTA PINTO⁵⁰, na medida em que “os factos dolosos implicam uma necessidade de reparar todos danos causados”.

Tem sido apontada como ênfase desta solução a circunstância de o *quantum* indemnizatório depender também da ponderação da culpa do agente, contrariando a visão ressarcitória atribuída ao instituto, na medida em que a indemnização não se circunscreve ao dano, contradizendo assim a teoria da diferença consagrada no art.562º. Assim, o elemento subjetivo de culpa vem bloquear objetivos de sanção (ressarcimento pleno) do dano criado na esfera jurídica alheia, partindo-se, por esta via, para uma aproximação aos juízos realizados em sede de aplicação da lei penal (pondera-se a culpa do agente, além de outros fatores).

A ponderação do grau de culpabilidade do agente para aferição do *quantum* da indemnização, recebe o aplauso de visões mais agressivas do instituto. Destacamos, neste ponto, PAULA LOURENÇO⁵¹. Devido a esta ponderação a autora vislumbra neste preceito um afloramento da função punitiva. Em sentido similar, por força da

⁴⁸ BRANDÃO PROENÇA, *Op. Cit.*, p.144.

⁴⁹ ANTUNES VARELA, *Das Obrigações Cit.*, p.568. Reconhecemos as críticas às fronteiras, por vezes ténues, que a reconhecida fórmula hipotética de Frank pode trazer para esta discussão, especialmente entre o dolo eventual e a negligência consciente. Todavia, o artigo em apreço parece-nos apontar para situações de mera culpa, isto é, em que o resultado danoso suplanta em muito a intencionalidade empregue na conduta do agente.

⁵⁰ MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p.130.

⁵¹ PAULA LOURENÇO, *Op. Cit.*, p.286.

graduação da indemnização, ANTUNES VARELA⁵² entende que a “lei reflecte em termos bastante expressivos a função *sancionatória* ou *punitiva*, que acessoriamente é exercida pela responsabilidade civil”. Neste âmbito, o presente autor⁵³ vislumbra nesta solução uma verdadeira inovação do código de 66 e de forma metafórica refere a graduação da culpa para aferição do quantum indemnizatório como uma “nota musical a que não ascendia a audição dos civilistas, completamente surdos a melodias desse estilo”, entendendo que esta norma veio protagonizar uma modificação ou “viragem espectacular”⁵⁴. O autor considera a ideia de graduação de culpa característica do direito criminal. Por fim, conclui que esta alteração ocorreu “sem destruir a função essencialmente reparadora da responsabilidade civil”⁵⁵.

Destacamos ainda a opinião de ALBERTO SÁ E MELLO⁵⁶. Em sentido contrário à doutrina punitiva, o autor defende o preceito legal enquanto espelho da acentuação da função reparadora da responsabilidade civil, na medida em que interpreta que a *ratio* da norma se funda na ausência de culpa grave, ou seja, o autor parte de um raciocínio diferente, entendendo o artigo no sentido de que a ponderação do grau de culpa não é a principal razão para a redução da indemnização. A chave desta solução reside na inexistência de uma conduta culposa, bem como aferidos e ponderados os restantes pressupostos contemplados.

Alicerçando-se a visão mais retributiva do artigo na ponderação do grau de culpabilidade do lesante, é imperioso tecermos algumas considerações relativas ao conceito de culpa. Acreditamos que a conceção atribuída a este conceito tem uma inegável repercussão na amplitude do âmbito de aplicação deste desvio ao regime geral da responsabilidade civil. Desta forma, frisamos a opinião de ANA PRATA relativamente à maneira como se deve observar de forma atual e científica o conceito de culpa. Assim, concordamos plenamente na necessidade, ainda presente, de haver um afastamento “do paradigma moral que continua a ser o seu e trazendo-a (a culpa)

⁵² ANTUNES VARELA, *Das Obrigações...*, *Cit.*, p.913.

⁵³ ANTUNES VARELA, “Rasgos inovadores do Código Civil Português de 1966 em matéria de responsabilidade civil”, *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, Vol. XLVIII, 1972, p. 90.

⁵⁴ *Ibidem*, p.90.

⁵⁵ *Ibidem*, p.90.

⁵⁶ ALBERTO DE SÁ E MELLO, “Critérios de apreciação da na Responsabilidade Civil (Breve Anotação)”, *ROA*, ano 49, Setembro 1989, p.541 – “ (...) tem precisamente por efeito acentuar a função reparadora da responsabilidade civil em detrimento da sua função repressora ou punitiva a que a consideração da culpa indiciaria. (...) Não é o grau de culpa que limita a medida da indemnização, é a ausência de uma culpa “grave” (dolo) o que, verificados certos outros condicionalismos, permite atenuá-la.”.

para o campo puramente normativo que é o Direito”⁵⁷. A arcaica formulação de que a culpa se reflete no juízo de censura sobre a conduta que o agente desenvolveu, demonstra-se desajustada à ciência jurídica, na medida em que juízos dessa natureza cabem a outras áreas (por exemplo à religião ou moral). A chave para a interpretação do conceito remete-nos novamente para a importância dos deveres jurídicos, ou seja, concebe-se a culpa como “infracção de um dever jurídico: o dever de diligência (...) é um dever de protecção geral de todos os outros deveres jurídicos, isto é, um modelo de comportamentos que o ordenamento jurídico impõe ao sujeito para que ele cumpra os deveres que ele próprio enuncia como sobre cada um impendentes”⁵⁸. Resulta daqui como pressuposto de culpa a imputabilidade, remetendo-nos para a ideia de capacidade de se “ser destinatário do comando normativo”⁵⁹ que o ordenamento jurídico dirige aos indivíduos. Como podemos observar, o dever de diligência apresenta um conteúdo indeterminado, sendo usualmente observado à luz do conceito indeterminado de *bom pai de família*. Porém, esta indeterminação não manifesta “potencialidade para fazer deste dever algo de diverso dos restantes deveres jurídicos”⁶⁰.

Recorda-nos a presente autora que historicamente, apostar no juízo ético deveu-se ao contexto propenso que era a sociedade do séc. XVIII, cujo liberalismo económico-social florescia fortemente, tendo-se a responsabilidade como a outra face da liberdade⁶¹. Sucintamente, podemos concluir que a culpa no contexto atual procura “determinar, no complexo quadro de interesses e riscos que as actividades sociais e económicas, com os instrumentos de que se dispõe, deve ser considerado de um ponto de vista de racionalidade económica, em melhores condições para prevenir e absorver os danos que da sua actividade decorrem”⁶². Daqui inferimos a ideia de que as exigências da sociedade contemporânea colocam à responsabilidade civil o desafio de adotar uma postura mais ativa na fase que precede o dano, ou seja, decorrente do

⁵⁷ANA PRATA, “Responsabilidade civil : duas ou três dúvidas sobre ela”, Separata de Estudos em Comemoração dos cinco anos (1995-2000) da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2001, Coimbra p.350.

⁵⁸*Ibidem*, p.350.

⁵⁹*Ibidem*, p.350.

⁶⁰*Ibidem*, p.351.

⁶¹*Ibidem*, p.351. Tivemos também ocasião de referir este ponto no capítulo relativo ao princípio *neminem laedere*.

⁶²*Ibidem*, p.351.

afastamento do conceito de culpa enquanto juízo de censura associado a padrões ético-morais, e com a conseqüente reafirmação dos deveres jurídicos o instituto ganha maior rigor científico e capacidade de maleabilidade de aplicação. Não podemos deixar de reafirmar toda a nossa concordância com a necessidade de se apostar na “perspectiva também económica do problema (...) que permita uma interpretação actualizadora dos regimes legalmente estabelecidos”⁶³.

Parece-nos que visões mais agressivas do art.494º, focadas na graduação da culpabilidade, estão ainda presas a um paradigma de culpa (juízo de censura) desadequado.

Retomando a problemática central em estudo, dúvidas se levantam no sentido de aproximar o art.494º a finalidades punitivas⁶⁴, sendo que BRANDÃO PROENÇA nos lembra que “a lei não consagrou um critério de redução aferido exclusivamente pela valorização da culpa”. Sem dúvida, pelo elemento literal os pressupostos para a redução da indemnização não se esgotam unicamente na ponderação do grau de culpa. Outro argumento adicionado é a hipotética segurabilidade. No entendimento do autor, esta deverá ser sempre atendida pelo tribunal como elemento a considerar para aplicação do preceito nos casos de responsabilidade sem culpa, podendo afastar a responsabilização direta do agente, visto que o elemento de ponderação da frágil situação económica do lesante não se coloca.

Todavia, a opinião exposta não é consensual. ANA PRATA considera que a existência de seguro para aferição da responsabilidade sem culpa apenas se colocaria se este artigo fosse aplicável aos casos de responsabilidade objetiva, já que nesses casos dever-se-á ponderar este elemento enquanto circunstância relevante a que a lei manda atender⁶⁵. Porém, a autora nega aplicabilidade do preceito aos casos de responsabilidade sem culpa, partindo do raciocínio de que “o artigo 494º tem como pressuposto de aplicabilidade um juízo sobre o grau de culpabilidade do agente, quando ele não seja grave, isto é, quando haja mera culpa (...) Significa isto que a disposição apenas é aplicável aos casos de responsabilidade com culpa”. Por fim,

⁶³ *Ibidem*, p.352.

⁶⁴ BRANDÃO PROENÇA, *Op. Cit.*, pp.164-165.

⁶⁵ ANA PRATA, “Responsabilidade delitual nos códigos civis português de 1966 e brasileiro de 2002” *in* Separata de Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas, Coimbra, Coimbra Editora, p.127.

remata com o argumento de compatibilidade exigido no art.499º, ou seja, este apenas possibilita a extensão das regras da responsabilidade delitual para a responsabilidade objetiva “na parte aplicável”. Concluindo que “basta que uma norma do regime da responsabilidade delitual tenha como objecto ou condicionante a culpa, para que ela não seja extensiva à responsabilidade objetiva”⁶⁶.

Contudo, este entendimento não é unânime na doutrina nacional. Recordamos a opinião de PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA⁶⁷, que entendem, pelo contrário, extensível o art.494º às situações de responsabilidade objetiva, consideram aplicável a remissão do art.499º. Ancoram-se nos restantes requisitos do artigo: “a situação económica do responsável pelo risco e do lesado e as demais circunstâncias do caso o justifiquem”. No mesmo sentido encontra-se ALMEIDA COSTA⁶⁸, que estende a aplicação do art.494º também à responsabilidade pelo risco. O autor⁶⁹ consolida a sua argumentação na diferenciação entre a responsabilidade contratual e extracontratual, pelo que considera o preceito apenas direccionado para esta última vertente. Concebe a extensibilidade da limitação da indemnização por mera culpa a todo o regime da responsabilidade extracontratual, independentemente de se tratar de responsabilidade objetiva.

Parece-nos correta a abordagem de ANA PRATA ao problema: a solução passa pela leitura sistemática do regime da responsabilidade objetiva; o cerne do art.494º está na ponderação do reduzido grau de culpa do lesante face aos danos verificados; sendo a culpa um elemento que não entra na responsabilidade objetiva, a aplicação do art. 494º não é extensível a estes casos.

Adverte BRANDÃO PROENÇA, em consonância com outros autores, para a necessidade de se atender ao art.494º “com prudência”⁷⁰, atribuindo-se a esta formulação natureza excecional, apenas atendível para as situações de crassa “injustiça dada a relação entre o *quantum* do dano, a pequena intensidade da culpa e

⁶⁶*Ibidem*, p.128.

⁶⁷PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, Código Civil anotado, Coimbra, Coimbra Editora, 4ª edição, 1987, anotação ao art.499, p.506 e ANTUNES VARELA, *Das obrigações...*, *Cit.*, p.914.

⁶⁸ALMEIDA COSTA, *Op. Cit.*, p.544.

⁶⁹*Ibidem*, p. 544.

⁷⁰BRANDÃO PROENÇA, *Op. Cit.*, p.165; GALVÃO TELLES, *Op. Cit.*, p.357, nota 1; MENEZES LEITÃO, *Op. Cit.*, p.331, nota 693.

outras circunstâncias relevantes.”⁷¹. De acordo com a tese em apreço, refuta-se o escopo punitivo⁷² no art.494º, apontando-se o argumento de a indemnização, por via deste preceito, nunca poder ultrapassar o montante do dano, pelo que se exclui a adoção de uma postura com a natureza referida para a responsabilidade civil.

Por fim, conclui BRANDÃO PROENÇA⁷³ que é defensável tratar-se de “*solução, equitativa e excecional*, destinada a favorecer o lesante e para a qual o tribunal parte de pressupostos *heterogéneos e amplos*, sem uma primazia da culpa”. Realçando um favorecimento do lesado por esta solução, uma vez que o tribunal atende a pressupostos externos ao facto, manifesta-se uma relegação para segundo plano da culpa⁷⁴.

Em suma, do ponto de vista lógico, também nos parece difícil extrairmos o escopo punitivo, alicerçando-se a argumentação na ponderação do grau de culpabilidade, fazendo-se tábua rasa de outros elementos, tais como a redução da indemnização e a ponderação da situação económica dos agentes, e ainda de outros interesses. Não podemos deixar de concordar que a ideia de punição se inclina em sentido oposto à solução resultante da aplicação do artigo, isto é, na condenação ao pagamento de montante superior ao valor do dano, de forma a reprimirem-se condutas, algo que aqui é claramente excluído, visto que a ponderação da culpa apenas se reflete na possibilidade de condenação do causador do facto lesivo numa indemnização inferior ao valor do dano, ou seja, a reduzida indemnização será suportada pelo lesado, pelo que do ponto de vista sancionatório não se está a punir o agente que causou o dano.

⁷¹ BRANDÃO PROENÇA, *Op. Cit.*, p.165.

⁷² A jurisprudência inclina-se para o escopo sancionatório.

V. STJ 21-02-2013, proc. nº 2044/06.0TJVN.F.P1.S1 (PIZARRO BELEZA); STJ 20-11-2014, Proc. nº 5572/05.0TVLSB.L1.S1 (PRAZERES BELEZA).

⁷³ BRANDÃO PROENÇA, *Op. Cit.*, p. 168.

⁷⁴ O autor considera como elementos a serem ponderados a existência de seguro do lesante, entendendo que a recorrente subscrição afasta a culpa da discussão. Estes argumentos finais não deixam de ser criticáveis, visto que muitas outras situações de responsabilidade civil extracontratual existem sem que haja seguro obrigatório ou voluntário. Acresce ainda, que muito discutível será aplicar este preceito à responsabilidade objetiva.

2.4. Os danos não patrimoniais

No art.496º/1 CC, limita-se a atribuição destes danos às situações mais graves (“pela sua gravidade”), havendo implícita a ideia de censura de comportamentos contrários ao direito. Alguns entendimentos corroboram através desta construção normativa a existência de uma verdadeira punição⁷⁵ quando do reconhecimento dos danos não patrimoniais⁷⁶.

Como vimos observando, a tutela não patrimonial da responsabilidade civil demonstra, doutrinal⁷⁷ e jurisprudencialmente⁷⁸, uma flexibilidade quanto às funções desempenhadas.

A componente ressarcitória é posta em causa por força de argumentos que se fundam na incapacidade desta indemnização de repor ou retirar a dor sofrida pela vítima ou seus herdeiros. Portanto, em sentido estrito, parece-nos difícil abraçarmos o conceito de ressarcimento para esta modalidade de responsabilidade, visto que a situação que existiria não pode ser reposta por via da indemnização. Assim, autores como VAZ SERRA⁷⁹ e PAULA LOURENÇO⁸⁰ negam a terminologia indemnização para os danos não patrimoniais, entendendo que a denominação correta será compensação, uma vez que pelos argumentos expostos anteriormente não é possível a perfeita sanção dos danos por via da atribuição de uma quantia pecuniária ao lesado. A jurisprudência portuguesa demonstra por diversas vezes que quando lida com esta categoria de danos emprega a terminologia compensação. Todavia, é recorrente

⁷⁵ Mais tarde iremos questionar a terminologia de punição para a responsabilidade civil.

⁷⁶ PAULA LOURENÇO, *Op. Cit.*, p.285-287. A autora considera existir uma dupla função: ressarcitória e punitiva, substituindo a denominação indemnização por “compensação punitiva”.

⁷⁷ MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, *Cit.*, p.419 defende que esta obrigação se traduz sempre em sofrimento para o obrigado, revestindo esta uma certa função punitiva. MENEZES LEITÃO adota a teoria da dupla função ressarcitória e punitiva (*Op. Cit.*, p.299) e GALVÃO TELLES, *Op. Cit.*, p.387, nota 1, usa a expressão “pena privada” como classificação desta obrigação.

⁷⁸ Exemplo da aceitação de outras funções da responsabilidade civil é o supra referido Ac. STJ, 25-02-2014 (MARIA CLARA SOTTOMAYOR); e STJ, 25-11-2009, proc. 397/03.0GEBNV.S1 (RAÚL BORGES); STJ 27-10-2009, proc. 560/09.0YFLSB (SEBASTIÃO PÓVOAS).

⁷⁹ VAZ SERRA, “*Reparação do dano não patrimonial*”, BMJ, 83, 1957, p.80 – “Esta (a indemnização por danos não patrimoniais), diferentemente do que acontece com a do dano patrimonial, não é uma verdadeira indemnização (...). Melhor se lhe tem chamado satisfação ou compensação”.

⁸⁰ PAULA LOURENÇO, *Op. Cit.*, p.286, que prefere a expressão “compensação punitiva”.

empregarem os termos compensação e indemnização em simultâneo⁸¹. A principal razão para esta prática reside na terminologia empregue na letra do art.496º CC, referindo-se expressamente indemnização.

A visão punitiva para esta categoria de danos levanta algumas objeções. Neste sentido, ANTUNES VARELA⁸² rejeita-a por força da remissão para o art.494º, aduzindo que o apelo à circunstância económica do lesante e do lesado afasta “um puro carácter sancionatório”, vislumbrando nestas situações “uma natureza acentuadamente mista” conciliando o objetivo de ressarcimento com o de reprovação da conduta do agente.

Juridicamente, não menosprezando a discussão doutrinária exposta, a utilidade da mesma resume-se à reflexão que possa trazer para os mais desatentos quanto às funções da responsabilidade civil. Ou seja, do ponto de vista pragmático a lei consagra expressamente estes danos, independentemente da terminologia usada (se indemnização, compensação ou, mais recentemente, compensação punitiva). A sua existência revela-se fundamental para a sociedade contemporânea, no sentido em que se adota uma postura mais avançada para o instituto protegendo-se por esta via direitos de personalidade que durante períodos históricos foram “esquecidos”.

Por força do código vigente o reconhecimento da compensabilidade dos danos não patrimoniais não se discute. Porém, salientamos que era imperativo o reconhecimento destes danos. Ainda que, do ponto de vista prático, seja utópico equacionarmos a responsabilidade como meio apto a recolocar o lesado na situação que existiria (situação hipotética), isto porque existem sempre custos invisíveis inerentes a todo o processo de aferição da responsabilidade, não deixa de ser este o mecanismo mais apto para criar consensos e repor a paz social. Pensamos nas custas associadas à constituição de advogado ou mesmo o tempo, naturalmente, despendido pelo desencadear dos acontecimentos, indo desde reuniões com o representante legal até deslocações ao tribunal. Do ponto de vista económico, o exercício de um direito significa um custo invisível que se traduz em custos de oportunidade para os agentes envolvidos.

⁸¹ STJ 29-10-2013 (AZEVEDO RAMOS), proc. 62/10.2TBVZL.C1.S1. e STJ 08-06-1999, proc. 99A391 (GARCIA MARQUES). Nestes acórdãos a terminologia surge sem distinção, ora se refere compensação por danos não patrimoniais.

⁸² ANTUNES VARELA, *Das Obrigações...*, *Cit.*, p.607 e 608.

Assistimos a movimentos construtores de uma visão hegemónica da responsabilidade civil face a outros remédios do direito, apontando este instituto como solução para inúmeras vicissitudes. Relembramos que, na doutrina portuguesa, existem opiniões em sentido diverso. Destacamos ANA PRATA⁸³, reiterando que “não pode pedir-se ao regime da responsabilidade civil solução para todos os problemas de prejuízos sofridos por alguém em razão de comportamentos alheios”. Acrescenta, ainda, que em algumas situações caberá ao lesado absorver o dano, noutras intervirá a segurança social. A autora defende uma revisão do regime da responsabilidade civil vigente e uma reponderação quanto à função do instituto, prevendo uma necessidade de supressão ou atenuação da componente punitiva atualmente presente na nossa lei civil⁸⁴.

⁸³ ANA PRATA, “Responsabilidade Civil”, *Themis - Código Civil Português evolução e perspectivas actuais*, 2008 (edição especial), Coimbra, p.307.

⁸⁴ *Ibidem*, p.312.

3. O lucro por intervenção

O lucro por intervenção revela-se um verdadeiro teste aos limites e funções desempenhadas pela responsabilidade civil. Perante uma matéria tão controversa, outros institutos têm sido convocados para se obterem consensos sobre o problema, especialmente o enriquecimento sem causa e a gestão de negócios. De seguida, procuraremos expor os contornos da discussão e as promissoras soluções para a mesma, tendo-se em conta uma visão dinâmica da responsabilidade civil.

3.1. A relação com o enriquecimento sem causa

A questão do lucro ilegitimamente obtido por violação de direitos alheios tem levantado dúvidas quanto ao instituto aplicável. Ocorrendo uma violação de direito alheio, o instituto da responsabilidade civil é naturalmente convocado (art.483º), a fim de se obter o ressarcimento do lesado pelos danos sofridos. Todavia, por vezes, essa violação não se confina ao desenvolvimento de um dano, despontando simultaneamente através da conduta na obtenção de lucro para o lesante. Esta vantagem tem sido denominada como “lucro por intervenção” ou “lucro da intervenção”⁸⁵.

Face às situações de intervenção em direitos alheios, uma primeira postura que se observa é a de negação destes casos como um problema com especiais contornos de resolução. Tem sido convocando o instituto do enriquecimento sem causa para solucionar o problema. Contudo, como teremos ocasião de verificar, face ao limites de cada um dos institutos chamados a responder a estas realidades, torna-se difícil abraçarmos uma solução imediata.

O problema não é recente, relembramos o ensinamento de PEREIRA COELHO⁸⁶ distinguindo as funções dos institutos ponderados: se a responsabilidade civil não se ocupa do enriquecimento do lesante, por sua vez é inquestionável a centralidade assumida pelo dano do lesado enquanto propulsor do instituto. Por sua vez, o instituto

⁸⁵PEREIRA COELHO, O enriquecimento e o dano, Coimbra, Almedina, 1999, p.7.

⁸⁶*Ibidem*, p.35. Salieta o autor que “se na responsabilidade civil não há lugar para o enriquecimento do lesante, já o dano do lesado ocupa o mais destacado lugar (...) (o dano) está no centro do instituto”

do enriquecimento sem causa não se preocupa em remover danos no património do credor, sendo o cerne deste o enriquecimento do património do devedor⁸⁷.

Todavia, é fácil de entender pelo art.474º a natureza subsidiária do enriquecimento sem causa, pelo que se a lei facultar outros meios para remover o enriquecimento, este instituto é afastado⁸⁸. Outra importante questão que se levanta é a decorrente da conjugação do art.473º, nº1, com o art.479º, nº1, resultar a obrigação de (apenas) “restituir o que haja obtido à custa de outrem”⁸⁹, mais especificamente aquilo com que injustamente se locupletou. O termo “à custa” expressado pela nossa lei revela especial acuidade para alimentar a interessante discussão acerca do conceito de enriquecimento a atender. É indubitável que o cálculo do enriquecimento resultará sempre da comparação entre duas situações, isto é, a real e a hipotética (sem a deslocação patrimonial), sendo este resultado sempre positivo (saldo), pois há um incremento patrimonial para o locupletado. Salientamos, ainda, que parte da doutrina⁹⁰ entende que existe outro relevante limite para a aferição do enriquecimento, considerando que a avaliação deve ser determinada de forma “concreta, subjectiva e dinâmica”, só assim, o instituto desempenhará a sua função específica: a de remoção do enriquecimento, afastando-se da concepção objetiva de enriquecimento.

De acordo com a concepção clássica do instituto, este está vocacionado para limitar situações de extrema injustiça. Figurativamente exemplifica-se o instituto do enriquecimento sem causa como a rede base de um trapezista, apenas usada quando todos os outros meios de segurança falham para evitar a queda no solo. O carácter subsidiário e os limites a atender para aferição do locupletamento têm mantido o instituto afastado de importantes problemas jurídicos⁹¹.

⁸⁷ *Ibidem*, p.43.

⁸⁸ MENEZES LEITÃO, *Direito...*, Cit., p.373 – Considera a regra não uma regra de subsidiariedade geral, mas de incompatibilidade de pressupostos.

⁸⁹ PEREIRA COELHO, *O enriquecimento...*, Cit., p.41.

⁹⁰ *Ibidem*, pp.36 e 37. Retira-se a ideia de que apenas “uma avaliação concreta, subjectiva e dinâmica do enriquecimento permitirá (...) realizar a sua função específica: remover o enriquecimento do património do enriquecido. Um conceito “real” de enriquecimento correspondente ao valor objectivo das vantagens reais adquiridas não se ajusta à referida função”.

⁹¹ TRC 02-11-2010, proc. 1867/08.OTBVIS.C1 (ISAÍAS PÁDUA)

3.2. Soluções para o problema do lucro por intervenção

Concordamos com PEREIRA COELHO⁹², no sentido em que o tema do lucro por intervenção exige uma dupla reflexão sobre a noção de enriquecimento, bem como de dano. Como refere JÚLIO GOMES a restituição do lucro nestas situações situa-se em “terra-de-ninguém”⁹³.

O lucro por intervenção pode nascer, como observámos, de um facto que preenche os pressupostos do art.483º. Assim, esta questão releva para o debate dos fins a que a responsabilidade civil se dedica. Contudo, seguindo as linhas gerais da responsabilidade civil, é notória a exclusão da ponderação do enriquecimento do interventor para o cálculo do *quantum* indemnizatório a atribuir no caso em apreço ao lesado. O montante do dano, aferido pelos critérios do art.562º, demonstra-se alheio a esta questão. Trazer o lucro ilegitimamente obtido para efeitos de cálculo de indemnização tem sido encarado como um verdadeiro desvio aos fins da responsabilidade civil. Tem sido atribuída esta hipotética solução a concepções do instituto com fins sancionatórios e preventivos⁹⁴. Como faz notar JÚLIO GOMES⁹⁵ em matéria de restituição do lucro, estão associados interesses de prevenção e até de retribuição do facto ilícito. Finaliza o autor não existirem motivos para essas funções não serem exercidas pelo direito civil.

No nosso entendimento, esta doutrina manifesta, desde logo, uma maior abertura para discutir o problema desvinculando-se da sacrilégia concepção de responsabilidade meramente ressarcitória. O Autor⁹⁶ demonstra que nos sistemas de Common Law a solução tem passado pelos *restitutionary damages* caracterizados pela atribuição do lucro ilicitamente obtido pelo infrator ao lesado, entre nós não existe figura correspondente. Esta solução demonstra-se menos arbitrária do que os *punitive damages*.

⁹² PEREIRA COELHO, *O enriquecimento...*, Cit., p.13. “uma reflexão sobre o lucro por intervenção tem de ser uma reflexão sobre a noção de enriquecimento e de dano relevante no enriquecimento sem causa e na responsabilidade civil, sobre o lugar que o enriquecimento e o dano tenham ou não em cada um dos dois institutos”.

⁹³ JÚLIO GOMES, *O conceito...*, Cit., p.792.

⁹⁴ PEREIRA COELHO, *O enriquecimento...*, Cit., p.67

⁹⁵ JÚLIO GOMES, *O conceito...*, Cit., p.742.

⁹⁶ *Ibidem*, p.781.

No entendimento de PEREIRA COELHO⁹⁷, o enriquecimento é um elemento estranho à obrigação de indemnizar, pelo que não releva para efeitos de cálculo dessa obrigação. O autor considera apenas relevante a atividade do interventor até ao “*limite do dano e como dano*”. Alicerça a argumentação no conceito de dano enquanto saldo negativo do lesado devido à ocorrência do facto danoso. Nesta linha o autor nega a possibilidade de se atender ao enriquecimento do interventor para efeitos de indemnização, baseando-se no conceito de enriquecimento enquanto acréscimo positivo no património do interventor. Nega assim a capacidade de a responsabilidade civil resolver este problema, visto que esta vocaciona-se para situações opostas, isto é, colmatar perdas. No mesmo sentido, reitera JÚLIO GOMES⁹⁸ que a responsabilidade civil nos sistemas de *Civil Law* tem sido incapaz de solucionar as situações em que o lucro decorrente da conduta se demonstra superior ao dano efetivamente provocado. Neste sentido, PEREIRA COELHO⁹⁹ entende que opiniões que consideram o lucro obtido como matéria a ser tratada em sede de responsabilidade civil fundam-se numa visão limitada do regime do enriquecimento sem causa, concebendo-o como dependente da verificação do correlativo de empobrecimento. Integrar a obrigação de restituir o enriquecimento no âmbito da responsabilidade civil, significa apresentá-la de uma forma “desfigurada ou descaracterizada”¹⁰⁰.

Todavia, esta opinião não é intocada. JÚLIO GOMES¹⁰¹ discorda desta conclusão, desde logo por considerar relevante a conduta do agente e ainda a circunstância de, em muitos casos, no apuramento do enriquecimento, este já se ter desvanecido. Vislumbra, assim, a responsabilidade civil como o instituto adequado a solucionar o problema. Neste sentido, a descaracterização da responsabilidade civil apenas se verifica se se abraçar uma conceção meramente ressarcitória para o instituto¹⁰². Não deixa de notar o autor que os sistemas romano-germânicos permanecem atacadados no dogma de ser inviabilizada a possibilidade da indemnização conceder enriquecimento

⁹⁷ PEREIRA COELHO, *O enriquecimento... Cit.*, p.67.

⁹⁸ JÚLIO GOMES, *O conceito..., Cit.*, p.782.

⁹⁹ PEREIRA COELHO, *O enriquecimento..., Cit.*, pp.38-39.,

¹⁰⁰ STJ 31-01-2006, proc. nº JSTJ000 (URBANO DIAS).

¹⁰¹ JÚLIO GOMES, *O conceito..., Cit.*, pp.793-794.

¹⁰² *Ibidem*, p.794 – “ tal resposta afirmativa se fique a dever a uma visão muito limitada do que seja a reparação do dano sofrido pelo lesado. Efectivamente, poderia conceber-se a própria reparação como a restituição da situação que existiria caso o evento ilícito não se tivesse produzido”.

ao lesado¹⁰³. Uma vez mais, é inquestionável que a negação de indemnizações superiores aos valores dos danos advém da visão puramente ressarcitória do instituto da responsabilidade civil.

PEREIRA COELHO¹⁰⁴ atende ao art.494º (que tivemos oportunidade de referir anteriormente) para situações nas quais o interventor, por mera culpa, provoca um dano e obtém daí lucro. Neste entendimento, apesar da limitação da indemnização pelo dano, considera relevante atender-se aos lucros indevidamente obtidos pelo interventor no âmbito do art.494º, podendo assim aumentar o valor da indemnização que seria reduzida por força da mera culpa do agente.

Parece estarmos perante uma opinião com especiais contornos, pois o mecanismo do art.494º, como tivemos ocasião de verificar, não depende exclusivamente existência de mera culpa, pressupõe a ponderação das diferentes situações económicas dos agentes, bem como outras circunstâncias do caso concreto. A solução de se aumentar a indemnização reduzida por esta via demonstra-se contraproducente, na medida em que por um lado se procede à redução da mesma, por outro lado ao seu aumento na mesma operação.

Outro ponto discutível nesta problemática é o que fazer ao lucro obtido pelo interventor. Atendendo aos limites do enriquecimento, incidindo o enfoque no locupletamento obtido “à custa” do titular do direito, este conceito não coincide com o de lucro. MENEZES LEITÃO¹⁰⁵ entende que a restituição do enriquecimento se deve circunscrever ao valor correspondente do bem (valor da exploração), não em relação ao aumento patrimonial. Desta forma, defende a conceção objetiva de enriquecimento, associando a obrigação ao objeto, preterindo uma visão subjetiva, pois obrigaria o empobrecido a provar o valor para o enriquecido¹⁰⁶.

Neste ponto, PEREIRA COELHO¹⁰⁷ concede especial ênfase à conduta dos agentes. Se o interventor estava de boa fé, ignorando assim que os bens que eram alheios, o lucro é visto como um prémio pela atividade desenvolvida. Todavia, deverá pagar os bens alheios usados indevidamente, restituindo o valor objetivo dos mesmos. Para

¹⁰³ *Ibidem*, p.795 – “ a doutrina claramente dominante nos países de *civil law* (...) o dogma de que a indemnização não pode converter-se numa fonte de enriquecimento para o lesado”.

¹⁰⁴ PEREIRA COELHO, *O enriquecimento...*, *Cit.*, p.68.

¹⁰⁵ MENEZES LEITÃO, *Direito...*, *Cit.*, p.423.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p.425.

¹⁰⁷ PEREIRA COELHO, *O enriquecimento...*, *Cit.*, pp.69 e 70.

estas situações nega a possibilidade de se fazer prova de inutilização dos bens por parte do titular do direito (por exemplo o proprietário teria deixado perecer os bens). Contudo, o autor declina a possibilidade de o titular do direito receber o lucro obtido fruto dos bens que sofreram a intervenção, argumentando no sentido de que o lucro não provém apenas dos bens, sendo este em muitas circunstâncias resultado do empenho e impulso do interventor.

É notório que múltiplos interesses estão em jogo¹⁰⁸ quando ponderamos o destino do lucro do interventor. Apontamos, desde logo, o conflito entre o direito à livre iniciativa e atividade dos indivíduos e o direito de propriedade. É inquestionável que as soluções mais favoráveis da livre iniciativa económica tendem a menosprezar os interesses do detentor do direito violado. Atendemos ao outro prato da balança, no qual a sobrevalorização da defesa da propriedade de forma mais aguerrida se enaltece em detrimento do princípio contraposto. A postura mais favorável ao livre comércio jurídico não deixa de ter efeitos adversos, visto que “encorajará o interventor a intrometer-se na esfera jurídica alheia”, isto porque o escopo lucrativo passa a estar presente na conduta dos agentes, na medida em que o lucro pela intervenção está assegurado, remunerando apenas o custo dos bens no seu valor corrente.

Concordamos com a ideia¹⁰⁹ de que uma visão do problema que acautele apenas a atividade económica como principal objetivo enforma uma solução em que o interventor é incentivado a violar direitos alheios, visto que as consequências legais para os seus atos não preveem qualquer forma de dissuadir a repetição destas condutas. Parece-nos acertada a conclusão¹¹⁰ da desadequada tutela preventiva assegurada pelo direito apostando nesta solução, visto que não só o agente é incentivado a continuar a violar direitos alheios quando o dano e o valor a pagar pelos bens seja inferior aos lucros obtidos. Concluindo que “a lei permite a quem quer que seja *expropriar* os bens alheios, pagando-os embora pelo preço justo”¹¹¹. Na corrente

¹⁰⁸ *Ibidem*, p.71

¹⁰⁹ *Ibidem*, p.71 – “O facto ilícito da intervenção ficará pois sem sanção, e a lei não se esforçará por evitar a sua repetição”.

¹¹⁰ O autor traz para o Direito Civil os conceitos muito caros ao Direito penal, isto é, o de prevenção geral e o de prevenção especial.

¹¹¹ *Ibidem*, p.71.

opinião, a proliferação de intromissões alheias não é verdadeiramente preocupante¹¹², apostando-se no regime dos danos não patrimoniais enquanto elemento dissuasor destas práticas, visto que os mesmos poderão sempre ser atribuídos nas situações de intromissão. Todavia, perante o nosso cenário em matéria de danos não patrimoniais, não só pelos reduzidos valores das compensações, bem como pelo apertado requisito da gravidade dos mesmos, parece-nos difícil que estes consigam dissuadir verdadeiramente estes atos.

A doutrina de PEREIRA COELHO considera injusto atribuir ao lesado uma quantia superior ao valor objetivo dos bens objeto da intervenção, atribuindo-se ao mercado o papel de regulador do preço a pagar, isto porque se a importância do bem em causa tem elevados retornos, significa que o custo do mesmo seria elevado por escassez¹¹³. Seguindo esta linha favorece-se especialmente o mercado e livre desenvolvimento do comércio. No entanto, uma visão excessivamente economicista dos problemas pode significar a criação de soluções menos ponderadas do ponto de vista jurídico.

3.3. Súmula

A agulha da discussão tem de se mudar para se debater o problema. Em primeiro lugar, consideramos que devemos partir de um dos mais elementares direitos fundamentais: o direito de propriedade privada (art.62º da CRP). Pelo que, atendendo a todas as faculdades inerentes a este direito fundamental, parece-nos boa a observação de JÚLIO GOMES¹¹⁴, no sentido em que “a utilização ou não de um bem cabe, em primeira linha ao seu proprietário”.

Tratando-se a propriedade de um dos elementos estruturantes da sociedade, abraçarmos uma solução que se manifesta, em certa medida, como um resquício de dogmas ultrapassados (como o da limitação da indemnização pelo dano), revela uma especial aptidão para se atacar arbitrariamente a propriedade. O interventor, ao ter de pagar apenas o preço de mercado do bem, é incentivado a exercer raciocínios de cariz meramente económicos, a fim de saber se lhe é vantajoso ou não intrometer-se nos

¹¹² *Ibidem*, p.72. “ (...) não deverá exagerar-se o receio de que se multipliquem assim as intromissões ou ingerências nos direitos alheios e fique sem sanção a intervenção ilícita.”

¹¹³ STJ 03-06-2004, proc. 04B4601 (CUSTÓDIO MONTES).

¹¹⁴ JÚLIO GOMES, *O conceito...*, *Cit.*, p.801.

bens jurídicos alheios. Se a ciência jurídica fosse exata como a matemática, adotar esta fórmula teria como resultado a abertura da expropriação privada.

Começamos por observar em ANTUNES VARELA¹¹⁵ a discordância quanto à interpretação do art.479º, nº1, com destaque para a concretização da expressão “à custa do empobrecido”. O autor afasta-se da tradicional doutrina do valor objetivo do bem, considerando que a obrigação de restituir abrange todos “os proventos ou o produto do uso da coisa”. Todavia, esta solução não é transversal a todas as situações, verificando-se uma diferenciação entre as situações de dolo ou má fé¹¹⁶ e as de boa fé. Nestas últimas, entende o autor que concorrem com a intromissão outros elementos relevantes, tais como o trabalho e a experiência do interventor, pelo que dever-se-á descontar esse *input* concedido pelo agente, abatendo ao lucro obtido esse esforço. Entende ser aplicável às primeiras situações (má fé) o art.472º (gestão de negócios alheios)¹¹⁷ e às últimas (boa fé) o limite do 479º/2. MENEZES LEITÃO¹¹⁸⁻¹¹⁹ concorda com esta solução, aplicando, analogicamente, o regime de gestão de negócios imprópria¹²⁰ às situações de má fé, bastando ao dono do negócio assumir os encargos da aprovação (art.465º/e) descontando a remuneração do interventor (art.468º/1). Esta tese fica a meio caminho entre a visão mais tradicional que apenas obriga a restituir o valor objetivo do bem e as opiniões defensoras da retribuição de todo o lucro obtido.

O recurso à gestão imprópria de negócios (art.472º/1) parece-nos artificial, visto que o artigo está concebido para a gestão de negócio alheio julgado próprio, o que não se verifica nestas situações. De outro modo, seria caricato o dono do negócio ter de aprovar a violação ao seu direito de forma a receber os lucros derivados da intervenção.

¹¹⁵ ANTUNES VARELA, *Das obrigações...*, *Cit.*, p.515 – O Autor afasta-se da doutrina de Pereira Coelho, criticando a solução: “...tudo se passaria como se ao intrometido fosse lícito *expropriar* os bens alheios, *alugá-los* ou *arrendá-los* por sua mera iniciativa...”

¹¹⁶ *Ibidem*, nota 2, p.515 – Neste ponto o Autor apela à solução da gestão (imprópria) de negócios. Resultando daqui a obrigação de o gestor restituir tudo o que tenha recebido durante essa gestão.

¹¹⁷ No mesmo sentido JÚLIO GOMES, concedendo a possibilidade de o dono do negócio aprovar a gestão, colhendo os proveitos nos casos dolosos. Cf. *O conceito...*, *Cit.*, p.801.

¹¹⁸ No mesmo sentido de aceitação da gestão imprópria MENEZES LEITÃO, *O Enriquecimento sem causa no Direito Civil*, Lisboa, Centro de Estudos Fiscais, 1996, pp.708-709.

¹¹⁹ Em sentido concordante JÚLIO GOMES, *O conceito...*, *Cit.*, p.801.

¹²⁰ Aprofundaremos esta questão no ponto 4.

Encontramos também em DIOGO LEITE DE CAMPOS¹²¹ a discordância da doutrina tradicional. O autor corrobora a opinião de que o pagamento do valor objetivo dos bens prejudica “interesses da não intromissão em esfera jurídica alheia e de uma eficaz sanção e prevenção dos factos ilícitos”. Neste sentido o autor, com fundamento em argumentos de necessidade de prevenção de condutas ilícitas de ataque aos bens alheios, reitera a tese de que a obrigação de restituir deve englobar a totalidade do lucro e não apenas o valor objetivo.¹²²⁻¹²³

É notório que ambas as soluções se apoiam no regime do enriquecimento sem causa. Desta forma, permanece o lucro obtido ilegitimamente fora do alcance da responsabilidade civil.

Para SOUSA ANTUNES¹²⁴, a natureza do *resgate* do lucro obtido encontra-se justificada pelo regime da perda de vantagens consagrado no Direito penal. Portanto, observando o art.111º do Código Penal, as vantagens do crime revertem a favor do Estado. Baseado no estudo de FIGUEIREDO DIAS¹²⁵, que nega o carácter punitivo desta medida, o autor demonstra a intencionalidade existente no destacamento da perda das vantagens face às penas, reiterando como fundamento o propósito de prevenção da criminalidade, tendo sempre inerente a ideia de que o ordenamento jurídico pretende enviar a mensagem “o crime não compensa”. SOUSA ANTUNES¹²⁶ manifesta a opinião de transversalidade em todos os ramos do direito e defende a tese de que “o autor de um comportamento ilegítimo não deve beneficiar dessa conduta”. Em termos de direito civil a restituição do lucro deve reger-se também pela regra de que “O ilícito

¹²¹ DIOGO LEITE DE CAMPOS, A subsidiariedade da obrigação de restituir o enriquecimento, Coimbra, Almedina, 2003, p.488. O Autor considera que adotar-se a doutrina de Pereira Coelho traduz-se na criação de um estímulo a agir em detrimento da esfera jurídica alheia quando espera que a “intromissão lhe traga lucro mais elevado do que o valor objectivo dos bens alheios e do que os prejuízos causados ao titular do direito”. Esta opinião merece a nossa concordância.

¹²² *Ibidem*, p.489. Refere o autor “o enriquecido deve restituir tudo o que foi obtido à custa de outrem, e não o valor objectivo do uso...”

¹²³ *Ibidem*, p.492 - De forma expressa conclui o Autor que ao “titular do direito deve ver-se atribuído todo o enriquecimento, mesmo o lucro da intromissão, não só pela razão positiva de que foi realizado com os seus bens, como pela negativa de que não há razão para se conceder ao enriquecido. Em nada tal conclusão entrava a livre iniciativa dos indivíduos. *Dar o seu a seu dono* não é, com certeza, um entrave às iniciativas legítimas.”. (o itálico é do autor). JÚLIO GOMES manifesta de forma expressa (“cuja opinião partilhamos inteiramente”) a concordância com esta tese. (v. O conceito..., *Cit.*, p.801)

¹²⁴ SOUSA ANTUNES, Da inclusão do lucro ilícito..., *Cit.*, p.285.

¹²⁵ FIGUEIREDO DIAS, O Direito Penal Português – As consequências Jurídicas do Crime, Lisboa, Aequitas, 1993, pp632.

¹²⁶ SOUSA ANTUNES, Da inclusão..., *Cit.*, p.287.

não compensa”. Transpondo a ideia do direito penal, esta doutrina¹²⁷ contempla a tese de que a ordem jurídica vem exigir a restituição do lucro não no sentido sancionatório, mas devido à vertente preventiva.

Esta doutrina parece-nos original, na medida em que procura uma congruência entre os vários ramos do Direito sobre um mesmo tema na ordem jurídica, ao não prever uma separação inexorável entre eles, tentando conciliar as soluções vigentes. Procura-se assim solucionar o problema pela prevenção, esbatendo-se as fronteiras entre o direito penal e civil¹²⁸.

Em suma, consideramos que, mais importante do que saber se se atribui uma indemnização que excede o dano ou mesmo o empobrecimento, está uma conduta prévia do agente que viola direitos alheios. Ou seja, por receio de se atribuir uma compensação superior ao valor do bem, cometer-se-ia uma injustiça maior: a de aceitar-se a expropriação privada, negando-se a vontade da partes, uma componente estruturante de todo o direito civil. Apesar de esta visão se manifestar menos favorável ao comércio jurídico, apenas o é para o agente infrator; do ponto de vista social uma posição que defenda afincadamente a propriedade privada é indubitavelmente, em última *ratio*, muito mais vantajosa para o comércio, na medida em que a segurança da propriedade privada é um elemento preponderante para as decisões dos agentes económicos.

¹²⁷ *Ibidem*, p.291.

¹²⁸ Sempre se poderá alegar que concetual e dogmaticamente estes dois ramos assentam em estruturas diferentes, advindo alguma dificuldade em aceitarem-se soluções de natureza penal em sede civil.

4. A gestão de negócios imprópria

Como evidenciamos, para solucionar o problema a doutrina tem trazido à colação o instituto da gestão de negócios imprópria por analogia ao regime da gestão de negócios alheios.

A solução do problema através da gestão de negócios imprópria recebeu inspiração do Direito Suíço, especificamente do art.423º¹²⁹ do Código das Obrigações Suíço. Genericamente, este preceito veio solucionar alguns problemas para os casos de intervenção no Direito Helvético em que o móbil de ingerência em negócios alheios não coincide com os interesses do dono do negócio.

Este preceito não distingue gestão de negócios imprópria da gestão de negócios alheios julgados próprios¹³⁰. Pela transcrição exposta do preceito, verificamos que não existe coincidência nos seus elementos face ao nosso art.472º: a lei suíça manda restituir o lucro obtido durante a gestão. A lei helvética pretendeu de forma clara prevenir situações de intromissão negócios alheios atacando o lucro do interventor. Porém, o cálculo do lucro levanta alguma discussão, referindo JÚLIO GOMES¹³¹ ser entendimento nesse ordenamento jurídico que o lucro a restituir depende de um nexo de causalidade com a gestão. O Tribunal Federal Suíço atende apenas aos lucros relacionados com o objeto em causa, podendo uma parte do benefício não ter nada a ver com aquele objeto (nexo de causalidade da gestão).

A solução de se negar de forma expressa a indemnização do gestor para estas situações espelha uma pretensão de conservar a propriedade intocada, remetendo apenas para a medida do enriquecimento do dono do negócio. Parece-nos que o art.472º do nosso CC está concebido para situações diversas. Decorrendo como solução deste, em caso de aprovação, o gestor ficar obrigado a restituir os lucros obtidos nos termos da gestão regular (art.465º, al. e), haverá sempre remuneração para o gestor, assim o determina a gestão de negócios aprovada (art.468º/1).

¹²⁹ **Art. 423 II. Affaire entreprise dans l'intérêt du gérant**

1 Lorsque la gestion n'a pas été entreprise dans l'intérêt du maître, celui-ci n'en a pas moins le droit de s'approprier les profits qui en résultent.

2 Il n'est tenu d'indemniser le gérant ou de lui donner décharge que jusqu'à concurrence de son enrichissement.

¹³⁰ MENEZES LEITÃO, O Enriquecimento..., *Cit.*, p.708.

¹³¹ JÚLIO COMES, O conceito..., *Cit.*, pp.803 e 805.

Sintetizando, perante a solução vigente se o dono do negócio pretende resgatar o lucro derivado de interesses que lhe pertenciam, tem de aprovar a gestão, significando esta a renúncia à “indenização pelos danos devidos a culpa do gestor” (art.469º), acrescendo a obrigatoriedade de reembolsar o gestor pelas despesas e indemnizá-lo pelos prejuízos que haja sofrido. Não resulta daqui uma solução capaz de dissuadir os agentes infratores e proteger os titulares dos direitos. Com esta solução, a remuneração do agente infrator está sempre garantida.

O anteprojeto de VAZ SERRA¹³² previa expressamente no art.17º uma solução muito próxima da verificada no direito suíço, consagrando expressamente a figura da gestão imprópria de negócios alheios. O nº2 previa expressamente a obrigatoriedade de o gestor entregar aquilo que obteve com a gestão. O reembolso do gestor limitava-se pelo regime do enriquecimento sem causa¹³³. O nº4 afastava expressamente o regime da aprovação da gestão para o dono do negócio fazer valer todos os direitos que obteria de um gestor regular. Em traços gerais, a aplicação analógica do regime da gestão de negócios alheios para a gestão imprópria de negócios, à primeira vista, pode parecer conduzir aos mesmos resultados. Porém, como vimos, os resultados não coincidem verdadeiramente, saindo prejudicado o efeito dissuasivo que se esperaria para condutas movidas pelo interesse lucrativo. Não seria, de todo, descabido um regime mais explícito e próximo da ideia original de Vaz Serra.

¹³² VAZ SERRA, “Gestão de negócios”, *BMJ*, nº66, 1957, p.280.

¹³³ Para os casos de benfeitorias aplicava o regime para as relações entre o proprietário e o possuidor de má fé.

5. A responsabilidade civil de acordo com alguns estudos europeus

Consideramos importante observar alguns estudos europeus sobre responsabilidade civil, de forma a compreendermos a tendência do direito Europeu na evolução do instituto. À semelhança dos avanços conseguidos em matéria de direito dos contratos, por força da existência de um espaço económico único. Acreditamos que deve atender-se à convergência das regras de responsabilidade civil.

5.1. Principles of European Tort Law

Os Principles of European Tort Law (doravante referidos como *Principles* ou PETL) têm como principais objetivos o desenvolvimento e harmonização das normas sobre responsabilidade civil na Europa, podendo estes desempenhar um importante papel na integração das jurisdições europeias. Consideramos incontornável mencionar este estudo orientador do instituto da responsabilidade civil¹³⁴. As orientações emanadas destes estudos devem ser observadas com maior atenção quando analisamos os fins da responsabilidade civil na atualidade.

¹³⁴ GUIDO ALPA, “Principles of European Tort Law”: A critical View from the Outside”, *European Business Law Review*, 2005, 16, nº5, p.960. O Autor entende os PETL como sendo mais do que um mero exercício académico: “merely a starting point for regulation, and not a finish line; (...) the starting point for law is just as important as its finish point.”, *Op. Cit.*, p.962.

Reconhecemos, todavia, a existência de fortes críticas a este método de trabalho e à viabilidade dos resultados da investigação. Observamos em MARTEN SCHULTZ, Disharmonization: A Swedish Critique of Principles of European Tort Law, *European Business Law Review*, 2007, 18, nº6, p.1306, Considera o Autor que o presente estudo falha em promover harmonização na discussão, considerando apto para a desarmonização no processo de europeização. Reiterando que a estrutura e linguagem são próprias de um produto legislativo, todavia não passa de um estudo académico sem qualquer autoridade legislativa. Apesar dos redatores terem em mente algo mais do que um mero estudo comparativo (p.1307). Caracterizando-os como híbridos, ficando entre uma proposta legislativa, não no seu sentido comum. Sendo parcialmente baseada nos resultados do estudo comparativo (.p1309). Por fim, considera o estudo parcial e superficial. Em primeiro lugar, por falta de representatividade de países europeus, sem presença de nenhum país nórdico e, apesar do alargamento da UE em 2004, apenas se encontra a República Checa. Por fim, considera necessário o trabalho de académicos de todos os países europeus como uma equipa (p.1318). Entendendo estes princípios como arrogantes, visto considerarem-se aptos para fazerem sugestões para toda a Europa, não se verificando a correspondente representatividade e comparabilidade (p.1319).

O nosso ordenamento jurídico consagra o princípio *casum sentit dominus*¹³⁵, ou seja, o de que cada um deve suportar os prejuízos ocorridos na sua propriedade. Regra geral, apenas são externalizados para terceiros se se cumprirem todas as condições de imputação compreendidas no art.483º.

Nos *Principles*, o princípio geral da responsabilidade encontra-se previsto no art.1.101., contemplando também o princípio *casum sentit dominus*¹³⁶. Contudo, nesta disposição é patente a abrangência de duas fontes diferentes de responsabilidade em simultâneo. Verificamos no art.1.101, nº2¹³⁷, nas al. a) e b) a coexistência de imputação de responsabilidade por culpa e pelo risco. Consideramos esta construção importante, na medida em que representa um progresso em matéria de proteção dos interesses jurídicos. Inquestionavelmente o código civil de 66 apostou quase todas as fichas na responsabilidade por culpa (art.483º,n1), tornando esta a norma geral de imputação. Excecionalmente, nos casos especialmente previstos na lei (de acordo com o nº2), reconhece-se responsabilidade sem culpa.

A discrepância de soluções entre o CC e os *Principles of European Tort Law* deve-se às acentuadas diferenças existentes nas respetivas sociedades que conceberam os preceitos. Releva neste ponto a inexistência de uma hierarquia entre as duas alíneas, isto é, a responsabilidade fundada na culpa e a responsabilidade pelo risco estão concetualmente em relação de igualdade e de alternatividade¹³⁸. A redação concedida pelos *Principles* não é inocente, nesta conceção a responsabilidade pelo risco assume uma preponderância diferente da concedida pelo CC. Verifica-se a preterição do carácter excepcional da responsabilidade pelo risco (“atividade anormalmente perigosa”)¹³⁹, colocando-se em pé de igualdade com a responsabilidade

¹³⁵ DIAS FERREIRA, Portuguese Tort Law: a comparison with the Principles of European Tort Law, pp.628-629, disponível em https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/2563/1/European_Principles_Tort_Law_Portugal.pdf

¹³⁶ European Group on Tort Law: Principles of European Tort Law: Text and commentary, Springer-Wien-New York, 2005, p.19.

¹³⁷ Redação na versão portuguesa.

2.Um dano pode ser imputado, em particular, àquele:

- a. Cujas condutas culposas o tenha causado; ou
- b. Cujas actividades anormalmente perigosas o tenha causado;

¹³⁸ European Group on Tort Law..., Cit., p.20 – “... the bases of liability enumerated (...) are not intended to be in a descending hierarchy: conceptually they are equal and alternative.”

¹³⁹ MARTÍN CASALS, “Una primera aproximación a los “Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil””, *inDret*, nº284, Maio de 2005, p.16. O autor considera requisitos de “atividade anormalmente perigosa” a que cria “un riesgo previsible y muy considerable de daño que, además, no

por culpa. Nestes estudos, é retirada a hegemonia à responsabilidade por culpa enquanto fonte de responsabilização primordial em detrimento das outras fontes¹⁴⁰. Todavia, o *European Group* reconhece expressamente a interação entre as diferentes áreas, isto é, a existência de zonas cinzentas nas quais confluem a responsabilidade por culpa e a responsabilidade pelo risco¹⁴¹. A inspiração do art.1.101 dos *Principles* vem do art.41 do projeto de revisão do código das obrigações suíço¹⁴²⁻¹⁴³.

Merece a nossa concordância DIAS FERREIRA¹⁴⁴, quando reafirma que o legislador da década de 60 vivia numa sociedade tendencialmente rural, sendo os riscos inerentes a uma sociedade urbana diferentes e maiores. A economia assenta mais do que nunca na atividade das empresas, ao invés de atividades económicas de agentes individuais. É evidente que a separação entre responsabilidade por culpa e pelo risco é fruto de uma sociedade menos dinâmica que caracterizava as décadas de 50 e 60.

Sendo os *Principles* linhas orientadoras de interpretação e construção da responsabilidade civil atual, entendemos ser notória uma especial preocupação do instituto com o escopo preventivo. Recordamos, uma vez mais, o ensinamento de que a responsabilidade pelo risco se manifesta em “prescrições indiretas de comportamento”¹⁴⁵.

Mesmo observando o conceito de culpa dos *Principles*, este abraça a conceção objetivista. O art.4:101 PETL assenta no critério de violação de “padrão de conduta

puede ser eliminado mediante una conducta diligente, no sólo del causante del daño sino de todas aquellas personas que intervienen en la actividad, incluidas las víctimas potenciales”.

O conceito de atividade anormalmente perigosa tem concretização expressa no nº2 do art.5:101

“(2) Uma actividade é considerada anormalmente perigosa quando:

a. cria um risco previsível e bastante significativo de dano, mesmo com observância do cuidado devido, e

b. não é objecto de uso comum.

(3) O risco de dano pode ser considerado significativo tendo em consideração a gravidade ou a probabilidade do dano.

(4) Este artigo não recebe aplicação com respeito a uma actividade especificamente sujeita ao regime da responsabilidade objectiva por uma outra disposição destes Princípios, da legislação nacional ou de uma Convenção Internacional.”

¹⁴⁰ European Group on Tort Law..., Cit., p.20 – “...liability based on fault is not seen as the fundamental category of liability and all other liabilities as exceptions...”

¹⁴¹ European Group on Tort Law..., Cit., p.20 – “...the members of European Group are conscious of the existence of “grey zones”, i.e. areas in between fault-based and strict liability.”

¹⁴² European Group on Tort Law..., Cit., p.21.

¹⁴³ Revision et Unification du Droit de La Responsabilite Civile, Rapport Explicatif, pp.60-61, disponível em <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/wirtschaft/gesetzgebung/archiv/haftpflicht/vn-ber-f.pdf> (consultado em 17-01-2015).

¹⁴⁴ DIAS FERREIRA, *Op. Cit.*, p.630.

¹⁴⁵ MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, Cit., p.421.

exigível”. Por sua vez, este critério é concretizado no art.4:102, nº1 PETL, como um padrão que “corresponde ao de uma pessoa razoável colocada nas mesmas circunstâncias”. Este padrão é concretizado através de outros fatores, começando-se por elencar a “natureza e valor do interesse protegido em questão”. Para a determinação deste critério MARTÍN CASALS apresenta como solução a remissão para o art.2:102 que concretiza a hierarquia de interesses para efeitos de proteção em sede de responsabilidade civil. O padrão de conduta a adotar deve espelhar o interesse em causa. Aponta-se, ainda, como segundo fator a considerar a “periculosidade da actividade”, a ideia de perigo ocupa um lugar central neste estudo, pelo que os agentes devem adaptar as suas diligências às atividades que desenvolvem¹⁴⁶, como terceiro fator a “perícia que é de esperar da pessoa” que desenvolve a atividade, existindo uma diferença entre os agentes com maiores conhecimentos e experiência. Outro fator é o “da previsibilidade do dano”: trata-se de um juízo *ex ante*¹⁴⁷; depois aponta-se a “relação de proximidade ou da particular confiança entre as partes envolvidas”. Por fim, aponta-se o “da disponibilidade e custos de métodos preventivos ou alternativos”, consideramos esta referência sinónimo de mais um afloramento da tutela preventiva que os modernos estudos da responsabilidade civil pretendem abraçar. MARTÍN CASALS¹⁴⁸ vem reafirmar a necessidade de se temperar este critério com os princípios da boa fé e da proporcionalidade. Ou seja, a responsabilidade civil não atende apenas ao resultado lesivo, preocupando-se posteriormente em ressarcir esse dano. A responsabilidade civil propõe diretrizes de condutas: desta forma, para um resultado alcançável de diversos modos, o agente deve equacionar os perigos e riscos que a sua conduta pode comportar para terceiros, devendo empregar o modo menos perigoso para alcançar o resultado. O conceito de culpa demonstra uma maior abertura e concretização quanto à tutela preventiva dos interesses.

Porém, verificamos no nº2 deste último preceito que o conceito de culpa pode variar e adaptar-se às especiais características de uma determinada categoria de agentes, não ao específico agente¹⁴⁹.

¹⁴⁶ MARTÍN CASALS, *Op. Cit.*, p.12. O autor dá o exemplo da diferença de condutas exigíveis a um médico generalista e um cirurgião especializado na área em concreto.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p.13

¹⁴⁸ *Ibidem*, p.13.

¹⁴⁹ *Ibidem*, p.13

A lei procura, neste sentido, evitar a ocorrência de danos, confrontando os agentes com explícitos deveres no modo de agir. O conceito de culpa assume-se na perspectiva de imposição de deveres, revelando uma preocupação prévia ao dano, isto é, mais importante do que encontrar um título de imputação que retire o dano da esfera jurídica do lesado, é a não consumação do dano. Numa sociedade de risco como a atual, reveste especial pertinência a imposição de deveres cuja violação conduz à imputação dos danos. A visão ética da culpa revela-se manifestamente insuficiente e ultrapassada.

Outra inovação trazida pelo presente estudo reside no art.2.104¹⁵⁰ dos PETL (despesas preventivas), prevendo expressamente a ressarcibilidade das despesas destinadas a prevenir a ocorrência do dano. Neste sentido, manifesta-se a função preventiva da responsabilidade civil¹⁵¹, deixando assim de estar associada a uma ideia de atuação *post facto*. A aplicação deste preceito é temperada pelo critério de razoabilidade, entendendo-se que o risco do dano deve ser observado como iminente e real do ponto de vista objetivo. Neste âmbito um receio infundado, não suportado por factos que apontem no sentido do acontecimento do facto danoso, é insuficiente para a invocação desta tutela. Ou seja, um mero temor está fora desta tutela, tem de se verificar a existência de motivos objetivamente idóneos a colocar um bem em ameaça iminente quanto à ocorrência do dano. São ressarcíveis as despesas destinadas a afastar o perigo de dano, ou seja, aquelas que foram empregues na prevenção do dano, desde que o risco da sua verificação seja real e iminente¹⁵².

Do ponto de vista das funções da responsabilidade civil, é patente a ultrapassagem do dogma de se atribuir ao instituto uma função meramente reparadora de danos, igualmente importante revela-se a prevenção do dano, uma nova face é demonstrada através deste estudo. A função reparadora do instituto não é abalada por força desta expressão; contudo é evidente a associação ao risco imanente da sociedade contemporânea uma especial necessidade de se evitarem danos. Face aos pressupostos de aplicação deste preceito é notório o papel desempenhado pelo

¹⁵⁰ Art.2.104 – Despesas preventivas

As despesas realizadas com vista a prevenir uma ameaça de dano são consideradas dano ressarcível, desde que a realização dessas despesas se revele razoável.

¹⁵¹ European Group on Tort Law..., Cit., p.37 – “such expenses can be recovered also in order to the strengthen the preventive function which tort law can exercise.”

¹⁵² European Group on Tort Law..., Cit., p.37.

perigo para os bens juridicamente protegidos. Dota-se a responsabilidade civil de um corpo diferente, os indivíduos são estimulados a agirem previamente face a ameaças aos bens jurídicos. Embora seja notória a rejeição do reconhecimento de indemnizações fundadas meramente em pressupostos preventivos¹⁵³, pelo que se impõe que exista um real e iminente perigo de dano do ponto de vista objetivo e razoável¹⁵⁴. Exemplificando um dano não é recuperável se não existir uma relação de causalidade entre o investimento em prevenção e o facto ilícito. Assim, um comerciante não pode exigir as despesas realizadas em equipamentos de videovigilância a alguém apanhado a furtar, visto que essa conduta não foi condição necessária para essas despesas, ou seja, tem de se verificar nexos causal entre a ameaça de violação e a adoção de medidas preventivas¹⁵⁵.

Sobre este tema tem-se procurado demonstrar a existência de danos intermédios, situações em que ainda não se verificaram os danos finais¹⁵⁶. A título de exemplo um petroleiro sofreu uma pequena colisão, tendo surgido uma pequena fissura, sendo iminente um risco de completa deterioração do tanque e consequente derrame. O lesado pode imputar as despesas de reparação ao causador do embate¹⁵⁷. Esta solução facilita a imputação, visto que os obstáculos próprios do nexo de causalidade adequada não se levantam, tal como ocorreria se se deixasse desenvolver o dano. CYRIL SYNTIZ¹⁵⁸ considera que a prevenção encontra-se paradoxalmente no coração da reparação.

A solução exposta revela bastante utilidade, no sentido em que o sistema jurídico envia uma mensagem dissuasora de comportamentos lesivos, existindo tutela prévia dos interesses.

Reconhecemos que opiniões mais críticas da importância da solução trazida pelos *Principles* poderão invocar a existência no nosso ordenamento jurídico de mecanismos igualmente úteis para afastar a ameaça aos interesses juridicamente tutelados, com a ação direta (art.336º). Indubitavelmente, este mecanismo revela que

¹⁵³ *Ibidem*, p.152 – “...no damages award can be based on preventive proposes alone.”

¹⁵⁴ *Ibidem*, p.38.

¹⁵⁵ *Ibidem*, p.38.

¹⁵⁶ CYRIL SINTEZ, *La Sanction Préventive en Droit de La Responsabilité Civile*, Thèse, 2009, disponível em https://papyrus.bib.umontreal.ca/jspui/bitstream/1866/3748/2/Sintez_Cyril_2009_these.pdf, p.92.

¹⁵⁷ European Group on Tort Law..., *Cit.*, p.38. “La prévention se retrouve ainsi paradoxalement au cœur de la réparation.”

¹⁵⁸ CYRIL SINTEZ, *Op. Cit.*, p.92.

o ordenamento jurídico dota os indivíduos de meios para tutelarem os seus interesses sem necessitarem de esperar pela violação dos mesmos. Assim, encontrando-se o agente impossibilitado de “recorrer aos meios coercivos normais” é legítimo o uso da força de modo a assegurar o seu próprio direito. É inquestionável que o direito civil pretende também dotar os cidadãos de meios que inviabilizem ataques a interesses alheios. Sem dúvida, manifesta-se a ideia de prevenção de danos como um objetivo legítimo a ser seguido pelo direito civil. Porém, é evidente que a ação direta, por razões facilmente compreensíveis, não é aplicável sem mais, sendo muito rígidos os seus pressupostos de aplicação¹⁵⁹.

Face a esta exposição, entendemos que a ação direta, mais do que inviabilizar a solução proposta de ressarcimento de despesas preventivas apresentada pelos *Principles*, elucida uma remota tutela preventiva que o Direito civil pretende para os interesses jurídicos. Os *Principles* não vêm negar ou incompatibilizar o tradicional mecanismo de ação direta¹⁶⁰, pelo contrário até poderá existir aqui um complemento entre as duas soluções, visto que para se lançar mão da ação direta pode ser necessário despender recursos nesse sentido.

Através do reconhecimento da ressarcibilidade das despesas destinadas a afastar o dano previamente à sua ocorrência reafirma-se a importância da prevenção no direito civil, dotando-se a responsabilidade civil de meios aptos a protegerem os interesses dos indivíduos.

A tese reafirmada pelos *Principles* é a de que mais importante que reparar um dano é dotar o agente de meios que possam evitá-lo, tendo como pano de fundo a segurança de que a ordem jurídica reconhece a luta pelo seu direito como um dano ressarcível.

¹⁵⁹ Ver anotação ao art.336º em PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, Código Civil anotado, *Cit.*, p.301.

¹⁶⁰ Não podemos deixar de considerar os apertados requisitos impostos pela ação direta: além da verificação da ameaça, acresce ainda o requisito da impossibilidade de recurso em tempo útil aos meios coercivos normais (pensamos aqui nos tribunais e forças de segurança). Sendo apenas aceite nos termos estritamente necessários à defesa do direito. Encontramos a construção subordinada ao critério da indispensabilidade desse recurso para salvaguarda de outros interesses. A ação direta é uma das exceções ao princípio da proibição da autodefesa consagrado no art.1º do CPC. Como é notório o Ordenamento Jurídico é relutante em aceitar soluções que ponham em causa a soberania que o sistema judicial representa para os consensos sociais que gera.

Em matéria de tutela preventiva o maior destaque vai para o art.10.101 (Natureza e finalidade da indemnização)¹⁶¹ PETL, prevendo a natureza da indemnização, concretizado numa primeira linha o escopo ressarcitório, isto é, colocar o lesado na situação em que estaria se não tivesse ocorrido a lesão. Destaca-se a segunda parte pela consagração expressa da função preventiva da responsabilidade civil.

A função punitiva da responsabilidade civil é declinada nos *Principles*, tendo sido a referência omitida¹⁶². Concordamos com a dificuldade existente quando se tenta traçar a linha que separa a vertente punitiva da preventiva¹⁶³. Todavia, os “danos punitivos” demonstram-se, em muitas situações, desproporcionados face aos objetivos prosseguidos pela responsabilidade civil.

O princípio de que o dano é o limite da indemnização encontra-se consagrado nesta solução¹⁶⁴. Apesar de se fazer menção expressa ao escopo preventivo do instituto, verifica-se nesta construção uma omissão quanto à forma de se alcançar esse objetivo. A doutrina¹⁶⁵ realça a função preventiva enquanto meio dissuasor de condutas, devendo ser a indemnização suficiente, ao ponto de evitar que a causação do dano compense face ao comportamento lícito a adotar. Desta forma, pretendem-se evitar raciocínios meramente económicos.

A ressarcibilidade dos danos visa em primeira instância colocar o lesado na posição em que estaria sem a verificação do evento danoso. Contudo, no que concerne à prevenção dos danos tem-se adotado uma posição diferente: tão importante como reparar o dano é criarem-se incentivos dissuasores da reiteração de condutas danosas. A doutrina refere a este propósito a possibilidade da inclusão do lucro por intervenção para efeitos de cálculo da indemnização, surgindo como

¹⁶¹ Redação do artigo: “A indemnização consiste numa prestação pecuniária com vista a compensar o lesado, isto é, a repor o lesado, na medida em (que) o dinheiro o permita, na posição em que ele estaria se a lesão não tivesse ocorrido. A indemnização tem também uma função preventiva.”

¹⁶² Os *punitive damages* são negados neste estudo.

¹⁶³ European Group on Tort Law..., Cit., p.150 – “the Principles do not allow punitive damages which are apparently out of proportion to the actual loss of the victim and have the only goal to punish the wrongdoer...”.

¹⁶⁴ *Ibidem*, p.151 – “the value of damage property is typically the limit of recovery.”

¹⁶⁵ *Ibidem*, p.152

exemplo primordial as soluções abraçadas em matéria de violação de direitos de propriedade intelectual¹⁶⁶⁻¹⁶⁷.

5.2. Draft Common Frame of Reference

O *Draft Common Frame of Reference* (seguidamente DCFR) veio esclarecer conceitos, princípios e soluções não apenas na vertente contratual como também em sede de responsabilidade civil delitual¹⁶⁸ (Book VI).

O art. VI – 1.102 (Prevention)¹⁶⁹ explicita de forma direta a possibilidade de se prevenir o dano. A ideia subjacente é a de que é preferível a prevenção à reparação¹⁷⁰. Ou seja, o principal critério é estarmos perante um perigo iminente. Sobre este ponto entende-se que o perigo deve ser específico e tratar-se de um risco imediato de um dano relevante¹⁷¹. Esta tutela preventiva abrange não apenas a prevenção da primeira situação danosa, comporta também o direito a impedir a agravação de danos nas situações em que um dano já se iniciou. Abarca, assim, o direito a ser-se reembolsado pelas despesas preventivas para evitar o dano¹⁷².

Este preceito apenas pode ser lido em conjunto com o art. IV-6:301 (Right to prevention), sendo a sua aplicabilidade submetida a dois requisitos cumulativos: a reparação não é uma solução adequada; ser razoável para o potencial lesado prevenir a sua ocorrência.

Relativamente ao primeiro critério, este depende das circunstâncias em concreto. O critério da iminência do dano traduz-se no elevado grau de probabilidade

¹⁶⁶ *Ibidem*, p.152.

¹⁶⁷ Como poderemos ver no ponto 8.1. do presente trabalho.

¹⁶⁸ PAULA GILIKER, *European Tort Law: Five Key Questions for Debate*, *European Review of Private Law*, vol. 17 nº3, 2009, p.286.

¹⁶⁹ “Where legally relevant damage is impending, this Book confers on a person who would suffer the damage a right to prevent it. This right is against a person who would be accountable for the causation of the damage if it occurred”.

¹⁷⁰ VON BAR, ERIC CLIVE e SCHULTE-NOLKE, *Principles, Definitions and Model Rules of European Contract law: Draft Common Frame of Reference*, Munich, Sellier, 2009, p.1295.

¹⁷¹ *Ibidem*, p.1296.

¹⁷² *Ibidem*, p.1297.

do ponto de vista legal e factual de materialização do dano. Acresce ainda para este critério a incerteza da condição financeira do lesante para conseguir reparar o dano¹⁷³.

O segundo critério concretiza a ideia de que é preferível a prevenção à reparação. Ou seja, os esforços de prevenção são razoáveis para o potencial lesado quando consegue afastar o perigo. Como veremos os DCFR assentam na ideia de que quem pode evitar o dano, o deixa ocorrer pode ver aplicado o regime de concorrência de culpa e conseqüentemente a redução da indemnização¹⁷⁴.

A solução propugnada tem inerente a ideia de que a prevenção é melhor do que a reparação, traduziríamos para o provérbio mais vale prevenir do que remediar. Confere-se ao titular dos interesses protegidos a possibilidade de empregar uma ação que vise prevenir a ocorrência do dano¹⁷⁵. Os custos empregues, intrínsecos à prevenção, são considerados danos, sendo assim ressarcíveis.

O ressarcimento dos danos preventivos está consagrado no art. VI.-6:302. Os traços mais relevantes neste estudo ressaltam sobretudo em sede de concurso de culpas (VI.-5:102) predispondo no sentido de que quem não atende devidamente aos seus interesses poderá ver negada plena reparação dos danos. Desta forma, devem tutelar-se os interesses de quem os observa de forma ativa, incorrendo, se necessário, em despesas preventivas. Similarmente consagra-se também o critério da razoabilidade entre os gastos incorridos e a ameaça em causa¹⁷⁶.

5.3. Avant-Projet Catala

Trata-se de um projeto¹⁷⁷ de revisão do código civil francês, envolvendo as matérias de obrigações e prescrição; o nome deve-se ao professor que preside a comissão.

¹⁷³ *Ibidem*, p.1471.

¹⁷⁴ *Ibidem*, p.1471.

¹⁷⁵ *Ibidem*, p.1471. Os Autores consideram que quando alguém deixa ocorrer o dano podendo preveni-lo, poder-se-á aplicar o concurso de culpas e conseqüente redução da indemnização em sede processual.

¹⁷⁶ *Ibidem*, p.1473.

¹⁷⁷ Disponível em http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf (consultado em 11-01-15)

O seu art.1344¹⁷⁸ consagra expressamente a ressarcibilidade dos prejuízos decorrentes da prevenção do dano ou do seu agravamento, na senda do que vimos exposto. A importância desta solução para as situações de danos irreparáveis alimenta esta solução, pensa-se sobretudo nos danos que incidem sobre bens supra-individuais, à semelhança do meio ambiente¹⁷⁹. Apesar de este projeto ainda não vigorar, a sua pertinência para o nosso estudo prede-se com a demonstração de uma lei tão próxima da nossa caminhar para o reconhecimento expresso da necessidade de tutela preventiva para a responsabilidade civil. A influência dos dois estudos mencionados anteriormente faz eco nesta proposta de revisão¹⁸⁰. Exclui-se também a componente punitiva para a revisão, pelo que se reafirma a prevenção enquanto fator impulsionador da moderna responsabilidade civil¹⁸¹. Uma vez mais, confirma-se que a ressarcibilidade de danos preventivos não se traduz em danos hipotéticos, têm de ser ameaças iminentes aos interesses em causa, existindo um nexo de causalidade entre a ameaça e o investimento em prevenção.

5.4. Direito Chileno

Interessado na visão preventiva do instituto parece estar também o direito chileno, na medida em que o art.2.333 do CC Chileno consagram a possibilidade de se lançar mão de uma ação popular para todas as situações em que exista um dano contingente, podendo ser tanto para ocasiões em que ameace pessoas indeterminadas, ou pessoas determinadas, nesta última situação apenas alguma das pessoas ameaçada pode propor a ação.

¹⁷⁸ Art. 1344:

“Les dépenses exposées pour prévenir la réalisation imminente d'un dommage ou pour éviter son aggravation, ainsi que pour en réduire les conséquences, constituent un préjudice réparable, dès lors qu'elles ont été raisonnablement engagés”.

¹⁷⁹ Apesar do código do ambiente francês, no seu artigo L.162-2, prever a ressarcibilidade dos danos preventivos, os estudiosos consideram importante prever-se solução similar no código civil.

¹⁸⁰ Pour la Reparation du Prejudice Ecologique, Rapport du group de travail installé pour Madame Christiane Taubira, garde de sceaux, ministre de la justice, le 17 de Septembre 2013. http://www.justice.gouv.fr/art_pix/1_rapport_prejudice_ecologique_20130914.pdf, p.55, nota 88.

¹⁸¹ *Ibidem*, p.57-59.

A doutrina Chilena tem entendido o dano contingente como um dano eventual, sendo sempre um perigo iminente, uma ameaça e um risco de dano real para os interesses protegidos, podendo o dano concretizar-se ou não¹⁸².

O art.2.334 CC Chileno prevê a ressarcibilidade de todas as despesas decorrentes da propositura da ação, se esta parecer fundada, sendo o potencial lesado indenizado por todas as custas da propositura.

Entende-se que esta solução advém do afastamento de uma concepção patrimonialista, ancorando-se na proteção integral das pessoas¹⁸³.

5.5. Direito Argentino

O direito argentino através do seu recente Código Civil¹⁸⁴ (promulgado em 02 de outubro de 2014) trouxe outro alento à tutela preventiva da responsabilidade civil. O art.1708º prevê as funções da responsabilidade civil, elencando expressamente as funções de prevenção e reparação do dano. O art.1710º consagra o dever geral de prevenção do dano, concretizando-se pelo dever de não causar danos; de adoção de medidas que visem evitar a produção do dano ou diminuir a sua magnitude, sendo reembolsáveis as despesas, na medida do enriquecimento sem causa, para quem incorreu evitou a provocação de um dano de um terceiro. Por fim, impõe-se o dever não agravar o dano já produzido.

A articulação com a parte processual é evidente, visto que o art.1711º consagra a ação preventiva para as situações em que é previsível a produção do dano ou o seu agravamento. Reconhece-se legitimidade para intentar a ação a quem tem um interesse legítimo nessa prevenção (art.1712º).

A importância desta solução reside no reconhecimento da prevenção enquanto função a ser prosseguida pela responsabilidade civil. O caráter meramente reparador do instituto deixa de ser observado enquanto fundamento de limite. O fundamento do dever geral de não causar danos, extrai-se do longínquo *alterum non laedere*.

¹⁸² PINO SILVA, "La responsabilidade preventiva", *Revista de Estudios Ius Novum*, nº2, Octubre 2009, p.248.

¹⁸³ *Ibidem*, p.263.

¹⁸⁴ Disponível em http://www.infojus.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf

6. Análise económica do Direito

Julgamos importante observar o que a análise económica do direito (AED) refere em matéria de tutela preventiva da responsabilidade civil. A primeira ideia retirada desta disciplina é a de extrapolação das repercussões dos danos para além da esfera jurídica do lesado, ou seja, atribui-se também uma dimensão social aos danos. Aborda-se o problema enquanto assunto de relevância geral^{185 - 186}.

O prisma pelo qual a AED observa a responsabilidade civil é bastante diferente do usado pelo sistema legal¹⁸⁷. Os incentivos para comportamentos eficientes associam-se à visão económica do problema. Desta forma, a responsabilidade deve induzir os agentes a atenderem às repercussões que os danos decorrentes dos seus atos podem provocar a terceiros, designado no vocábulo economista por custo externo ou externalidade¹⁸⁸. Entende FERNANDO ARAÚJO¹⁸⁹ que nesta disciplina a indemnização funciona como um verdadeiro sistema de incentivos, procurando-se internalizar os custos sociais das atividades arriscadas. NUNO GAROUPA¹⁹⁰ realça a existência de custos sociais nos acidentes, integrando estes “custos de determinação da responsabilidade e da indemnização”. Do ponto de vista da eficiência económica o ressarcimento dos danos demonstra-se ineficiente, visto que os montantes atribuídos a título de indemnização tendem a ignorar custos aparentemente invisíveis mas socialmente relevantes. Ou seja, uma indemnização de 1000€ terá sempre um custo social superior ao valor do dano. Nesta aceção, a indemnização não se esgota na simples transferência de recursos entre indivíduos.

¹⁸⁵ GÓMEZ E PÉREZ, “El derecho de accidentes y el análisis económico: presupuestos e implicaciones básicas”, *Revista de la Facultad de Derecho Universidad Complutense*, v.81, 1993, p.109.

¹⁸⁶ Neste sentido, aponta-se como exemplo elucidativo o da vítima de um acidente de viação, existindo um dano para o lesado, para a família do lesado e ainda para a sociedade, que perde um cidadão. Cf. SALVADOR CODERCH E CARLOS GÓMEZ, “El derecho de daños y la minimización de los costes de los accidentes”, *Subjude*, Análise Económica do Direito – Parte II, 34, 2006, p.19.

¹⁸⁷ Como observámos, este compreende um mecanismo que possibilita encontrar um responsável pela obrigação de ressarcir o dano.

¹⁸⁸ MONATERI, *Trattato di diritto civile*, Torino, Utet, 1998, p.28-29.

¹⁸⁹ FERNANDO ARAÚJO, *Teoria económica do contrato*, Almedina, Coimbra, 2007, pp.832-833. Refere o autor que “a eficiência básica de uma regra de indemnização mais não é do que a sua susceptibilidade de internalizar custos sociais advindos de actividades arriscadas, potencialmente danosas”.

¹⁹⁰ NUNO GAROUPA, *Combinar a Economia e o Direito: A Análise Económica do Direito*, p.5 e 6, disponível em <http://cepejus.libertar.org/index.php/systemas/article/view/11/0> - consultado em 13.12.2014

Pelo prisma da AED, a responsabilidade civil procura que cada indivíduo acarrete as suas responsabilidades: se os potenciais lesantes suportarem os custos dos prejuízos que hipoteticamente poderão causar com a sua atividade serão incentivados a adotar medidas de precaução de modo a evitá-los¹⁹¹.

A prevenção surge na AED como elemento independente do escopo indemnizatório, assumindo-se como denominador determinante de todo o instituto, apostando-se numa ótica de prevenção de comportamentos futuros. Entende-se que reside no elemento dissuasor a legitimidade da obrigação de indemnizar¹⁹²⁻¹⁹³. CALABRESI¹⁹⁴ descortina como principal função da responsabilidade civil a de reduzir os custos dos acidentes e o custo de evitá-los. NUNO GAROUPA¹⁹⁵ nota que o benefício social, segundo a AED, de impor uma determinada regra de responsabilidade civil apenas é eficiente se esta tiver a capacidade de dissuadir ou evitar comportamentos que possam causar acidentes¹⁹⁶.

Os custos dos acidentes podem reduzir-se se os seus potenciais causantes adotarem precauções razoáveis. A solução apontada passa por estabelecer a regra de acordo com a qual os custos sociais dos danos sejam assumidos pelos hipotéticos causantes. Precauções razoáveis são as que têm em conta os custos sociais dos acidentes e os das precauções empregues. O ponto ótimo de precaução é aquele que minimiza a soma dos gastos destas duas variáveis¹⁹⁷. Ou seja, não se pode exigir a adoção de medidas de precaução excessivamente onerosas face à redução dos custos sociais a considerar.

CALABRESI¹⁹⁸ fracionou os custos em três categorias: primários, secundários e terciários. Os primeiros incluem todas as perdas – do ponto de vista económico os

¹⁹¹ SALVADOR CODERCH E CARLOS GÓMEZ, *Op. Cit.*, p.13.

¹⁹² MAFALDA BARBOSA, *Reflexões...*, *Cit.*, p.524-525.

¹⁹³ A ideia de prevenção dimanada da análise económica não está isenta de críticas. Cf. PANTALÉON PRIETO, *Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (también la de las Administraciones públicas)*, AFDUAM, nº4, 2000, p.174. “La idea de que sólo es socialmente útil lo que mejora la eficiencia en la asignación de los recursos (...) me resulta palmariamente errónea.

¹⁹⁴ GUIDO CALABRESI, *El coste de los accidentes: analisis economico y juridico de la responsabilidad civil*, Barcelona, Ariel, 1984, p.44. O Autor menciona o objetivo de justiça imanente a todo o Direito.

¹⁹⁵ NUNO GAROUPA, *Op. Cit.*, p.6.

¹⁹⁶ Menciona o autor que observar-se a responsabilidade civil enquanto instrumento meramente reparador é fracassado, pois considera o seguro um meio mais eficiente de indemnizar o lesado.

¹⁹⁷ SALVADOR CODERCH E CARLOS GÓMEZ, *Op. Cit.*, p.20.

¹⁹⁸ GUIDO CALABRESI, *Op. Cit.*, p.44-45.

custos/perdas não se resumem a gastos, são medidos nas utilidades perdidas¹⁹⁹ – do lesado em função do evento danoso (p. e. danos pessoais, patrimoniais ou não patrimoniais).

Os custos secundários são os associados à prevenção do próprio dano (p. e. os custos empregues para a prevenção dos acidentes de trabalho). São também danos associados à dispersão do risco: pensa-se nos mecanismos do seguro ou na imputação no preço final dos produtos dos custos dos danos que estes provocam.

Os terciários são custos relacionados com a própria gestão dos litígios decorrentes dos danos: enquadram-se os gastos em tempo, contratação de advogados ou, devido à visão social do problema, integram-se também os custos da gestão do sistema judicial²⁰⁰, o aumento do número de acidentes implica uma correlativa pressão sobre os tribunais com inerente despesa para os Estados. Estes são custos relevantes para a AED, visto que estas despesas se desviam de objetivos sociais alternativos e cuja concretização seria socialmente mais útil²⁰¹.

A controvérsia para os estudiosos nesta matéria reside em saber qual destes custos a sociedade pretende reduzir prioritariamente, bem como saber onde se encontra o ponto de equilíbrio de redução destes custos²⁰². Os objetivos prosseguidos pela AED não devem ser estudados afastados da mais elementar razoabilidade, ou seja aplicar medidas que visem reduzir de forma drástica todos os custos primários implicaria a responsabilização por quaisquer danos, independentemente da sua importância. Desta forma, aumentariam os custos terciários. Se de outro modo, se sobrevaloriza a redução dos custos secundários, instituir-se-ia o seguro universal, o que provocaria o aumento do risco moral, existindo comportamentos menos cuidados por parte dos segurados. Pelo que aumentariam os custos primários. Se o principal objetivo incidisse na redução dos custos terciários, o ideal seria a desresponsabilização plena, facilmente se prevê um aumento exponencial dos custos primários²⁰³.

¹⁹⁹ DÍEZ PICAZO, Derecho de Daños, Madrid, Civitas, 2000, p.209. Sucintamente utilidade económica é a medida de satisfação relativa de um agente.

²⁰⁰ SALVADOR CODERCH E CARLOS GÓMEZ, *Op. Cit.*, p.22 e CALABRESI, *Op. Cit.*, p.45-46.

²⁰¹ DÍEZ PICAZO, *Op. Cit.*, p.210.

²⁰² SALVADOR CODERCH E CARLOS GÓMEZ, *Op. Cit.*, p.22.

²⁰³ *Ibidem* p.22-23.

A Tutela Preventiva da Responsabilidade Civil

Nesta perspetiva o escopo da responsabilidade civil passa pela redução simultânea destas três categorias de custos, contemplando-se a proliferação da responsabilidade objetiva como medida apta a prosseguir este fim.

A AED procurou estabelecer critérios que visam a prossecução dos objetivos económicos da responsabilidade civil. Neste sentido, é importante referirmos a fórmula do juiz *Learned Hand*²⁰⁴: no caso em apreço, procurou-se apurar em que medida existiu culpa do lesado, esta decisão tornou-se um marco em sede de aferição do critério de culpa para efeitos de AED. Tendo em conta que a empresa lesada não deixou nenhum tripulante durante o arraste do navio lesado, o juiz considerou que a lesada atuou negligentemente, pois facilmente poderia ter adotado a simples medida de colocar um marinheiro no navio durante o reboque, por forma a prevenir um possível acidente durante a execução. Desta forma, a sentença passou pelo não ressarcimento pleno dos danos da lesada, dada a sua contribuição para a ocorrência do dano.

Apesar dos contornos legais serem distintos dos existentes na nossa ordem jurídica, do ponto de vista da AED retiraram-se importantes considerações. A fórmula de *Learned Hand* prevê que a obrigação de se evitarem danos depende de três variáveis²⁰⁵: a primeira é a probabilidade (P) de que os factos danosos ocorram, na medida em que estarão mais justificadas medidas de precaução se estivermos perante um maior grau de probabilidade de ocorrência do dano. Em segundo lugar, a gravidade e a quantidade dos hipotéticos danos (D). Por fim, deve atender-se aos custos das medidas de precaução (C). A fórmula algébrica prevê que $C < P \times D$, ou seja, os custos de prevenção estão apenas justificados se estes forem menores do que a probabilidade multiplicada pelo valor dos danos.

A presente fórmula revela uma maior dificuldade de aplicação nos ordenamentos jurídicos continentais, onde nos inserimos, devido à vinculação dos

²⁰⁴ Esta fórmula extraiu-se do caso *US Navy v. Carroll Towing Co.* O presente caso ocorreu no porto de Nova Iorque, consistindo na circunstância de a empresa rebocadora de navios (Carroll Towing) devido a movimento bruscos ter deixado soltar-se a embarcação Anna C que, ao embater na hélice de outro navio, se afundou.

²⁰⁵ Díez PÍCAZO, *Derecho de Daños, Op. Cit.*, p.211.

aplicadores do direito às normas legais²⁰⁶, sendo visível a proibição da interpretação que não tenha correspondência verbal com a lei (art.9º,nº2).

Apesar da dificuldade de integração das teorias económicas no direito aplicável, a questão dos custos preventivos poderá desempenhar um papel relevante em matéria de culpa. Desde logo, o conceito de culpa remete-nos para o respeito por deveres jurídicos. Consideramos existir um dever geral de prevenção dos danos, isto é de não causar danos a terceiros. A ideia de exigibilidade imanente do conceito de culpa aceita limites aos sacrifícios que o destinatário dos deveres deve assumir. Assim, não podemos aceitar a imposição de todos os custos de prevenção, devendo observar-se o lado adverso dos mesmos²⁰⁷.

DÍEZ PICAZO²⁰⁸ encara a prevenção não como uma decorrência normativa da obrigação de indemnizar, mas como uma consequência fáctica dessa obrigação. A prevenção surge como impulso psicológico que a obrigação de indemnizar acarreta, ou seja, através da AED chega-se à conclusão de que se os custos de prevenção dos danos são suportados por quem os deve evitar, sendo estes custos razoáveis face ao dano a evitar, as decisões económicas conduzem assim a uma redução dos acidentes.

É de realçar que a teoria de *Learned Hand* não é isenta de críticas. Aponta-se a incapacidade de resolver a atribuição de responsabilidade²⁰⁹. Desta forma, encontramos em LANDES e POSNER²¹⁰ a reformulação desta teoria, através da análise marginal. Sucintamente, a reformulação operada pelos autores assenta no seguinte raciocínio: o ponto de precaução eficiente é atingido quando marginalmente²¹¹ cada unidade de investimento em prevenção tem um retorno correspondente de redução no custo do acidente. Desta forma, referem os autores que os tribunais irão colocar a seguinte questão: face ao nível de precaução existente, qual foi o investimento adicional em precaução empregue pelo autor para evitar o acidente?²¹²

²⁰⁶ *Ibidem*, p.216.

²⁰⁷ *Ibidem*, p.217.

²⁰⁸ *Ibidem*, p.47-48.

²⁰⁹ EUGÊNIO BATTESINI, *Direito, Economia e Responsabilidade Objetiva no Brasil*, p.10, disponível em <https://escholarship.org/uc/item/9vn3c69f#page-1> (consultado em 15-12-14).

²¹⁰ RICHARD POSNER and WILLIAM LANDES, *Op. Cit.*, p.885.

²¹¹ Custo marginal do ponto de vista microeconómico corresponde ao custo da última unidade produzida.

²¹² RICHARD POSNER and WILLIAM LANDES, *The positive Economic Theory of Tort Law*, *Georgia Law Review*, vol.15,1981, p.885. Disponível em

A AED antevê a responsabilidade objetiva como o meio mais apto para a prossecução deste fim²¹³, corroborando a necessidade de alteração do paradigma de responsabilização assente na culpa. Nesta senda os estudiosos da disciplina preveem critérios para a determinação de responsabilidade objetiva para certas situações. Esta construção assenta na ideia de risco, isto é, de atividades ou de determinadas coisas observadas como potencialmente perigosas²¹⁴. Subjaz a opinião de que quem retira proveitos de determinadas atividades ou coisas deve arcar com as desvantagens decorrentes dos riscos intrínsecos às mesmas. Inerente à teoria do risco institui-se a ideia de que quem desenvolve e aproveita o risco é quem se encontra em melhor posição para suportar as potenciais consequências nefastas associadas a estas atividades²¹⁵. A socialização do risco devido ao progresso tecnológico e científico, cujos resultados se demonstram frequentemente incipientes²¹⁶, veio legitimar a responsabilidade objetiva para as atividades perigosas, encontrando-se esta fundamentada também por um critério de justiça distributiva²¹⁷. Ou seja, a responsabilidade objetiva é o meio mais apto para internalizar os riscos decorrentes de determinada atividade perigosa²¹⁸.

6.1. A responsabilidade por atividades perigosas no direito português

A disciplina em estudo, como tivemos ocasião de evidenciar, corteja a prevenção de forma especial. Juridicamente podemos extrair que a compensação completa dos danos é um verdadeiro meio preventivo, isto é, de redução dos mesmos. A circunstância de os indivíduos estarem elucidados acerca da possibilidade de as suas condutas criarem a obrigação de compensar cria um incentivo natural à redução dos

http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2548&context=journal_articles
(consultado em 15-12-14).

²¹³ RICHARD POSNER and WILLIAM LANDES, *Op. Cit.*, p.911.

²¹⁴ EUGÊNIO BATTESINI, *Op. Cit.*, p.14.

²¹⁵ ANTUNES VARELA, *Das obrigações...*, *Cit.*, p.633. Considera o autor que esta responsabilidade constitui “um estímulo eficaz ao aperfeiçoamento da empresa, tendente a diminuir o número e a gravidade dos riscos na prestação do trabalho...”.

²¹⁶ ALMEIDA COSTA, *Direito...*, *cit.*, p.528. Refere o autor que “Cada nova conquista pelo homem das forças da natureza não exclui que um tal domínio lhe possa escapar...”.

²¹⁷ ANTUNES VARELA, *Das obrigações...*, *Cit.*, p.634.

²¹⁸ Matéria que exploraremos no capítulo 5.1.1 sobre análise económica do produtor.

riscos e adoção de cuidados. A solução para a prevenção ótima exige a responsabilização integral e efetiva pelos danos²¹⁹.

Assim, a ordem jurídica portuguesa acolhe a responsabilidade pelo risco nos casos especialmente previstos na lei²²⁰. Esta assenta tendencialmente na expressão latina *ubi commoda, ibi incommoda*, isto é, aquele que lucra com uma atividade de risco deve suportar os danos daí decorrentes²²¹.

O art.493º/2 protagonizou uma inovação, prevendo a obrigação de reparar os danos causados no exercício de uma atividade perigosa, salvo se se mostrar que se empregaram “todas as providências exigidas pelas circunstâncias com o fim de os prevenir”. Desta forma, a nossa lei civil optou pela presunção da culpa para estas atividades. VAZ SERRA²²² aponta-nos a solução acolhida como fruto da clara inspiração no art.2.050 do Código Civil Italiano²²³. É notório o fundamento do art.493º/2 na solução transalpina, uma vez que a proximidade literal é evidente, não existindo igualmente na nossa lei concretização legal do conceito de atividade perigosa.

A nossa lei civil manifesta-se em muitas situações como um produto de uma sociedade, caracterizada pela inexistência de riscos elevados e imprevisíveis. No entanto, a lei reconheceu a importância do aumento dos riscos e do intrínseco perigo que estes representariam para os interesses jurídicos, associados ao paulatino desenvolvimento da sociedade. A opção por uma cláusula aberta revela-se inteligente e louvável, já que a sua maleabilidade é evidente. Porém, ficou o resquício da imputação por culpa, não se assumindo a teoria do risco no sentido pleno, o que seria desejável visto ser o risco o elemento central do preceito.

Os aplicadores do direito, por vezes, têm alguma dificuldade em aplicar conceitos indeterminados. No caso em apreço, o art.493º/2 remete para o conceito de

²¹⁹ SALVADOR CODERCH E CARLOS GÓMEZ, *Op. Cit.*, p.24.

²²⁰ No código civil encontramos nos arts. 500º e ss o elenco de responsabilidade objetiva fundada no risco. Existindo outros diplomas avulsos no mesmo sentido, destacamos como casos mais relevantes a responsabilidade em sede de acidentes de trabalho e ambiental. Para maior aprofundamento de outras situações de responsabilidade objetiva v. ALMEIDA COSTA, *Op. Cit.*, p.614.

²²¹ MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Reflexões...*, *Cit.*, p.541.

²²² VAZ SERRA, “Responsabilidade pelos danos causados por coisas ou actividades”, *BMJ*, nº85, Abril, 1959, p.375-376.

²²³ “Chiunque cagiona danno ad altri nello svolgimento di un'attività pericolosa, per sua natura o per la natura dei mezzi adoperati, è tenuto al risarcimento, se non prova di avere adottato tutte le misure idonee a evitare il danno”.

atividade perigosa (pela sua natureza ou pelos meios utilizados), levantando-se algumas dúvidas quanto à interpretação deste conceito indeterminado²²⁴.

O cerne da questão encontra-se na não determinação de critérios legais para o apuramento de atividade perigosa, ou seja, deixa-se a apreciação para as circunstâncias do caso concreto. Pensamos existir aqui uma janela de oportunidade para a análise económica da responsabilidade civil. Assim, deve ser reconhecida uma maior preponderância da última parte do preceito em discussão, isto é, quem exerce uma atividade perigosa deve empregar os meios adequados para prevenir o dano. Uma solução deste cariz merece o aplauso da AED: a prevenção surge como um fim prosseguido para quem exerce esta categoria de atividades. Ou seja, esta responsabilidade do ponto de vista económico faz eco da já exposta formulação muito cara aos seguidores da análise económica do direito: ou se aplicam as medidas necessárias para prevenir o dano ou, de outra forma, o agente é responsável pelos danos que causar²²⁵⁻²²⁶.

Doutrinariamente²²⁷ *atividade perigosa* tem sido caracterizada como a que tem “ínsita ou envolva uma maior probabilidade de causar dano”. Existe o esforço de concretização do conceito de atividade perigosa. O critério determinante para esta subsunção reside no fator de previsibilidade de dano associado aos perigos compreendidos pela atividade desenvolvida. Apesar da utilidade destes critérios o

²²⁴ PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Op. Cit.*, anotação ao art.493º, p.495.

²²⁵ A presente solução legal situa-se, para VAZ SERRA, a meio caminho (solução intermédia) entre a responsabilidade objetiva e a responsabilidade por culpa. Visto existir um aumento das diligências dos agentes para evitar o dano e invertendo-se o ónus da prova (em sede de culpa), *in* Responsabilidade..., *Cit.*, p375-376. A solução consagrada parece-nos bastante próxima das formulações efetuadas em sede de análise económica do direito, procurando-se um conceito de culpa que conjuga variantes diversas, isto é, desde a probabilidade de ocorrência do dano subjacente ao risco da atividade com os meios empregues para evitar esse dano. Mais do que um conceito de culpa ético-moral, concretiza-se em deveres de diligência face aos riscos assumidos pela atividade desenvolvida. Tal como a jurisprudência firmou “actividade deve ser perigosa “por sua própria natureza ou pela natureza dos meios utilizados” e não por causa do comportamento negligente ou imprudente do homem.”, ou seja, o conceito deve aferir-se por critérios determinados, V. Ac. TRL 17-04-2012, proc. 193/2002.L1-1 (GRAÇA ARAÚJO) e TRL 14-01-2010, proc. 967/2001.L1-8 (CARLA MENDES). O primeiro acórdão é fértil no levantamento das situações subsumidas à categoria de atividades perigosas pelos nossos tribunais.

²²⁶ MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Op. Cit.*, p.541, nota 70. A autora considera que a solução do art.493º/2 se funda na “afirmação da dignidade da pessoa humana” convocando o binómio liberdade/responsabilidade. Entendendo estar em causa na responsabilidade pelo risco em sentido estrito não procura saber o comportamento que o responsável deveria ter adotado, trata-se de uma juízo abstrato da ponderação eficiente de quem está em melhor posição económica para suportar o prejuízo causado.

²²⁷ ALMEIDA COSTA, *Op. Cit.*, p.588.

conceito de *atividade perigosa* permanece de difícil apuramento. Sendo a AED uma matéria mais cara aos direitos de Common Law, autores como POSNER E LANDES²²⁸ aceitam os critérios estabelecidos em sede de *Restatement* para qualificação de atividade perigosa. Desta forma, apontam-se as seguintes linhas enformadoras do conceito: a) existência de um elevado grau de risco de causação de danos aos outros; b) previsibilidade de que o hipotético dano seja significativo; c) incapacidade de se eliminar o risco mesmo com o exercício de cuidados razoáveis; d) não se tratar de uma atividade comum; e) inadequação da atividade ao lugar onde é desenvolvida; f) o seu valor para a comunidade supera os atributos perigosos.

Entendemos relevante os aplicadores do direito observarem os critérios definidos no art.5:101/2 e 3 dos PETL para materialização do conceito de atividades anormalmente perigosas²²⁹. Não deixa de ser notória a coincidência destes critérios com os citados anteriormente, incorporados na *Restatement*²³⁰.

Consideramos existirem aqui sólidos elementos interpretativos para os aplicadores do direito atenderem ao art.493º/2 com maior afinco. A nossa lei consagra uma solução híbrida para a responsabilidade por atividades perigosas, isto porque em parte verificamos a responsabilidade, a menos que se prove que se empregaram todos os meios necessários para evitar o dano. As exigências referidas parecem extrapolar o nível de precaução eficiente, as medidas de precaução exigidas são as máximas possíveis.

Acreditamos que a solução consagrada para estas atividades perigosas aproxima-se do fundamento observado na AED, sendo evidente o caráter preventivo nestas situações, visto que o agente apenas pode excluir a presunção de culpa nas situações em que demonstre que adotou as medidas necessárias a evitar o dano. O conceito de culpa abraçado aproxima-se do conceito desenvolvido em sede de AED, especialmente pela fórmula *Learned Hand*. Do ponto de vista económico, face à probabilidade da ocorrência do dano exigem-se custos preventivos aptos a evitar esse dano; caso contrário, o agente é presumidamente culpado, bastando ao lesado demonstrar os danos e o nexo de causalidade. A nossa lei procura por esta via

²²⁸ RICHARD POSNER and WILLIAM LANDES, Op. Cit., p.908

²²⁹ Cf. Constam na nota 146 do presente trabalho.

²³⁰ Observamos a inspiração clara no trabalho norte-americano, visto ser anterior (1977).

dissuadir comportamentos incautos para quem desenvolve atividades que, pese embora tragam imensos benefícios sociais, têm associados riscos de danos muito pesados. Apesar de no ponto de vista jurídico as relações jurídicas se estabelecerem entre o lesante e o lesado, por questões de prova e magnitude dos danos reconhece-se a necessidade de se adotarem medidas preventivas. Os efeitos negativos destas atividades repercutem-se, frequentemente, em terceiros, pelo que a prevenção assume um papel preponderante. A nossa lei civil não foi totalmente insensível à necessidade de se ser eficiente economicamente²³¹. Contudo, acreditamos que uma solução próxima à do art.927^o²³² do CC brasileiro promoveria melhor a prevenção e redução dos acidentes, visto que se adota a efetiva responsabilidade objetiva para as atividades perigosas, assumindo o risco o principal papel.

6.2. Argumentos desfavoráveis à disciplina

À AED têm sido apontadas diversas vicissitudes. MAFALDA BARBOSA MIRANDA²³³ faz o levantamento de algumas delas, começando por identificá-la como um sistema de regras cuja procura da eficiência se encontra como principal escopo e fundamento, ficando o próprio direito ausente da discussão. Argumenta, ainda, na existência de um afastamento desta disciplina em relação à realidade social, considerando inexistir qualquer ponderação dos custos/benefícios pela generalidade dos agentes económicos previamente à tomada de decisões. A presente²³⁴ autora entende desadequada a adoção dos escopos da AED em sede de responsabilidade civil, junta-se a ALMEIDA COSTA²³⁵ na argumentação de que o direito civil está concebido para opor dois indivíduos “que procuram compor autonomamente os seus interesses”, sendo

²³¹ Porém, parece-nos que melhor solução ainda estaria se a lei se desprende-se do conceito de culpa para estas atividades.

²³² Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

²³³ MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Op. Cit.*, p.534.

²³⁴ MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Op. Cit.*, p.537.

²³⁵ ALMEIDA COSTA, *Op. Cit.*, p.553. O Autor considera ser a responsabilidade civil “um problema de justiça individual (...), ao passo que a segurança social se baseia em considerações de justiça colectiva”.

inexequível atentar-se na prevenção como fundamento do instituto que prossegue o bem-estar social.

FERNANDO DE TRAZEGNIES²³⁶ entende que o pensamento utilitarista não é o padrão psicológico de comportamento na sociedade.

Finaliza SINDE MONTEIRO²³⁷ que as propostas da AED de fundamentar o instituto da responsabilidade civil na prevenção se esgotam no momento da elaboração das leis, não tendo relevância para a decisão do caso em concreto. Considera a AED uma ciência auxiliar do direito mas não uma ciência do direito. Por fim, entende que prevenção enquanto finalidade encontra-se afastada pelos objetivos da interpretação das regras jurídicas.

CARNEIRO DA FRADA²³⁸ entende que mesmo nas situações em que o resultado da análise económica seja coincidente com os observados pela interpretação jurídica tradicional questionar-se-ia sempre a sujeição do jurídico ao económico, não sendo a eficiência económica a decidir a juridicidade.

A segurabilidade das atividades de risco pode ser aduzida enquanto fator desfavorável à capacidade preventiva do instituto, comprometendo a dispersão do custo dos acidentes, visto que o responsável não coincide com o lesante. Porém, não consideramos este argumento totalmente procedente, a existência de seguros obrigatórios não transfere, por si só, os riscos para uma entidade terceira, dependendo esta do pagamento do prémio, a seu incumprimento implica a desresponsabilização da seguradora. Acresce que, nem todos os riscos são asseguráveis. De qualquer modo, existirá sempre um incentivo para a precaução, pois o aumento exponencial do risco refletir-se-ia no prémio a pagar apurado pelas fórmulas atuariais. Os objetivos do instituto passam também pela redução destes custos (secundários).

²³⁶ FERNANDO DE TRAZEGNIES, La Responsabilidad Extracontractual, tomo I, Santa Fé de Bogotá, Editorial Temis, 1999, p.45.

²³⁷ SINDE MONTEIRO, Análise Económica do Direito, Separata do vol. LVII 1981 do BFDC, p.7.

²³⁸ CARNEIRO DA FRADA, Teoria da confiança e responsabilidade civil, Coimbra, Almedina, 2004, p.453, nota 465. Acrescenta o autor que “razões de eficácia económica podem intervir na elaboração de regras, mas não na interpretação das regras de direito comum...”.

7. Responsabilidade no Direito do Consumo

7.1. Responsabilidade civil do produtor

Neste ponto procuramos contemplar o papel da prevenção no direito do consumo e de que forma se efetiva este objetivo.

O direito do consumo demonstra uma especial apetência protetora dos interesses dos consumidores. A lei de defesa do consumidor (LDC) – Lei nº24/96, de 31 de Julho (na redação atual) – demonstrou uma capacidade protetora dos consumidores no que concerne aos danos patrimoniais e não patrimoniais provocados pelos profissionais. Desta forma, o art.3º, al. f) consagra explicitamente o direito “à *prevenção* e à reparação dos danos patrimoniais ou não patrimoniais que resultem da ofensa de interesses ou direitos individuais homogêneos, coletivos ou difusos” (itálico nosso)²³⁹. Neste âmbito concretizou-se a necessidade de o direito civil adotar uma postura mais avançada, reconhecendo a prevenção dos danos enquanto direito dos consumidores. É de realçar, que a desigualdade de posições das partes num contrato de consumo é muito acentuada. Ou seja, a componente meramente ressarcitória do instituto manifesta-se desadequada face aos objetivos que o direito deve prosseguir: a criação de consensos sociais.

7.1.1. A solução vigente

Uma das matérias nas quais a responsabilidade objetiva rapidamente floresceu foi em sede de responsabilidade civil do produtor. Pragmaticamente, como observámos, para efeitos de prova esta encontra-se muito facilitada. Mais do que fazermos uma análise indelével do tema, procuramos neste ponto expor alguns dos fundamentos subjacentes a esta solução legal.

Os contratos de consumo assumem um papel preponderante no quotidiano de cada um, todavia, os valores movimentados são, usualmente, de menor relevância. Porém, as custas associadas aos processos judiciais revelam-se frequentemente um

²³⁹ Sobre tutela de interesses difusos ver infra ponto 9.

obstáculo para os consumidores. Certamente que empiricamente todos nos recordamos de alguma experiência em que sofremos um determinado prejuízo, por via de incumprimento contratual do profissional: por exemplo a aquisição de um bem desconforme. Todavia, quando observado o valor do bem desiste-se da luta pelo direito, o que se deve a posturas de resignação, já que o tempo despendido para reconhecimento do nosso direito ultrapassaria o benefício, ou seja, o custo de oportunidade do ponto de vista microeconómico seria superior.

A pensar nestas situações, o direito do consumo aposta declaradamente na prevenção dos danos. O elemento literal não é inocente, traz-nos a prevenção como fio condutor em matéria de danos. Mais importante do que reparar pretende-se prevenir a ocorrência dos danos.

Realçamos, ainda no mesmo diploma legal, o art.5º (Direito à proteção da saúde e da segurança física), em que o destaque vai para o nº1, determinando a proibição de colocação em circulação “de bens ou a prestação de serviços que, em condições de uso normal ou previsível, incluindo a duração, impliquem riscos incompatíveis com a sua utilização, não aceitáveis de acordo com um nível elevado de proteção da saúde e da segurança física das pessoas”. É evidente neste preceito a intenção protetora dos interesses dos consumidores. A ideia de risco está bem vincada nesta formulação. Efetivamente, risco zero é uma utopia, porém estes devem circunscrever-se aos inerentes às características do bem em concreto. A remissão explícita para “nível elevado de proteção” espelha um grau de exigibilidade rigoroso, com a conseqüente imposição de exigentes deveres para os fornecedores de bens ou prestadores de serviços no âmbito do direito do consumo. Do ponto de vista da responsabilidade civil, este elevado nível de exigência torna a prevenção uma realidade relevante em sede de direito do consumo.

Entendemos que este ramo do direito demarca-se de muitos outros, residindo como principal fundamento da responsabilidade civil a prevenção dos danos, indo muito além da componente reparadora.

Esta matéria é regulada através de um regime especial de responsabilidade civil, cuja principal influência advém da Diretiva 85/374/CEE de 25 de Julho. O DL nº383/89, de 6 de Novembro (na redação atual) – Responsabilidade decorrente de produtos defeituosos – denominada na gíria “Responsabilidade do produtor”,

contempla no seu art.1º²⁴⁰ a responsabilidade objetiva do produtor. Abdica-se da culpa para a responsabilização do produtor pelos danos causados decorrentes dos produtos colocados em circulação. Como tivemos oportunidade de demonstrar, do ponto de vista preventivo a responsabilidade objetiva tem revelado uma maior capacidade de lidar com os desafios encabeçados pelos múltiplos riscos inerentes à sociedade contemporânea. Adotou-se a responsabilidade objetiva enquanto instrumento apto para a prevenção dos danos e ainda para a modelação de comportamentos por parte dos agentes económicos.

Este regime especial demonstra uma peculiar preocupação pela salvaguarda do direito de indemnização do lesado. Além da imputação objetiva facilitar muito em matéria de prova os esforços despendidos pelo lesado, o ordenamento jurídico envia uma clara mensagem aos produtores quanto à necessidade de fabricarem produtos com qualidade de modo a não provocarem lesões.

O art.6º prevê a possibilidade de o lesado se dirigir a uma pluralidade de responsáveis para ser ressarcido dos seus danos²⁴¹. Consideramos interessante o estudo de FERNANDO SIMÕES²⁴² onde faz uma abordagem exaustiva sobre o conceito de produtor para efeitos da presente lei. Destacamos a importância do conceito de produtor aparente empregue em sede de responsabilidade pelos produtos. Desta forma, além do produtor real, isto é, o fabricante do produto, existe também o conceito de produtor aparente: este encontra-se numa posição mais abaixo da cadeia produtiva, sendo definido como alguém que apresenta no produto o “seu nome, marca ou qualquer sinal distintivo”. O art.2º/2 alarga o conceito de produtor para importadores na UE, sendo alguém que “importe do exterior (da EU) produtos para venda, aluguer, locação financeira ou outra qualquer forma de distribuição”, e ainda ao fornecedor de produto anónimo (“qualquer fornecedor de produto cujo produtor comunitário ou importador não esteja identificado”²⁴³), ou seja, ao denominado produtor presumido.

²⁴⁰ Artigo 1.º Responsabilidade objetiva do produtor

O produtor é responsável, independentemente de culpa, pelos danos causados por defeitos dos produtos que põe em circulação.

²⁴¹ FERNANDO SIMÕES, Responsabilidade do distribuidor e responsabilidade por produtos, Coimbra, Almedina, 2009, p.386.

²⁴² *Ibidem*, p.385.

²⁴³ Considerando 4º da Diretiva.

O presente autor²⁴⁴ entende que o critério de escolha do demandado se baseia em critérios de subsidiariedade quanto ao fornecedor, não de solidariedade, relevando esta nas relações internas entre os agentes. De acordo com este entendimento, o lesado não pode interpelar o fornecedor, tendo de respeitar a sequência exposta no elemento literal da Diretiva, tendo sido concedido tratamento diferente ao fornecedor do produto. O autor afasta a solução prevista no regime de vendas de bens de consumo, art.6º/1 do DL 67/2003, de 8 de abril, de acordo com o qual, o consumidor pode interpelar tanto o fornecedor como o produtor para ver satisfeito o seu direito.

Reiteramos que em sede de responsabilidade, o produtor aparente e presumido como vimos têm o mesmo tratamento do produtor real, pelo que podem ser interpelados pelo lesado. Portanto, a proteção do lesado é ampliada por força da chamada destes “produtores” para efeitos de responsabilização²⁴⁵.

Como notámos, a culpa do produtor é afastada da discussão por força da existência de responsabilidade objetiva. As nossas maiores dúvidas levantam-se no art.4º da Diretiva, exigindo ao lesado a prova “do dano, do defeito e do nexo de causalidade entre o defeito e o dano”. Algumas considerações devem ser tecidas quanto às questões da prova, visto que a aplicação deste preceito sem a devida atenção poderia conduzir ao esvaziamento de conteúdo útil deste regime especial. Portanto, entendemos que a exigência de prova do defeito ao lesado deve ser observada com os especiais contornos do regime vigente.

A jurisprudência tem demonstrado capacidade para solucionar o problema. Enfatizamos o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 09 de setembro de 2010²⁴⁶. Inexistindo uma presunção²⁴⁷ de defeito dos produtos o lesado tem de provar o defeito do produto. A lei prevê o conceito de produto defeituoso no art.4º/1²⁴⁸, caracterizado pelas situações em que “não oferece a segurança com que legitimamente se pode contar”. O preceito demonstra-se consonante com a definição do art.6º/1 da

²⁴⁴ FERNANDO SIMÕES, *Op. Cit.*, p.387.

²⁴⁵ *Ibidem*, p.389.

²⁴⁶ STJ, de 09-09-2010, proc. nº 63/10.OYFLSB (SERRA BAPTISTA).

²⁴⁷ O mesmo já não acontece em sede de venda de bens de consumo para efeitos de garantia legal.

²⁴⁸ Redação do art.4º/1 – “Um produto é defeituoso quando não oferece a segurança com que legitimamente se pode contar, tendo em atenção todas as circunstâncias, designadamente a sua apresentação, a utilização que dele razoavelmente possa ser feita e o momento da sua entrada em circulação.”

Diretiva. Neste âmbito, FERNANDO SIMÕES²⁴⁹ elucida-nos que o conceito de produto perigoso é um conceito fáctico, enquanto o conceito de produto defeituoso é normativo, rematando subsumir-se a esta categoria o produto “que não oferece segurança que o público razoavelmente poderia esperar”.

O douto acórdão faz uma interessante articulação do modo como a prova sobre os defeitos do produto deve ser feita, atendendo-se ao regime legal vigente. Como é notória na última parte do art.4º/1 do DL, o momento relevante para aferição do defeito do bem é o da “entrada (do produto) em circulação”²⁵⁰ e não o da ocorrência do dano. Devemos considerar pertinente o argumento de CALVÃO DA SILVA²⁵¹ de que por força da produção em massa o controlo de qualidade dos produtos, por razões económicas, é feito por amostragem; ora, obviamente que este método é falível, tendo inerente a probabilidade de colocação em circulação de produtos defeituosos. Esta linha argumentativa tem reflexo na prova a fazer do defeito. Desta forma, a doutrina de CALVÃO DA SILVA²⁵² e CONDE RODRIGUES²⁵³ é seguida no presente acórdão, considerando-se que o lesado precisa apenas de demonstrar o defeito, isto é, a falta de segurança esperada no momento do acidente. Não tem de demonstrar a existência “do defeito no domínio da organização e risco do produtor no momento em que o produto foi por este posto em circulação”²⁵⁴. A existência desse defeito é presumida pela lei no art. 5º, al. b) do presente DL, a responsabilidade do produtor é excluída se o produtor provar que “ (...) se pode razoavelmente admitir a inexistência do defeito no momento da entrada do produto em circulação”. Este preceito confirma a presunção de defeito na cadeia de produção e no momento em que se coloca o bem em circulação.

É imperativa uma leitura do regime à luz dos fins para os quais este foi concebido. O cerne da discussão é a segurança do produto, aquela que se pode legitimamente esperar do produto, sendo o destinatário das expectativas o público em

²⁴⁹ FERNANDO SIMÕES, *Op. Cit.*, p.395

²⁵⁰ CALVÃO DA SILVA, *Responsabilidade Civil do Produtor*, Coimbra, Almedina, 1990, p.644.

²⁵¹ *Ibidem*, p. 519 e 658.

²⁵² *Ibidem*, p. 721.

²⁵³ CONDE RODRIGUES, *A responsabilidade civil do produtor face a terceiros*, Lisboa, AAFDL, 1990, p.121.

²⁵⁴ STJ, de 09-09-2010, proc. nº 63/10.0YFLSB (SERRA BAPTISTA).

geral e não apenas o lesado²⁵⁵. FERNANDO SIMÕES²⁵⁶ conclui que a “expectativa de segurança do lesado deve ser observada de um ponto de vista objetivo e impessoal”.

Entendemos não existirem dúvidas quanto à necessidade de o lesado provar o nexo de causalidade entre o defeito e o dano. Esta matéria rege-se, nos termos gerais do art.563º, pela teoria da causalidade adequada.

7.1.2. Análise Económica da Responsabilidade do Produtor

Regressando ao escopo preventivo da responsabilidade civil do produtor, do ponto de vista da AED a formulação da imputação por via objetiva tem inerentes incentivos à dissuasão dos acidentes. A responsabilização do agente pelos danos decorrentes dos seus produtos revela-se consonante com os objetivos preventivos, isto porque os danos são imputados ao responsável, sendo estes integrados no custo de produção dos bens. A ideia de imputação das externalidades negativas ao causador das mesmas demonstra-se necessária em sede de direito do consumo²⁵⁷. Do ponto de vista microeconómico a não imputação dos danos traduzir-se-ia numa oferta de produtos a preços mais reduzidos, o que proporcionaria a produção de unidades indesejáveis ao ponto de equilíbrio socialmente desejado, bem como a ocorrência de mais eventos danosos²⁵⁸.

Em sede de responsabilidade civil do produtor, entende-se a necessidade de se criarem regras de responsabilidade eficientes. A ideia principal a reter é a de que os consumidores pagam pela responsabilidade civil do produtor, visto que o custo final dos bens terá intrínseco o valor das despesas em indemnizações por parte dos produtores. Naturalmente, os consumidores também colhem benefícios da responsabilidade do produtor²⁵⁹, devendo optar-se por soluções que maximizem esses benefícios.

À luz da racionalidade económica dos agentes, um consumidor apenas adquire um bem se a utilidade deste exceder o seu custo total, englobando este valor o custo

²⁵⁵ FERNANDO SIMÕES, *Op. Cit.*, p.392.

²⁵⁶ *Ibidem*, p.395.

²⁵⁷ DIOGO MENDONÇA, “Breve Estudo sobre a Análise Económica da Responsabilidade Civil no Direito do Consumidor”, Sociedade de Risco e Direito Privado, São Paulo, Editora Atlas, 2013, p.71.

²⁵⁸ *Ibidem*, p.71.

²⁵⁹ *Ibidem*, p.72.

do bem e o valor das perdas esperadas por danos do produto²⁶⁰. É impossível o conhecimento exato dos riscos associados a um determinado bem de consumo, pelo que o consumidor escolhe geralmente sem conseguir ponderar muito bem os potenciais riscos. A opção pela responsabilidade objetiva tem bastante utilidade nestas situações, isto porque o consumidor não necessita de averiguar o risco²⁶¹ de dano dos produtos. Através da formulação objetiva o consumidor será compensado pelos danos que sofrer, pelo que os preços têm de refletir o custo do risco²⁶². É interessante trazeremos o ensinamento de CALVÃO DA SILVA²⁶³ segundo o qual o fundamento da responsabilidade objetiva do produtor é a dispersão do risco de dano pela sociedade. Distribui-se por esta via o risco dos danos protegendo-se “igualmente os lesados e os afortunados”.

Um outro argumento favorável à implementação da responsabilidade objetiva do produtor deriva da formulação de CALABRESI²⁶⁴. De acordo com a AED os beneficiários do desenvolvimento da atividade de risco (produção de bens de consumo) não se confinam aos produtores, abarcam também os distribuidores e os próprios consumidores. Uma vez que o benefício se encontra distribuído pela sociedade, o correspondente peso do dano também deve estar repartido da mesma forma.

Nesta senda, o dano deve imputar-se ao agente que em melhor posição se encontraria para evitá-lo da forma mais económica (*cheapest or easiest cost avoider*) ou que dispunha dos meios aptos para de evitar o dano ou minimizar a sua dimensão (*best cost avoider*). Ou seja, responde pelo dano aquele que pode reduzir o seu custo da forma mais económica (a longo prazo), realizando as alterações necessárias para tal, evitando as transações desnecessárias. Se o volume de transações de um determinado bem está acima do ponto socialmente desejável, significa que estão a ser produzidas unidades em excesso de um determinado bem²⁶⁵.

A opção pela imputação dos agentes que em melhor posição se encontram para evitar de forma mais fácil ou barata os danos não se prende com o facto de estes

²⁶⁰ *Ibidem*, p.72.

²⁶¹ Com os inerentes custos em segurança e indemnizações que o produtor tem de suportar.

²⁶² DIOGO MENDONÇA, *Op. Cit.*, p. 73.

²⁶³ CALVÃO DA SILVA, *Responsabilidade...*, *Cit.*, p.498.

²⁶⁴ CALABRESI, *El Coste...*, *Cit.*, p.334.

²⁶⁵ *Ibidem*, p.66 e 148.

serem, em princípio, as partes economicamente mais fortes (*deep pocket*). Economicamente, o produtor é quem melhor pode fracionar os danos, podendo fazê-lo por duas vias: ou recorrendo ao seguro que abranja o risco decorrente dos produtos fabricados, ou transferindo os danos para os adquirentes dos seus produtos através da imputação no preço a pagar pelos produtos. Portanto, a averiguação do agente capaz de evitar os danos de forma mais económica é também a busca da atividade que pode mais facilmente encontrar soluções em alternativa que ofereçam uma maior segurança, seja através da sua redução ou da alteração nos métodos empregues que conduzam à redução dos custos primários dos acidentes²⁶⁶.

A responsabilidade objetiva do produtor viabiliza a distribuição dos custos dos danos pela sociedade. Segundo CALABRESI, reside neste tópico o fundamento para a inviabilidade de oposição de quaisquer cláusulas de exclusão ou limitação da responsabilidade, pois de outra forma dificultar-se-ia a distribuição dos danos²⁶⁷. O art.10º do DL383/89, 6 de novembro prevê expressamente a inderrogabilidade da responsabilidade do produtor, apesar de estarem inerentes as expectáveis preocupações de proteção do lesado (frequentemente é o consumidor). Do ponto de vista da tutela preventiva da responsabilidade, esta solução era necessária de modo a prosseguir-se a distribuição dos danos com a correlacionada redução do número e gravidade dos acidentes.

Consideramos pertinente tecer mais algumas considerações sobre o regime vigente. Não podemos deixar de manifestar a nossa discordância com a limitação verificada no art.9º, prevendo o limite mínimo de 500€ para a ressarcibilidade dos danos elencados no art.8º. Englobando, assim, a “morte ou lesão pessoal e danos em coisa diversa do produto defeituoso”, porém esse bem tem de se destinar a “uso ou consumo privado” para que seja protegido por este regime especial. Observam-se obstáculos à aplicação do regime, em primeiro lugar, regulando o diploma matéria de responsabilidade civil do produtor é incoerente a limitação de danos em função do uso profissional ou não do bem lesado. Acresce ainda que, o limite mínimo de danos (500€) é um verdadeiro obstáculo²⁶⁸ à responsabilização do produtor, tendo um efeito

²⁶⁶ CALABRESI, El Coste..., Cit., p.66-69.

²⁶⁷ *Ibidem*, p.69.

²⁶⁸ Em sentido favorável à limitação, JOSÉ MIGUEL JÚDICE, Uma Reflexão sobre o Direito do Consumo, Estudos de Direito do Consumidor, nº4, 2002, p.54.

adverso na internalização do custo da sua atividade. No entendimento de JORGE MORAIS CARVALHO²⁶⁹ o afastamento da responsabilidade objetiva, devido aos limites verificados, cria uma tarefa hercúlea: a prova da culpa do produtor exigida pelo art.483º CC²⁷⁰.

Parece-nos que a aplicação da cláusula geral do art.483º CC não é a solução mais adequada para o problema em apreço. Nesta matéria um maior realce deve ser concedido ao art.493º/2 CC, isto porque consideramos a produção de bens de consumo como uma atividade de risco, visto que tem “ínsita (...) uma maior probabilidade de causar dano”²⁷¹. Tal como, como afirmamos anteriormente, a produção em massa testa a qualidade dos produtos geralmente através de amostragem, pelo que é um sistema falível²⁷². Pelos meios utilizados os produtores desenvolvem uma atividade perigosa. Assim, afastando-se a responsabilidade objetiva, a culpa deve ser presumida nos termos do art.493º/2.

Não podemos deixar de manifestar a nossa maior concordância com JORGE MORAIS CARVALHO²⁷³ quando afirma o escasso recurso a este regime²⁷⁴. Apelidando-o de um verdadeiro fracasso, conclui, em tom irónico, pelo sucesso da lei na ótica dos produtores, “tendo em conta os objetivos que estiveram na base da limitação”. Do ponto de vista preventivo é necessária uma visão mais aguerrida do problema, assim parecem-nos incompreensíveis estas limitações, seria útil evitá-las. Assim, encontra-se ludibriada a internalização plena dos custos desta atividade, pelo que o escopo preventivo não consegue ser prosseguido como seria desejável.

7.2. Indemnização pela demora na portabilidade do número

Em direito do consumo observamos outra matéria que apresenta especiais características para responsabilidade civil: é a da portabilidade dos números de

²⁶⁹ JORGE MORAIS CARVALHO, Manual de Direito do Consumo, 2ª edição, Coimbra, Almedina, 2014, p.251.

²⁷⁰ Observamos a jurisprudência neste sentido. V. Ac. TRC 27-04-2004, Proc. 431/04 (MONTEIRO CASIMIRO).

²⁷¹ ALMEIDA COSTA, *Op. Cit.*, p.588.

²⁷² CALVÃO DA SILVA, Responsabilidade... *Cit.*, p. 519 e 658

²⁷³ JORGE MORAIS CARVALHO, *Op. Cit.*, p.251.

²⁷⁴ Em sentido contrário, considerando positiva a limitação do regime: JOSÉ MIGUEL JÚDICE, *Op. Cit.*, pp.52-53.

telefone. O Regulamento 114/2012, de 13 de março²⁷⁵, do ICP-ANACOM contempla indemnizações pré-fixadas pelos atrasos face aos prazos legalmente fixados. Desta forma, contempla o art.7º/7, al. c) uma indemnização de 20€ por cada dia de interrupção do serviço do número portado. A al. d) acrescenta uma indemnização de 2,5€ por cada dia de atraso na portabilidade do número.

Nos termos do art.26º/2, al.d) a indemnização máxima pela interrupção do serviço é de 5000€. A al.c) do mesmo preceito fixa uma indemnização de 100€ diários até ao limite de 5000€ para as situações de portabilidade indevida do número. O art.26º/4 concretiza as indemnizações para as situações de atraso, contando-se 2,5€ por cada dia útil de atraso. Por fim, o nº9 concretiza que este regime não afasta o apuramento da responsabilidade nos termos gerais.

Os referidos valores não dependem de qualquer condenação prévia do tribunal. É de realçar que, do ponto de vista indemnizatório não se apura o verdadeiro dano do requerente, nem tão-pouco se afasta o regime geral da responsabilidade, nem o contraordenacional. Ou seja, a lei consagra a responsabilidade civil enquanto instrumento dissuasor de atrasos no processo portabilidade. O escopo preventivo alimenta a solução: mais do que punir comportamentos das operadoras, tarefa que acreditamos ser realizada pelo regime contraordenacional, a lei pretendeu dissuadir/prevenir situações de inércia, sendo os montantes reconhecidos um incentivo ao cumprimento dos direitos dos consumidores. Apesar de ser identificável um certo carácter punitivo nesta solução, entendemos que a mesma se funda verdadeiramente na prevenção de situações de inércia das operadoras, parafraseando o tradicional provérbio: “o medo é quem guarda a vinha”.

²⁷⁵ Altera o Regulamento nº 58/2005, de 18 de agosto.

8. A reafirmação da responsabilidade civil pela prevenção

Novas exigências se colocam à responsabilidade civil, revelando-se insuficiente para a efetiva tutela dos interesses da sociedade contemporânea uma visão do instituto enquanto instrumento meramente reparador. Parece-nos saltar à vista a vertente preventiva do instituto nas situações que vamos explorar de seguida.

8.1. Indemnização por violação de direitos de propriedade intelectual

A violação de direitos de propriedade intelectual foi um dos temas que mais acendeu a discussão acerca das funções da responsabilidade civil. Desde cedo se revelou claudicante a conjugação do art.566º/2 (teoria da diferença) com o art.564º/1 (danos emergentes e lucros cessantes) para a tutela efetiva das situações de violações destes direitos²⁷⁶.

Como expusemos no presente trabalho a articulação da responsabilidade civil com o enriquecimento sem causa para resolução destas situações sempre se demonstrou insuficiente devido às limitações dos institutos convocados. A dificuldade de provar os danos por parte do lesado é outro dos fatores apontados como obstáculo à efetividade destes direitos²⁷⁷.

A ordem jurídica portuguesa tentou responder às situações de violação de direitos de propriedade intelectual através do regime geral da responsabilidade civil. Todavia, foi a Diretiva 2004/48/CE, de 9 de abril (doravante designada por Diretiva) que veio dar um novo impulso à responsabilidade civil neste âmbito. O ponto 7 do preâmbulo da Diretiva menciona expressamente a intenção de regular “o cálculo das indemnizações por perdas e danos”. A maior inovação trazida pela Diretiva consta no art.13º/1-al.a) trazendo como elemento a atender, além dos danos emergentes e dos lucros cessantes, “quaisquer lucros indevidos obtidos pelo infrator”. A ordem jurídica portuguesa acolheu esta solução no art.211º do CDADC e no art.338º-L do CPI.

²⁷⁶ ANTÓNIO GERALDES, Indemnização por Infracção aos Direitos de Propriedade Intelectual, disponível em http://www.cjlp.org/materias/indemnizacao_infraccao_direitos_propriedade_intelectual.html (consultado em 02-01-15)

²⁷⁷ PAULO KHOURI, “A Responsabilidade Civil e Outros Meios de Reação Civil à Violação da Marca no Direito Português e Brasileiro”, Direito Industrial, Coimbra, Almedina, 2005, p.498.

A visão experiente de LOPES ROCHA²⁷⁸ elucida-nos da necessidade desta solução. Em primeiro lugar, o enriquecimento sem causa revelava-se insuficiente para tutelar estes direitos, devido à dificuldade de aplicação a situação igualmente geradoras de responsabilidade civil. Antes do regime vigente, a lei e as decisões sobre o tema ignoravam o que estava subjacente. O infrator suportava como indemnização o valor de uma licença, aquela que deveria ter pago inicialmente para utilização desses direitos, pertencendo-lhe todo o lucro. O autor sintetiza que “compensava largamente a utilização ilícita”.

Outra significativa inovação é o art.14º da Diretiva, prevendo que as despesas da parte vencedora no processo sejam custeadas pela outra parte. Os arts. 211º do CDADC e 338-L do CPI²⁷⁹, no seu nº2 preveem o ressarcimento dos “encargos (...) suportados com a proteção do direito, investigação e a cessação da conduta lesiva do seu direito”. Assim, o infrator poderá ter de suportar os honorários em advogados, despesas investigação (estudo de mercado, estudo de mapas de vendas, inventários de materiais) ou a contratação de peritos. Concordamos com a solução, pois não faria sentido o lesado suportar os prejuízos decorrentes da defesa do seu direito. Através desta solução procede-se a uma reparação integral das perdas do titular do direito²⁸⁰. Entendemos existir aqui uma porta aberta para efetivação destes direitos, sendo que a prevenção dos danos ganha um novo alento através desta solução, e que há lugar ao ressarcimento também das despesas preventivas na proteção do direito.

O ponto 26 da Diretiva refere que apesar de se atenderem aos lucros indevidamente obtidos pelo infrator, não se pretende com esta solução criar indemnizações punitivas. ADELAIDE MENEZES LEITÃO²⁸¹ discorda desta afirmação, entendendo estarmos perante a introdução de “responsabilidade civil com um papel sancionador e preventivo”, visto que os montantes superam o dano, tendo assim

²⁷⁸ LOPES ROCHA, Tribunal da Propriedade Intelectual, Coimbra, Almedina, 2012, p.78.

²⁷⁹ A transposição da Diretiva pela Lei nº16/2008, de 01 de abril não é isenta de críticas por “falta de cuidado e de qualidade legislativa”. As redundâncias entre os diferentes números são evidentes. Para maiores informações ver MARIA GRAÇA TRIGO, “Responsabilidade Civil por Violação de Direito Intelectual”, *Direito e Justiça*, Lisboa, 2012, pp.543-545.

²⁸⁰ LOPES DA ROCHA, *Op. Cit.*, p.78.

²⁸¹ ADELAIDE MENEZES LEITÃO, “A tutela dos Direitos de Propriedade Intelectual na Diretiva 2004/48/CE”, in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano : no Centenário do seu nascimento, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, p.44.

inerente uma punição para o lesante. LOPES ROCHA²⁸² entende que independentemente do que a diretiva diga, a indemnização supera o valor dos danos, pelo que se toca no ponto da indemnização punitiva e na previsão de uma pena privada.

Sobre o tema, PAULO KHOURI²⁸³ entende que a responsabilidade civil meramente reparadora parte da perspectiva do lesado, pretendendo-se a restituição da situação anterior à lesão. O foco nesta matéria deve mudar-se contemplando também a perspectiva do lesante de modo a reconhecer-se ao instituto uma função punitiva. O autor acrescenta que a função punitiva se articula, isto é, está em sintonia com a função preventiva, na medida em que cria os desincentivos a violações futuras destes direitos²⁸⁴.

A solução legal vigente demarca-se claramente do regime geral da responsabilidade civil, já que o escopo preventivo desta solução é inquestionável. A jurisprudência nesta matéria sempre demonstrou uma maior abertura quanto aos fins a prosseguir pela indemnização. O Ac. TRP, de 27.01.09 (proc.6702/08-2)²⁸⁵ abraça uma tripla natureza da indemnização: ressarcitória, pretende o ressarcimento dos danos; corretiva, visa remover os benefícios ilicitamente obtidos; preventiva e dissuasora, pretende evitar no futuro comportamentos similares. Um outro acórdão elucidativo da aplicabilidade deste regime é o Ac. TRC, de 28-01-2014 (53/12.9TBTCS.C1)²⁸⁶.

No entendimento de SOUSA ANTUNES²⁸⁷, a obrigação de restituir o lucro obtido pelo infrator integra-se na obrigação de indemnizar²⁸⁸. Incluindo estes lucros na

²⁸² LOPES ROCHA, *Op. Cit.*, p.82-83.

²⁸³ KHOURI, PAULO ROQUE, *Op. Cit.*, p.503-504.

²⁸⁴ *Ibidem*, p.505. O autor entende que o efeito preventivo não se verifica para o lesado, visto já ter sofrido o dano, aplicando-se este efeito às outras pessoas que têm a “justa expectativa” de estar protegidas da ocorrência de danos injustos. Não concordamos plenamente com este argumento, isto porque a existência de normas dotadas de cariz mais coercivo têm intrínseco um efeito preventivo para todas as situações. O efeito dissuasivo de uma norma não se verifica apenas após a sua aplicação a um caso concreto. A estatuição da norma contém, por si mesma, uma advertência para os agentes. Sistemáticamente, parece-nos que o efeito preventivo da norma já se verifica antes da ocorrência da violação. Não refutamos a importância da jurisprudência como fonte de direito e a visibilidade que confere às normas. Porém, nos termos do art.6º CC o desconhecimento da lei não escusa a sua aplicação, a Ordem Jurídica parte do pressuposto que a lei é conhecida pelos cidadãos, pelo que estes devem conhecer as consequências para os seus atos. Nesta questão podemos dizer que o efeito preventivo da norma é gorado, visto não ter sido suficiente para evitar aquele dano em concreto, pois já se verificou. Porém, o escopo preventivo da norma sempre foi prosseguido mesmo antes da sua violação.

²⁸⁵ Relator Carlos Paula Moreira. O presente acórdão ainda aplica a lei anterior.

²⁸⁶ Relator Fernando Monteiro.

²⁸⁷ SOUSA ANTUNES, *Op. Cit.*, p.241-246

²⁸⁸ Concordante com esta posição encontramos MARIA DA GRAÇA TRIGO, *Op. Cit.*, p.547.

modalidade de danos não patrimoniais, por via de uma conceção mais ampla para o art.496º, entendendo existir um “dano não patrimonial relevante sempre que do sacrifício censurável de bens do lesado advém para terceiro um benefício económico”. Quanto à natureza desta restituição, considera o autor que, à semelhança do art.111º do CP, o fundamento para a perda de vantagens reside fundamentalmente “na ideia de prevenção”²⁸⁹, visto que a culpa não influi na fixação da medida²⁹⁰. Civilmente, através dos danos não patrimoniais, acrescenta o autor que o enriquecimento censurável de terceiro fere os sentimentos de justiça do lesado e da sociedade²⁹¹. Em questões de prova não será necessário demonstrar a lesão do sentimento de justiça, visto que essa lesão reside nos lucros do lesante²⁹². Através desta linha de raciocínio o autor contempla a função preventiva como fundamento da solução da restituição do lucro ilegítimo para efeitos de cálculo da indemnização.

8.2. Responsabilidade por violação de direitos de personalidade

Outra matéria destoante do regime geral da responsabilidade civil tem sido observada em questões de violação de direitos de personalidade. Os sistemas de *Common Law* têm usado a figura dos *punitive damages* para tutelar interesses tão importantes como os inerentes aos direitos de personalidade.

Devemos considerar que os direitos de personalidade têm como base a dignidade da pessoa humana²⁹³, constitucionalmente reconhecida no art.1 da CRP, não devendo ser menosprezada a sua tutela. A ordem jurídica portuguesa demonstra uma exímia intenção de proteção destes direitos: realçamos a opção pela cláusula geral do art.70º/1 do CC, ao invés de uma categorização de direitos²⁹⁴; note-se que a tutela abrange não só ofensas como também as ameaças de ofensas.

O nº2 concretiza a maior capacidade de efetivação destes direitos, pois os meios de tutela vão além da responsabilidade civil, a componente preventiva está

²⁸⁹ *Ibidem*, p.286-287.

²⁹⁰ FIGUEIREDO DIAS, *Op. Cit.*, p.635.

²⁹¹ SOUSA ANTUNES, *Op. Cit.*, p.302.

²⁹² *Ibidem*, p.305.

²⁹³ PAIS DE VASCONCELOS, *Direito de Personalidade*, Coimbra, Almedina, 2006, p.33.

²⁹⁴ *Ibidem*, p.57.

claramente patente²⁹⁵, consagrando-se a possibilidade de defesa perante situações de ameaça de modo a evitar-se a consumação do dano ou nas situações em que a ofensa já exista para se atenuarem os seus efeitos, admitindo “todas as providências adequadas às circunstâncias do caso”. Para PAIS DE VASCONCELOS releva o fim, pelo que importa realizá-lo do modo eficaz²⁹⁶.

Do ponto de vista processual, os arts.878º e 879º CPC regulam a tutela preventiva destes direitos, através de um processo mais simplificado e expedito²⁹⁷⁻²⁹⁸.

Apesar do reconhecimento expresso de outros meios de tutela para lá da responsabilidade civil, acreditamos que deve reconhecer-se à responsabilidade civil um papel mais dissuasivo/preventivo de ofensas a estes direitos. A doutrina portuguesa soube debater este tema: recordamos a opinião de MENEZES CORDEIRO²⁹⁹ quanto à necessidade de uma responsabilidade civil que retribua o mal e previna as ofensas quando estejam em causa valores atinentes à pessoa. Fazendo eco desta conceção, PAULA LOURENÇO³⁰⁰ defende igualmente a dupla vertente – punitiva e preventiva – para o instituto. Na perspetiva de PAIS DE VASCONCELOS³⁰¹ a ilicitude deve ser apreciada concretamente, ponderando-se as circunstâncias da lesão. Assim, deve agravar-se a ilicitude se a conduta tem subjacente “intuito de prejudicar, ou ganância patrimonial”.

A internet desempenha um papel primordial no nosso quotidiano, a velocidade de circulação de informação neste espaço supera tudo o que já se viu. A internet tornou-se um dos espaços preferenciais para violação de direitos de personalidade (o mesmo se verifica nos direitos de propriedade industrial). De acordo com CARNEIRO DA FRADA, potenciou-se “a exposição ao dano de múltiplos sujeitos”³⁰² agravando-se a indefensabilidade destas condutas lesivas. Reiterando a necessidade de se

²⁹⁵ CAPELO DE SOUSA, O Direito Geral de Personalidade, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p.474. O autor refere que “o velho adágio de que “mais vale prevenir do que remediar” tem pelo cabimento no domínio da tutela dos direitos de personalidade e da respectiva prevenção dos danos”.

²⁹⁶ PAIS DE VASCONCELOS, *Op. Cit.*, p.57.

²⁹⁷ *Ibidem*, p.127.

²⁹⁸ Consagra-se a figura da tutela inibitória, que se distingue da providência cautelar pelo motivo de não integrar factos dos quais resulte um perigo de dano, apenas atende ao ato potencial em si mesmo, independente de culpa do réu. A ação cautelar previne o perigo de dano, “a ação inibitória é uma ação preventiva do perigo de ilícito”. V. RUI PINTO, Notas as Código de Processo Civil, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, anotação ao art.878º, p.689.

²⁹⁹ MENEZES CORDEIRO, Da Responsabilidade..., *Cit.*, p.481.

³⁰⁰ PAULA LOURENÇO, *Op. Cit.*, p.384-385.

³⁰¹ PAIS DE VASCONCELOS, *Op. Cit.*, p.138.

³⁰² CARNEIRO DA FRADA, “Vinho novo em odres velhos?”, *ROA*, ano 59, nº2 Abril 1999, p.686.

concretizarem os “deveres de agir”, alertando para a necessidade de “positivação” desses deveres de modo a facilitar o seu conhecimento por parte de todos. Concluindo, pela necessidade de se reforçar a função preventiva da responsabilidade civil³⁰³.

As violações dos direitos de personalidade são, em muitos casos, movidas por um intuito meramente lucrativo por parte da imprensa. Ficaram particularmente conhecidos na Alemanha os casos que envolveram a Princesa Carolina do Mónaco³⁰⁴⁻³⁰⁵: face aos diversos ataques à sua vida privada, a jurisprudência alemã optou por adotar uma postura mais dura para com os infratores. Sendo o propulsor desta conduta o lucro da imprensa, decidiu-se “cortar o mal pela raiz”, isto é, conceder o montante das receitas à lesada. Uma solução com esta natureza poderá levantar dúvidas a visões mais ortodoxas para o instituto da responsabilidade civil. Os tribunais alemães superaram o valor do lucro económico gerado pela mercantilização dos direitos de personalidade da demandante, fundando a solução em objetivos de prevenção destas condutas³⁰⁶. A doutrina portuguesa não deixou de estar atenta a estas decisões. Existindo divisão de opiniões, por um lado existe uma saudação³⁰⁷ à solução empregue, por outro lado, relutância em aceitar-se a convocação da responsabilidade civil para resolução destes problemas³⁰⁸, reiterando-se a conhecida solução de conjugação da responsabilidade civil com o enriquecimento sem causa. Mesmo que se aceitasse esta solução, a inviabilidade da mesma é evidente: do ponto de vista probatório apurar o enriquecimento à custa do lesado seria uma tarefa impossível. Considerar-se o enriquecimento a poupança na obtenção de determinada

³⁰³ *Ibidem*, p.687.

³⁰⁴ LUÍS VASCONCELOS ABREU, “A violação de direitos de personalidade pela comunicação social e as funções da responsabilidade civil. Recentes desenvolvimentos. Uma breve comparação Luso-Alemã”, in Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço, Coimbra, Almedina, 2002, p.458-461. O autor faz o levantamento das várias decisões.

³⁰⁵ PAULA LOURENÇO, *Op. Cit.*, p.123-125, PAIS DE VASCONCELOS, *Op. Cit.*, p.148-149, SOUSA ANTUNES, *Op. Cit.*, p.254.

³⁰⁶ LUÍS VASCONCELOS ABREU, *Op. Cit.*, p.161.

³⁰⁷ PAULA LOURENÇO, *Op. Cit.*, p.387.

³⁰⁸ PAIS DE VASCONCELOS, *Op. Cit.*, p.150-151. O autor entende que o problema é solucionável pelo enriquecimento por intervenção. Reiteramos a nossa posição, apresentada em II ponto 1.3, que traça a insuficiência deste instituto para estas situações. Nesta senda, entende o autor que o valor a pagar deve ser o valor a ser pago pela imagem. Ora, este raciocínio está viciado, pois conduz a uma mercantilização de direitos cujo seu titular tem toda a legitimidade em não ceder. Mais do que a imagem por si só, nestas situações move-se o ímpeto lucrativo e a distorção dos factos noticiados. O direito não pode gerar soluções meramente formalistas, esquecendo-se que lida com práticas reiteradas e cuja base é uma situação ilícita: a violação de um direito de personalidade.

foto ou entrevista seria colocarmos o ilícito à frente do lícito, pois o facto precedente viciado seria absorvido na licitude dos negócios jurídicos. Mais importante do ponto de vista do enriquecimento seria o número de exemplares vendidos em função daquele artigo específico. Não restam dúvidas: este elemento é impossível de apurar e provar. Esta solução parece-nos merecer a nossa discordância devido à insuficiência que representa.

Não podemos deixar de concordar com a opinião de que uma solução que leve em conta toda a receita obtida pelo interventor extrapola a esfera de atuação da responsabilidade civil, visto que não se atende apenas ao lucro, impondo-se também um verdadeiro custo ao infrator³⁰⁹. A inclusão do lucro ilegitimamente obtido, como tivemos oportunidade de evidenciar, do ponto de vista lógico-interpretativo poderá circunscrever-se no âmbito da responsabilidade civil. Todavia, acreditamos que do ponto de vista preventivo em sentido estrito deve atender-se apenas ao lucro económico; integrar os montantes da receita no quantum indemnizatório, ainda que demonstre capacidade dissuasiva, tem subjacente impulsos punitivos.

A solução passaria pelo apuramento do lucro gerado pelo artigo, isto é, às receitas seriam subtraídos os valores das despesas na publicação e comercialização do artigo. Não se ignorando a possibilidade de o interventor provar a existência de vendas que nada se relacionam com a emissão do artigo, como por exemplo subscritores anuais da revista ou jornal.

Esta matéria foi expressamente regulada no direito espanhol através da Lei Orgânica 1/1982, de 5 de mayo. O art.9º/2, al. d) contempla expressamente a atribuição ao lesado do lucro obtido com a intromissão ilegítima.

A jurisprudência³¹⁰ portuguesa não tem sido indiferente às situações de violação de direitos de personalidade com o móbil lucrativo subjacente. Neste sentido, considera-se que a fixação da indemnização de danos não patrimoniais faz-se em função da equidade, atendendo às circunstâncias do caso sendo ponderados os potenciais lucros obtidos pelo lesante.

Um argumento adicional a favor da legitimação da inclusão do lucro na indemnização por força do escopo preventivo da responsabilidade civil encontra-se no

³⁰⁹ PAULA LOURENÇO, *Op. Cit.*, p.406.

³¹⁰ STJ 10-07-2008, Proc. 08A1824 (MÁRIO CRUZ);

elemento sistemático da art.70ºCC e 878ºCPC, uma vez que a figura da tutela inibitória está especialmente vocacionada para a prevenção. A efetiva tutela dos direitos de personalidade faz-se pela prevenção dos danos com a componente dissuasiva de prática futuras através do atendimento ao lucro obtido pelo infrator. Entendemos que a tutela punitiva, apesar dos obstáculos representados pelo princípio da oportunidade, deve ser entregue ao direito penal e de mera Ordenação Social. Pelo argumento sistemático, nota-se que a tutela dos direitos de personalidade está balanceada, além do evidente ressarcimento, para a prevenção dos danos, beneficiando de uma articulação com uma forma mais expedita de processo que procura evitar a ocorrência do dano.

8.3. Responsabilidade ambiental

O direito do ambiente é caracterizado pela confluência do direito público e do direito privado, sendo um dos seus princípios estruturantes o da prevenção³¹¹. Razão pela qual a responsabilidade civil ganha contornos próprios.

Devemos ter em consideração que o ambiente lida sobretudo com interesses difusos³¹², caracterizados pela sua transindividualidade, indivisibilidade e indeterminabilidade dos titulares³¹³. Ou seja, estamos perante direitos que superam os limites do direito individual, isto é os interesses em causa “abstraem-se dos interesses subjetivos dos seus titulares enquanto núcleo irradiador de direitos e obrigações”³¹⁴. Estes interesses são indivisíveis na medida em que deve preservar-se a sua “integridade e unidade essencial”, apresentando-se como um interesse comum a um grupo de pessoas³¹⁵.

³¹¹ Outro princípio relevante é o da precaução, sendo prévio ao da prevenção, na medida em que legitima a adoção de medidas mesmo nas situações em que não existam dados científicos comprovativos da potencialidade dos riscos para o ambiente. Concede-se o benefício da dúvida a favor do ambiente. Cf. MARIA ARAGÃO, “O princípio do Poluidor Pagador”, *BFDC*, Coimbra, Coimbra Editora, 1997, p.69.

³¹² Sobre tutela de interesses difusos ver infra ponto 9.

³¹³ CARLOS MEDEIROS, “Tutela (Civil) dos Interesses Difusos”, *Revista Jurídica da Universidade Portuguesa Infante D. Henrique*, Porto, nº4 Março, 2000, p.30.

³¹⁴ *Ibidem*, p.31.

³¹⁵ *Ibidem*, p.31.

A dificuldade/impossibilidade de reparação dos danos ambientais é uma realidade insofismável. Desta forma, a prevenção exige mais do que medidas reparatórias, assentando no impedimento dos danos.

O modelo tradicional está concebido para a proteção de direitos individuais, não prosseguindo assim a efetiva proteção do ambiente³¹⁶. O art.52º/3-al.a) CRP consagra expressamente a compensabilidade dos danos ambientais, sendo concedido a todos os cidadãos o direito de “promover a prevenção” dos mesmos. O reconhecimento da prevenção para o direito privado decorre da inerente derivação das regras a partir dos Direitos Fundamentais³¹⁷⁻³¹⁸.

São preteridos os pressupostos da clássica responsabilidade assente na ilicitude e na culpa³¹⁹. Nesta construção, a ideia-chave é a de risco ambiental, sendo ponderados os custos sociais da utilização do ambiente, bem como os benefícios retirados pelo desenvolvimento da atividade e procura-se alcançar um nível de poluição que corresponda à maximização do bem-estar social³²⁰. A imputação dos danos ambientais ao seu causador permite a internalização dos custos sociais da utilização do ambiente. A responsabilização pela utilização do ambiente traduz-se num verdadeiro incentivo à adoção de condutas que evitem o dano³²¹.

O DL 147/2008, de 29 de julho (os artigos citados doravante pertencem a este diploma), concretiza a responsabilidade ambiental transpondo a Diretiva 2004/35/CE, de 21 de abril³²². É interessante observarmos que a exposição de motivos do diploma veio atender expressamente à importância da AED nesta matéria, dotando os particulares de direitos indemnizatórios, visto que estes têm muitas vezes um contacto mais próximo com o estado de conservação e riscos para o ambiente do que as

³¹⁶ JOSÉ SENDIM, *Responsabilidade Civil por Danos Ecológicos*, Coimbra, Coimbra Editora, 1998, p.44.

³¹⁷ Elucidativa desta visão do problema, encontramos o Acórdão do STJ 02-07-96 (CARDONA FERREIRA). Reiterando-se a ideia de que “a lei fundamental impõe, aos cidadãos, o dever de defenderem o ambiente”.

³¹⁸ MENEZES CORDEIRO, “Anotação ao acórdão de 2 de julho de 1996”, *ROA*, ano 56, nº2 Agosto 1996, p.684. Considera o autor que “o envolvimento do direito privado acentua duas importantes vertentes: a derivação jurídico-privada de regras, a partir dos Direitos Fundamentais e o reconhecimento do princípio da prevenção”.

³¹⁹ MENEZES CORDEIRO, *Tutela do Ambiente e Direito Civil, Direito do Ambiente*, Lisboa, Instituto Nacional de Administração, 1994, p.381. (para confirmar depois).

³²⁰ JOSÉ SENDIM, *Op. Cit.*, p.45.

³²¹ *Ibidem*, p.49-50.

³²² O art.8º/1 da Diretiva consagra a imputação das despesas na prevenção do dano ao operador.

entidades administrativas, investe-se o cidadão no papel de zelador do ambiente. Mencionam-se, ainda, vantagens de redução das despesas administrativas³²³.

Os arts.7º e 12º/1 consagram a responsabilidade objetiva para os danos ocorridos no desenvolvimento de quaisquer atividades elencadas no anexo III do diploma³²⁴. Em geral, trata-se de atividades cuja conexão de perigo e risco para os interesses ambientalmente tutelados se faz sentir de forma especial³²⁵. Neste âmbito, verifica-se que não é só o dano consumado que releva, salienta-se o conceito de ameaças iminentes, traduzindo-se estas pela “probabilidade suficiente da ocorrência de um dano ambiental, num futuro próximo” (art.11º/1-al.b)). O escopo preventivo da responsabilidade exige a quem desenvolve estas atividades a adoção de medidas de prevenção, sendo estas “quaisquer medidas adotadas em resposta a um acontecimento, ato ou omissão que tenha causado uma ameaça iminente de danos ambientais, destinadas a prevenir ou minimizar ao máximo esses danos” (art.11º/1-al.m)).

Em função da solução vigente parece-nos que fica aberta a possibilidade de a responsabilidade atuar *ex ante*, isto é, o instituto é usado para modelar comportamentos, dissuadir condutas que lesem o ambiente.

Os arts.8º e 13º/1 preveem responsabilidade aquiliana para os danos decorrentes de atividades não elencadas no anexo III.

Através desta solução, a ordem jurídica envia uma clara mensagem de necessidade de adoção de condutas especialmente precavidas para os operadores das atividades elencadas como perigosas. Esta solução traz as vantagens de previsibilidade e determinação dos destinatários. Porém, no contexto de dinamismo que a técnica e tecnologia trazem, este diploma facilmente se torna obsoleto e de aplicação limitada. A influência do direito europeu é clara, todavia acreditamos que a solução defendida pela LBA revogada era mais maleável. Parece-nos que deveria ter adicionado, além destas situações, uma solução próxima do art.493º/2 do CC, prevendo-se responsabilidade objetiva para atividades perigosas pela sua natureza ou dos meios empregues.

³²³ Custos terciários pela doutrina de Calabresi.

³²⁴ A lista é muito extensa, pelo que está fora deste trabalho explorar esta componente.

³²⁵ A anterior Lei de Bases do Ambiente (Lei 11/87, de 07 de abril) no art.41º/1 previa responsabilidade objetiva para “ação especialmente perigosa”.

A componente preventiva da responsabilidade é também vinculada no art.5º (nexo de causalidade) que traz, além do juízo de probabilidade, a consideração do “grau de risco e de perigo e a normalidade da ação lesiva, (...) e o cumprimento, ou não, de deveres de proteção.”. Sendo este direito vocacionado para a prevenção, salta à vista a importância que os deveres de proteção assumem na cadeia de imputação.

Este regime³²⁶ explicita claramente a necessidade de se prevenirem os danos, quer impondo deveres de proteção dos interesses juridicamente protegidos, quer enviando mensagens indiretas de condutas, abdicando da culpa e das dificuldades que esta representaria para os lesados na sua prova. Acresce ainda a dificuldade de ressarcimento dos danos, pois a destruição do ambiente tem frequentemente consequências irreversíveis. A mensagem é clara: mais do que remedir exige-se a prevenção.

³²⁶ Referimo-nos ao regime consagrado para as atividades elencadas no anexo III a que fizemos referência.

9. A ação popular no direito português

A tutela dos interesses difusos através da ação popular demonstra que o direito privado não se limita na oposição de duas partes. Trata-se de interesses que “pertencem a todos e a ninguém”³²⁷, ou seja, os bens jurídicos em causa são de todos os indivíduos, porém não são da exclusividade de nenhum sujeito. Segundo o art.53º CRP, o art.31º do CPC e o art.2º da LPPAP³²⁸ concede-se legitimidade para ações que visem “defesa da saúde pública, do ambiente, da qualidade de vida, do património cultural e do domínio público, bem como à proteção do consumo de bens e serviços”³²⁹ a quaisquer cidadãos, associações e fundações defensoras dos interesses em causa, às autarquias e ao Ministério Público.

A defesa dos interesses difusos resulta da sociedade de risco, pois os mecanismos tradicionais dificilmente conseguem tutelar estes interesses³³⁰.

A tutela coletiva implica uma redução de custos para o sistema jurisdicional, visto que evita-se a multiplicação dos custos de ações individuais³³¹ com repetição e apreciação dos factos e provas de forma individualizada.

As ações coletivas tutelam interesses que pela sua reduzida dimensão individual dificilmente chegariam a ser apreciados em ações individuais³³². A ação tutela não só o interesse, como as consequências da sua violação³³³⁻³³⁴. Verificam-se vantagens do ponto de vista preventivo quanto a futuras violações dos interesses em causa, visto que uma ação popular com finalidade reparatória traz um benefício para o grupo de lesados através da indemnização, bem como para a sociedade pelo aumento do reforço da prevenção de violações futuras³³⁵. Assim, os potenciais lesantes destes interesses terão incentivos para evitar a sua violação³³⁶⁻³³⁷.

³²⁷ TEIXEIRA DE SOUSA, A legitimidade Popular na Tutela dos Interesses Difusos, Lisboa, Lex, 2003, p.23.

³²⁸ Lei nº83/95, de 31 de agosto (na redação atual).

³²⁹ Entendemos estes interesses não serem taxativos, visto fazer-se uso da expressão “designadamente”.

³³⁰ *Ibidem*, p.40.

³³¹ *Ibidem*, p.91.

³³² THAÍS VENTURI, A Construção da Responsabilidade Civil Preventiva no Direito Civil Contemporâneo, Curitiba, 2012, p.85

³³³ Arts. 22º e 23º LPPAP.

³³⁴ *Ibidem*, p.119.

³³⁵ TEIXEIRA DE SOUSA, *Op. Cit.*, p.92.

³³⁶ *Ibidem*, p.93.

Um outro afloramento do escopo preventivo reside na medida da indemnização, pois “impõe-se a quantificação pelos ganhos obtidos pelo lesante”. Porém, o “demandado não é prejudicado pela falta de apreciação individualizada do nexo de causalidade e do dano”, visto que nunca será colocado em pior situação que aquela em que estaria se não tivesse violado o interesse difuso³³⁸.

À falta de individualização subjazem os interesses preventivos³³⁹. Desta forma, os danos de massas resultantes da violação de interesses difusos deixam poucos elementos intactos da tradicional responsabilidade civil³⁴⁰.

Do ponto de vista da responsabilidade do produtor a internalização dos custos dos bens apenas será possível se existir a efetiva imputação dos danos ao responsável. Assim, a tutela coletiva assume destaque, visto que um produtor que cause danos de reduzida dimensão individual, a múltiplos lesados muito provavelmente apenas será responsabilizado por força desta figura processual. Ou seja, o “ordenamento reage contra lucros que resultam de pequenos prejuízos impostos a muitos lesados”³⁴¹.

³³⁷ De outra forma, o potencial lesante não teria incentivos a diminuir o risco, pois a probabilidade de ressarcir danos a múltiplos agentes seria muito reduzida.

³³⁸ *Ibidem*, p.154.

³³⁹ *Ibidem*, p.155.

³⁴⁰ *Ibidem*, p.157.

³⁴¹ *Ibidem*, p.94.

10. Considerações finais

Chegado a este ponto consideramos ser o momento adequado para fazermos algumas considerações sobre a função preventiva da responsabilidade civil.

O direito civil não é insensível à prevenção dos danos. A confirmar a necessidade de uma função preventiva observamos o que ocorre em sede de tutela da posse (art.1276º e ss), por via da ação direta (art.336º), legítima defesa (art.337º), estado de necessidade (art.339º), direito de retenção (arts.754º e ss) ou o que se verifica nas relações de vizinhança (art.1350º e 1352º), soluções muito antigas mas igualmente eficazes e necessárias para a segurança jurídica e tutela efetiva dos direitos por parte dos seus titulares.

Como constatamos, tem estado em voga a exploração da função punitiva para a responsabilidade, sendo que a prevenção surge para a esmagadora maioria da doutrina somente como uma função subordinada da punição. Apresentar o intuito preventivo da responsabilidade civil nestes moldes é uma forma simplista de se ver o problema. A prevenção não necessita de decorrer de uma tutela punitiva/reactiva. Este fim prossegue-se através da imposição de deveres e de imputação efetiva dos danos aos agentes, assumindo um papel primordial a responsabilidade objetiva. Acreditamos que a prevenção é o fundamento para medidas mais afincadas, sendo a dissuasão o objetivo procurado pelas mesmas. As desvantagens da vertente punitiva são evidentes, já que se abre a porta ao aumento da litigiosidade pelo interesse lucrativo. Mesmo para os defensores mais acesos da punição enquanto linha de evolução para a responsabilidade civil, acreditamos que esta, por si só, é insustentável. Uma visão punitiva/retributiva não se coaduna com os interesses a ser protegidos, um argumento de peso vindo também do direito penal, no qual a teoria retributiva do fim das penas está ultrapassada, vingando as teorias da prevenção. Se nem o ramo do direito que por excelência se imbuíu nas vestes de castigador de comportamentos contrários aos seus ditames, não poderá a responsabilidade civil enfrentar os desafios que se colocam através da retribuição.

A doutrina espanhola começa a adotar a tendência para separar a prevenção da punição³⁴². SALVADOR CODERCH e CASTAÑIERA PALOU³⁴³, através de uma tese bastante original, vêm defender a dissociação entre a componente punitiva e a preventiva. Evidenciam que, se punir implica prevenir, já o contrário pode não ser verdadeiro. Nem todas as normas dirigidas à prevenção estatuem uma punição pelo seu incumprimento. Esta tese corrobora a possibilidade de separação dos meios punitivos dos preventivos.

No entendimento de LLAMAS POMBO³⁴⁴, a moderna responsabilidade civil tem como princípio geral *o favor victmae* ou *pro damnato*. Isto apesar de as normas de responsabilização conferirem o protagonismo ao lesante: assim, o art.483º/1 refere “aquele que (...) violar ilicitamente”. A imputação deve ser observada na perspetiva do lesado. Ou seja, o enfoque deveria incidir sobre o lesado.

O argumento de que o direito privado deve estar longe de questões que superam as relações entre dois indivíduos revela-se uma tendência ultrapassada do ponto de vista jurídico. Axiologicamente a separação entre direito público e privado não existe como noutros tempos, atualmente as duas áreas do direito confluem para solucionar os desafios que se colocam à sociedade³⁴⁵. Assistimos progressivamente à confluência dos dois ramos.

O Estado de Direito Social vislumbra o direito civil sensível aos interesses gerais e coletivos³⁴⁶. Acrescenta o autor que o direito civil não pode conformar-se com a componente reparadora, aguardando pelo surgimento do dano para intervir posteriormente³⁴⁷; ignorar a componente preventiva do direito traduz-se na criação do evento lesivo.

A tutela preventiva deve procurar libertar-se um pouco do conceito de dano, contemplando o risco enquanto elemento fulcral. Se o perigo é iminente para os interesses tutelados não é razoável do ponto de vista económico e jurídico esperar-se

³⁴² REGLERO CAMPOS e BUSTO LAGO, Tratado de Responsabilidade Civil, Tomo 1, 5ª Ed., Pamplona, Arazandi, 2014, p.106 e 107.

³⁴³ SALVADOR CODERCH e CASTAÑIERA PALOU, Prevenir y Castigar, Madrid, Marcial Pons, 1997, p.10.

³⁴⁴ LLAMAS POMBO, Prevención y reparación la dos caras de la responsabilidad civil, La Responsabilidad Civil y su Problemática Actual, Madrid, Dykinson, 2007, p.447-448.

³⁴⁵ *Ibidem*, p.449.

³⁴⁶ *Ibidem*, p.449.

³⁴⁷ *Ibidem*, p.450.

pela sua ocorrência. O reconhecimento da compensação dos esforços empreendidos para proteção de interesses juridicamente protegidos é um efetivo Incentivo à prevenção dos danos.

Observem-se os esforços para a prevenção enquanto danos ressarcíveis é uma medida útil no incremento da responsabilidade preventiva, visto que os agentes são incentivados a evitarem o dano.

Parece-nos que a prevenção surge em diversas modalidades na responsabilidade civil. Por um lado, através da responsabilidade objetiva, enviando diretrizes de condutas aos agentes de modo a estes evitarem os danos, de forma a tornarem-se mais eficientes, e do reconhecimento do dano preventivo intermédio à ocorrência de um dano final, resultado de um esforço necessário para se afastar o risco para o interesse protegido. Por outro lado, reafirma-se no elemento dissuasivo, indo para lá do limite do dano e procurando eliminar o lucro obtido em função de factos danosos.

Acreditamos que o direito subjetivo não deve viver desligado do direito adjetivo sob pena de ser letra morta: a prevenção é um caminho a ser articulado com a tutela inibitória e a ação popular.

O risco continuará a ser o propulsor da evolução do instituto, considerando que face aos desafios da sociedade contemporânea a prevenção é necessária, visto que a dimensão dos riscos não se coaduna com a verificação do dano.

Conclusão

Ao longo da dissertação procuramos sempre responder às questões suscitadas inicialmente. Em jeito de conclusão, podemos fazer um balanço de pontos a reter.

Parece-nos que, em função do dinamismo existente na realidade social, a responsabilização assente no paradigma da culpa revela-se insuficiente face às exigências atuais. Este conceito deve ser observado normativamente, deixando de estar associado a concepções de natureza ética. Ao dever geral de diligência deve ser dada a devida importância.

Sendo o presente e futuro períodos repletos de enormes desafios provenientes dos novos riscos decorrentes da atividade humana, a responsabilidade objetiva deve assumir maior destaque devido ao dinamismo da sociedade contemporânea. O risco deve ser valorizado enquanto critério de imputação na nossa ordem jurídica.

A visão meramente ressarcitória é insuficiente face às exigências atuais. A responsabilidade civil prossegue outros escopos além do ressarcimento dos danos. Verificam-se desvios ao princípio da limitação da indemnização pelo dano, tendo inerentes objetivos preventivos. A conceção do dano enquanto bitola começa a ser abalada por novos paradigmas que procuram esbater as dificuldades inerentes a situações de intervenção, nas quais os institutos normalmente chamados a solucionar o problema evidenciam fragilidades na tutela dos interesses em causa. Começa a integrar-se o lucro do infrator para efeitos indemnizatórios, esta solução funda-se em motivos preventivos por coerência da ordem jurídica enquanto todo.

Os ensinamentos da análise económica elucidam-nos das vantagens de se abraçar o escopo preventivo da responsabilidade civil. O instituto pode assumir um papel de modelação de comportamentos. A reparação, por si só, não é economicamente eficiente, devendo compreender a responsabilidade objetivos de redução do número de danos e da gravidade dos mesmos. Vislumbra-se o instituto como verdadeiro incentivo à cautela dos agentes. A integral reparação dos danos assume um efeito preventivo por natureza. A solução da responsabilidade objetiva merece também o aplauso desta disciplina, pois revela maior capacidade para modelação de condutas, através da emissão de deveres aos agentes. Viabiliza, assim, a

A Tutela Preventiva da Responsabilidade Civil

dispersão dos danos pela sociedade ao procurar associar o risco da atividade ao custo das mesmas. Desta forma, pretende-se alcançar o ponto socialmente desejável.

Verificam-se interesses que não se compadecem com uma atitude passiva da responsabilidade civil, pois a sua reparação é muitas vezes impossível. Pensamos sobretudo na responsabilidade ambiental, onde a prevenção do dano se revela imprescindível.

O direito civil deve estar ao serviço das pessoas, sendo este o fundamento da responsabilidade civil. O lesado deve assumir destaque na responsabilidade, visto que é para a sua proteção que o instituto se desloca. O moderno direito civil não se confina à contraposição de dois indivíduos, tutela ainda interesses da sociedade. O direito privado tem também uma função de modelação de comportamentos.

Como demonstramos, diversos estudos europeus e de outros ordenamentos afastam-se da tradicional visão da responsabilidade civil, estimulando-se os indivíduos a adotarem medidas que visem a prevenção do dano. Contempla-se um conceito de dano mais abrangente, englobando os esforços empreendidos na prevenção do dano. Reconhece-se a importância da evitação do dano.

Não se devem confundir objetivos repressivos/reativos com meramente dissuasivos. A função preventiva da responsabilidade civil não se verifica só pelo direito substantivo, sendo articulada com a tutela processual especial, tal como se verifica na tutela dos direitos de personalidade.

A prevenção dos danos manifesta-se necessária. O velho adágio de que mais vale prevenir do que remedir demonstra-se certo no contexto atual. O melhor dano é o que não ocorreu.

Bibliografia

AAVV., Coord. REGLERO CAMPOS e BUSTO LAGO, Tratado de Responsabilidade Civil, Tomo 1, 5ª Ed., Pamplona, Arazandi, 2014.

AAVV., European Group on Tort Law: Principles of European Tort Law: Text and commentary, Springer-Wien-New York, 2005.

ABREU, Luís Vasconcelos, “A violação de direitos de personalidade pela comunicação social e as funções da responsabilidade civil. Recentes desenvolvimentos. Uma breve comparação Luso-Alemã”, in Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço, Coimbra, Almedina, 2002, pp.457-475.

ALPA, Guido, “Principles of European Tort Law”: A critical View from the Outside, in *European Business Law Review*, 2005, 16, nº5, p.957-974.

ANTUNES, Henrique Sousa, Da inclusão do lucro ilícito e de efeitos punitivos entre as consequências da responsabilidade civil extracontratual: a sua legitimação pelo dano, Coimbra, Coimbra Editora, 2011.

ARAGÃO, Maria Alexandra de Sousa, “O princípio do Poluidor Pagador”, in BFDC, Coimbra, Coimbra Editora, 1997.

ARAÚJO, Fernando, Teoria económica do contrato, Coimbra, Almedina, 2007.

BATTESINI, Eugênio, Direito, Economia e Responsabilidade Objetiva no Brasil, disponível em <https://escholarship.org/uc/item/9vn3c69f#page-1> (consultado em 15-12-14).

BAR, Christian Von, CLIVE, Eric e SCHULTE-NOLKE, Hans, Principles, Definitions and Model Rules of European Contract law: Draft Common Frame of Reference, Munich, Sellier, 2009.

BARBOSA, Mafalda Miranda, “Reflexões em torno da responsabilidade civil: teleologia e teleonomologia em debate”, in *Boletim da Faculdade de Direito*, vol.81, 2005, Coimbra, pp.511-600.

BECK, Ulrich, La société du risqué, Paris, Alto Aubier, 2001.

A Tutela Preventiva da Responsabilidade Civil

BRONZE, Fernando José, “O Visconde de Seabra (Um exercício de memória). Da liberdade do indivíduo à responsabilidade da pessoa”, Vol. LXXI, 1995, Coimbra, pp.571-605.

CALABRESI, Guido, El coste de los accidentes: analisis economico y juridico de la responsabilidad civil, Barcelona, Ariel, 1984, tradução de Joaquim Bisbal.

CAMPOS, Diogo José Paredes Leite de, A subsidiariedade da obrigação de restituir o enriquecimento, Coimbra, Almedina, 2003.

CARRILHO, Fernanda, Dicionário de Latim Jurídico, Coimbra, Almedina, 2006.

CARVALHO, Jorge Morais, Manual de Direito do Consumo, 2ª Edição, Coimbra, Almedina, 2014.

COELHO, Francisco Manuel Pereira, O problema da causa virtual na responsabilidade civil, Coimbra, Almedina, 1998.

_____, *O enriquecimento e o dano*, Coimbra, Almedina, 1999.

CORDEIRO, António Menezes, “Tutela do Ambiente e Direito Civil”, in *Direito do Ambiente*, Lisboa, Instituto Nacional de Administração, 1993, pp.377-394.

_____, “Direito do Ambiente, princípio da prevenção: direito à vida e à saúde - anotação ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 2 de Julho de 1996”, in *ROA*, ano 56, Agosto 96, pp.667-686.

_____, *Da Responsabilidade Civil dos Administradores das Sociedades Comerciais*, Lisboa, Lex, 1997.

_____, *Tratado de Direito Civil Português, Livro II Direito das Obrigações, Tomo III*, Coimbra, Almedina, 2010.

COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Direito das Obrigações*, 12ª edição revista e ampliada, Coimbra, Almedina, 2009.

DÍEZ PICAZO, Luís, *Derecho de Daños*, Madrid, Civitas, 2000.

DIAS, Jorge Figueiredo, *O Direito Penal Português – As consequências Jurídicas do Crime*, Lisboa, Aequitas, 1993.

FERNANDO DE TRAZEGNIES, *La Responsabilidad Extracontractual*, tomo I, Santa Fe de Bogotá, Editorial Temis, 1999.

FERREIRA, André Dias, *Portuguese Tort Law: a comparison with the Principles of European Tort Law*, disponível em http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/European_Principles_Tort_Law_Portugal.pdf (consultado em 13-01-15)

FRADA, Manuel Carneiro da, “Vinho novo em odres velhos?”, in *ROA*, ano 59, nº2 Abril 1999, pp.665-692.

_____, *Direito Civil: responsabilidade civil: o método do caso*, Coimbra, Almedina, 2006.

_____, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, Reimpressão da edição de Fevereiro de 2004, Coimbra, Almedina, 2007.

GAROUPA, Nuno, *Combinar a Economia e o Direito: A Análise Económica do Direito*, disponível em <http://cepejus.libertar.org/index.php/systemas/article/view/11/0> (consultado em 13.12.2014)

GERALDES, António, *Indemnização por Infracção aos Direitos de Propriedade Intelectual*, Curso de Especialização, Temas da Jurisdição dos Tribunais de Comércio, CEJ 31.05.10, disponível em http://www.cjlp.org/materias/indemnizacao_infraccao_direitos_propriedade_intelectual.html (consultado em 02-01-15)

GILIKER, Paula, “European Tort Law: Five Key Questions for Debate”, in *European Review of Private Law*, vol. 17 nº3, 2009, pp.285-304.

GOMES, Júlio, “Uma função punitiva para a responsabilidade civil e uma função reparatóriapara a responsabilidade penal?”, in *Revista de Direito e Economia*, ano 15, 1989, Coimbra, pp.105-144.

_____, *O conceito de enriquecimento. O enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*, Porto, Universidade Católica Portuguesa, 1998

GÓMEZ E PÉREZ, Fernando, “El derecho de accidentes y el análisis económico: presupuestos e implicaciones básicas”, in *Revista de la Facultad de Derecho Universidad Complutense*, v.81, 1993, p.109-121.

A Tutela Preventiva da Responsabilidade Civil

GUIMARÃES, Patrícia Carla Monteiro, *“Os danos punitivos e a função punitiva da responsabilidade civil”*, in *Direito e Justiça*, Vol.15, Tomo I, 2001, Lisboa, pp.159-206.

JORGE, Fernando Pessoa, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Coimbra, Almedina, 1999 (reimpressão).

JÚDICE, José Miguel, *“Uma Reflexão sobre o Direito do Consumo”*, in *Estudos de Direito do Consumidor*, nº4, 2002, pp.49-56.

KHOURI, Paulo Roque, *“A Responsabilidade Civil e Outros Meios de Reação Civil à Violação da Marca no Direito Português e Brasileiro”*, *Direito Industrial*, Vol. IV, Coimbra, Almedina, 2005, pp.497-531.

LLAMAS POMBO, Eugénio, *Prevenición y reparación la dos caras de la responsabilidad civil*, *La Responsabilidad Civil y su Problemática Actual*, Madrid, Dykinson, 2007, pp.443-478.

LEITÃO, Luís Manuel Menezes, *“Os acidentes de trabalho e responsabilidade civil: a natureza jurídica da reparação de danos emergentes de acidentes de trabalho e a distinção entre as responsabilidades obrigacional e delitual”*, in *ROA*, ano 48, III, Dezembro de 1988, Lisboa, pp.773-843.

___, *O Enriquecimento sem causa no Direito Civil*, Lisboa, Centro de Estudos Fiscais, 1996.

___, *Direito das Obrigações*, *Direito das Obrigações*, 10ª edição, Vol. I – Introdução, Coimbra, Almedina, 2013.

LEITÃO, Adelaide Menezes, *A tutela dos Direitos de Propriedade Intelectual na Diretiva 2004/48/CE*, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano: no Centenário do seu nascimento*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, pp.28-54.

LOURENÇO, Paula Meira, *A função punitiva da responsabilidade civil*, Coimbra, Almedina, 2006.

LIMA, Pires de e VARELA, João de Matos Antunes, *Código Civil anotado*, vol. I, 4ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 1987.

LOPEZ, Teresa Ancona, *“Responsabilidade civil na sociedade de risco” in Sociedade de risco e direito privado*, São Paulo, Editora Atlas, 2013, pp.3-13.

MARTÍN CASALS, Miquel, “Una primera aproximación a los “Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil””, *in* *inDret*, nº284, Maio de 2005, p.1-25.

MEDEIROS, Carlos, “Tutela (Civil) dos Interesses Difusos”, *in* *Revista Jurídica da Universidade Portucalense Infante D. Henrique*, Porto, nº4 Março, 2000, pp.23-44.

MONATERI, Piere Giuseppe, *Trattato di diritto civile*, Torino, Utet, 1998.

MENDONÇA, Diogo, “Breve Estudo sobre a Análise Económica da Responsabilidade Civil no Direito do Consumidor”, *Sociedade de Risco e Direito Privado*, São Paulo, Editora Atlas, 2013.

MELLO, Alberto de Sá, “Critérios de apreciação da na Responsabilidade Civil (Breve Anotação)”, *in* *ROA*, ano 49, Setembro 1989, p.519-543.

MONTEIRO, António Pinto, *Cláusulas limitativas e de exclusão da responsabilidade civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 1985.

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

MONTEIRO, Jorge Sinde, “Análise Económica do Direito”, *Separata do vol. LVII 1981 do BFDC*, pp.1-8.

NETO, Abílio, *Código Civil Anotado*, 15ª edição, Lisboa, Ediforum, 2006.

NEVES, Castanheira, “Nótula a propósito do estudo sobre a responsabilidade civil de Guilherme Moreira”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. III, 1977, p.381-390.

OSTOS PALACIOS, Laura, “Reflexiones acerca del principio alterum non laedere a la luz de un supuesto de responsabilidad extracontractual”, *in* *Revista de derecho UNED*, nº1, 2006, Madrid, pp.489-496.

PANTALÉON PRIETO, Angel Fernando, “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (también la de las Administraciones públicas)”, *in* *AFDUAM*, nº4, 2000, p.167-192.

PASCUAL ESTEVILL, Luis, *Hacia un concepto actual de la responsabilidad civil*, Vol.I: Parte General, XVIII, Barcelona, Bosch, 1989.

PINO SILVA, Nestor, “La responsabilidade preventiva”, *in* *Revista de Estudos lus Novum*, nº2, Outubro 2009, pp.243-270.

A Tutela Preventiva da Responsabilidade Civil

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

PINTO, Rui, *Notas as Código de Processo Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2014.

POSNER, Richard and LANDES, William, *The positive Economic Theory of Tort Law*, *Georgia Law Review*, vol.15,1980,pp.851-924 Disponível em http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2548&context=journal_articles (consultado em 15-12-14)

PRATA, Ana, *“Responsabilidade civil : duas ou três dúvidas sobre ela”*, in *Separata de Estudos em Comemoração dos cinco anos (1995-2000) da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p. 345-352.

___, *“Responsabilidade Civil”*, in *Themis - Código Civil Português evolução e perspectivas actuais*, 2008 (edição especial), Coimbra, pp.307-312.

___, *“Responsabilidade delitual nos códigos civis português de 1966 e brasileiro de 2002”* in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, p.27-170.

PROENÇA, José Carlos Brandão, *A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputação do dano extracontratual*, Colecção Teses, Coimbra, Almedina, 1997.

ROCHA, Manuel Lopes, *Tribunal da propriedade intelectual*, Coimbra, Almedina, 2012.

SALVADOR CODERCH, Pablo, CASTIÑEIRA PALOU, Maria Teresa, *Prevenir y Castigar: Libertad de información y expresión tutela del honor y funciones del derecho de daños*, Coord. Carlos Gómez Liguierre, Madrid, Marcial Pons, 1997.

SALVADOR CODERCH, Pablo e CARLOS GÓMEZ, *El derecho de daños y la minimización de los costes de los accidentes*, *Subjude*, *Análise Económica do Direito – Parte II*, 34, 2006, p.11-26.

SENDIM, José de Sousa Cunhal, *Responsabilidade Civil por Danos Ecológicos*, Coimbra, Coimbra Editora, 1998.

SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz, *“Gestão de negócios”*, in *BMJ*, 66, 1957, pp.45-282.

___, *“Reparação do dano não patrimonial”* in *BMJ*, 83, 1957, p.69-111.

____, “Responsabilidade pelos danos causados por coisas ou actividades” in *BMJ*, 85, 1959, pp.361-380.

SCHULTZ, Marten, Disharmonization: A Swedish Critique of Principles of European Tort Law, in *European Business Law Review*, 2007, 18, nº6, p.1305-1326.

SINTEZ, Cyril, La Sanction Préventive en Droit de La Responsabilité Civile, Thèse, 2009, disponível em https://papyrus.bib.umontreal.ca/jspui/bitstream/1866/3748/2/Sintez_Cyril_2009_these.pdf (consultado em 11-01-15).

SILVA, João Calvão da, Responsabilidade Civil do Produtor, Coimbra, Almedina, 1990.

____, Cumprimento e sanção pecuniária compulsória, 2ª edição, Coimbra, Almedina, 1997.

SIMÕES, Fernando Dias, Responsabilidade do distribuidor e responsabilidade por produtos, Coimbra, Almedina, 2009.

SOUSA, Rabindranath Capelo de, O Direito Geral de Personalidade, Coimbra, Coimbra Editora, 2011.

TELLES, Inocência Galvão, Direito das Obrigações, 7ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2010

TRIGO, Maria Graça, “Responsabilidade Civil por Violação de Direito Intelectual”, Direito e Justiça, Lisboa, 2012, Vol. Especial, Número especial de estudos em memória do Professor Doutor Paulo M. Sendin, p.529-547

VARELA, João de Matos Antunes, “Rasgos inovadores do Código Civil Português de 1966 em matéria de responsabilidade civil” in *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, Vol. XLVIII, 1972, p.77-106.

____, Das obrigações em Geral, Vol. I, 10ª edição, Coimbra, Almedina, 2012.

VASCONCELOS, Pedro Pais de, Direito de Personalidade, Coimbra, Almedina, 2006.

VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto, A Construção da Responsabilidade Civil Preventiva no Direito Civil Contemporâneo, Curitiba, 2012, disponível em <http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/28243/R%20-%20T%20->

%20THAIS%20GOVEIA%20PASCOALOTO%20VENTURI.pdf?sequence=1 (consultado em 12-12-2014).

Relatórios

Pour la Reparation du Prejudice Ecologique, Rapport du group de travail installé para Madame Christiane Taubira, garde de sceaux, ministre de la justice, le 17 de Septembre 2013.

http://www.justice.gouv.fr/art_pix/1_rapport_prejudice_ecologique_20130914.pdf
(consultado em 17-01-2015).

Revision et Unification du Droit de La Responsabilite Civile, Rapport Explicatif, disponível em

<https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/wirtschaft/gesetzgebung/archiv/haftpflicht/vn-ber-f.pdf> (consultado em 17-01-2015).

Jurisprudência

Todos os acórdãos citados sem referência adicional encontram-se disponíveis em www.dgsi.pt

Tribunal da Relação de Coimbra

Acórdão de 27 de abril de 2004, Processo nº431/04 (MONTEIRO CASIMIRO)

Acórdão de 02 de novembro de 2010, Processo nº1867/08.0TBVIS.C1 (ISAÍAS PÁDUA)

Tribunal da Relação do Porto

Acórdão de 27 de janeiro de 2009, Processo nº6702/08-2 (CARLOS MOREIRA)

Acórdão de 28 de janeiro de 2014, Processo nº53/12.9TBTCS.C1 (FERNANDO MONTEIRO)

Tribunal da Relação de Lisboa

Acórdão de 22-05-2007, Processo nº 926/2002.C1 (JORGE ARCANJO)

Acórdão de 14 de janeiro de 2010, Processo nº 967/2001.L1-8 (CARLA MENDES)

Acórdão de 17 de abril de 2012, Processo nº 193/2002.L1-1 (GRAÇA ARAÚJO)

Supremo Tribunal de Justiça

Acórdão de 02 de julho de 1996 (CARDONA FERREIRA), disponível em *ROA*, ano 56, nº2 Agosto 96, pp.667-682.

Acórdão de 08 de junho de 1999, proc. nº 99ª391 (GARCIA MARQUES)

Acórdão de 03 de junho de 2004, Processo nº 04B4601 (CUSTÓDIO MONTES)

A Tutela Preventiva da Responsabilidade Civil

Acórdão de 31 de janeiro de 2006, Processo nº JSTJ000 (URBANO DIAS)

Acórdão de 11 setembro de 2007, Processo nº 07ª2402 (FONSECA RAMOS)

Acórdão de 10 de julho de 2008, Processo nº08A1824 (MÁRIO CRUZ)

Acórdão de 27 de outubro de 2009, Processo nº 560/09.OYFLSB (SEBASTIÃO PÓVOAS)

Acórdão de 25 de novembro de 2009, Processo nº 397/03.0GEBNV.S1 (RAÚL BORGES)

Acórdão de 10 de dezembro de 2009, Processo nº 3795/04.9TVLSB.S1 (SALAZAR CASANOVA)

Acórdão de 09 de setembro de 2010, Processo nº 63/10.OYFLSB (SERRA BAPTISTA)

Acórdão de 21 de fevereiro de 2013, Processo nº 2044/06.0TJVNF.P1.S1 (PIZARRO BELEZA)

Acórdão de 29 outubro de 2013, Processo nº 62/10.2TBVZL.C1.S1 (AZEVEDO RAMOS)

Acórdão de 25 de fevereiro de 2014, Processo nº 287/10 (MARIA CLARA SOTTOMAYOR)

Acórdão de 20 de novembro de 2014, Processo nº 5572/05.0TVLSB.L1.S1 (PRAZERES BELEZA)

Índice

Resumo	V
Abstract.....	VII
Introdução.....	9
1. Princípio <i>alterum non laedere</i>	13
2. A hegemonia da função ressarcitória da responsabilidade civil.....	17
2.1. A opinião generalizada da doutrina nacional	17
2.2. O abalo da conceção puramente ressarcitória – os danos não patrimoniais e a mera culpa	21
2.3. Qual a natureza da limitação da indemnização prevista no art.494º?.....	23
2.4. Os danos não patrimoniais	29
3. O lucro por intervenção.....	33
3.1. A relação com o enriquecimento sem causa	33
3.2. Soluções para o problema do lucro por intervenção	35
3.3. Súmula	39
4. A gestão de negócios imprópria.....	43
5. A responsabilidade civil de acordo com alguns estudos europeus	45
5.1. Principles of European Tort Law	45
5.2. Draft Common Frame of Reference	53
5.3. Avant-Projet Catala	54
5.4. Direito Chileno	55
5.5. Direito Argentino	56
6. Análise económica do Direito	57
6.1. A responsabilidade por atividades perigosas no direito português	62
6.2. Argumentos desfavoráveis à disciplina	66
7. Responsabilidade no Direito do Consumo	69
7.1. Responsabilidade civil do produtor	69
7.1.1. A solução vigente.....	69
7.1.2. Análise Económica da Responsabilidade do Produtor.....	74
7.2. Indemnização pela demora na portabilidade do número	77
8. A reafirmação da responsabilidade civil pela prevenção	79
8.1. Indemnização por violação de direitos de propriedade intelectual.....	79
8.2. Responsabilidade por violação de direitos de personalidade	82
8.3. Responsabilidade ambiental.....	86

9. A ação popular no direito português	91
10. Considerações finais	93
Conclusão	97
Bibliografia.....	99