

Universidades Lusíada

Pereira, Gisela Marisa Reis Ferreira

A função punitiva da responsabilidade civil

<http://hdl.handle.net/11067/8150>

Metadados

Data de Publicação

2024

Resumo

A responsabilidade civil, como fonte de obrigações, baseia-se no princípio do ressarcimento dos danos e tem várias funções, sendo a principal, a função de reparação dos danos. Não obstante, não se esgota nela, tem ainda a função de prevenção e a função punitiva. Esta última, traduzir-se-á numa indemnização-punição com um duplo escopo, reparar o dano causado e punir a conduta do agente. A questão que se poderá colocar é saber se o dano é a razão e o limite da responsabilidade punitiva, assim como...

Civil liability, as a source of the law of obligations, is based on the principle of repairing or compensating for damages and has several functions, primarily to repair the damage caused to others, but it has also a preventive and a punitive function. This one, resulting in a monetary compensation with a double purpose, repairing or compensating the damage caused and punishing the agent's behaviour. The main question is, whether the damage is the reason and the limit of the liability, as well a...

Palavras Chave

Direito, Responsabilidade civil - Função punitiva

Tipo

masterThesis

Revisão de Pares

Não

Coleções

[ULP-FD] Dissertações

Esta página foi gerada automaticamente em 2026-10-29T22:07:46Z com informação proveniente do Repositório



UNIVERSIDADE LUSÍADA DO PORTO

**A FUNÇÃO PUNITIVA DA RESPONSABILIDADE
CIVIL**

Gisela Pereira

21505709

Dissertação para obtenção do Grau de Mestre em Direito
Orientado pelo Professor Doutor Alberto Ribeiro de Almeida

Porto, 2024

Agradecimentos

Desejo exprimir os meus sinceros agradecimentos a todos aqueles que caminharam comigo nesta jornada que, mesmo na aparência da sua singeleza, foi trabalhosa, extenuante, mas muito gratificante. Em primeiro lugar, quero agradecer a Deus pela força, foco e determinação. Ao Professor Doutor Ribeiro de Almeida, devo expressar a minha gratidão pela orientação, apoio e disponibilidade, não só como orientador, mas também como professor de licenciatura e de mestrado que me acompanhou, desafiou e ajudou-me a crescer como pessoa e como discente. Agradeço aos funcionários da biblioteca da Universidade Lusíada Porto que foram sempre muitos prestáveis e atenciosos. Por último, quero agradecer à minha família, especialmente: à minha mãe que é um exemplo de generosidade, força e amor; ao meu irmão Luís cuja destreza intelectual e coração são admiráveis; ao meu marido que tem uma determinação e foco inspiradores; às minhas filhas que são a minha maior bênção e alegria, saibam que é possível lutar pelos nossos sonhos, mesmo havendo pedras no caminho, desvios imprevisíveis ou paragens obrigatórias, conseguimos alcançar, conseguimos chegar a bom porto!

AVISO LEGAL

O conteúdo desta tese reflete as perspectivas, o trabalho e as interpretações do autor no momento da sua entrega. Esta tese pode conter incorreções, tanto conceptuais como metodológicas, que podem ter sido identificadas em momento posterior ao da sua entrega. Por conseguinte, qualquer utilização dos seus conteúdos deve ser exercida com cautela. Ao entregar esta tese, o/a autor(a) declara que a mesma é resultante do seu próprio trabalho, contém contributos originais e são reconhecidas todas as fontes utilizadas, encontrando-se tais fontes devidamente citadas no corpo do texto e identificadas na secção referências. O autor, declara, ainda, que não divulga na presente tese quaisquer conteúdos cuja reprodução esteja vedada por direitos de autor ou de propriedade industrial.

Índice

1. Responsabilidade Civil	5
2. A função punitiva no ordenamento jurídico português	14
2.1. A responsabilidade com culpa e os critérios para a atribuição do <i>quantum</i> indenizatório-sancionatório	16
2.2. Os danos não patrimoniais	21
2.3. A mora do devedor	27
2.4. A cláusula penal.....	29
2.5. O sinal.....	37
2.6. A sanção pecuniária compulsória.....	41
2.7. As punições civis	45
2.8. Outras manifestações da função punitiva	47
2.8.1. Direito do Trabalho.....	47
2.8.2. Contrato de agência	52
2.8.3. Contrato de seguro	53
2.8.4. Direitos de Autor	57
3. O lucro do lesante	60
4. Os <i>punitive damages</i>	67
4.1. Críticas aos <i>punitive damages</i>	76
4.1.1. A incerteza do <i>quantum</i> a título de danos punitivos, a arbitrariedade e a inexistência de um limite prévio.....	76
4.1.2. A questão da dupla sanção, quando há censura civil e censura penal sobre o mesmo facto	80
4.1.3. O enriquecimento do lesado	83
4.2. Função punitiva <i>v. punitive damages</i>	85
4.3. <i>Rookes v. Barnard</i>	87
4.4. <i>Cassel & Co v. Broome</i>	88
4.5. <i>Genay v. Norris e Coryell v. Colbaugh</i>	89
4.6. <i>Burk Royalty Co v. Walls</i>	90
4.7. <i>Grimshaw v. Ford Motor Co</i>	90
4.8. <i>Midler v. Ford Motor Co – contractual bypass</i>	92
5. Os danos punitivos poderão ser objeto de seguro?	92
Conclusão	95

Bibliografia	98
Jurisprudência Citada.....	104
Portugal.....	104
União Europeia	105
Reino Unido.....	105
EUA	106

Declaração sob compromisso de honra

(Artigo 6.º, n.º 2 das Normas e orientações para a submissão de trabalhos académicos na plataforma Urkund para deteção de similaridade e plágio)

Eu, abaixo assinado, tenho consciência de que a prática de plágio consiste numa forma de violação da integridade académica, constituindo um crime punível por lei com relevância nos regimes disciplinar, civil e criminal.

Nesse sentido, declaro por minha honra que a dissertação/tese apresentada é original e que todas as fontes, incluindo as da minha autoria, estão devidamente identificadas e referenciadas.

Porto, 27 de Agosto de 2024

O (A) Estudante



Resumo

A responsabilidade civil, como fonte de obrigações, baseia-se no princípio do ressarcimento dos danos e tem várias funções, sendo a principal, a função de reparação dos danos. Não obstante, não se esgota nela, tem ainda a função de prevenção e a função punitiva. Esta última, traduzir-se-á numa indemnização-punição com um duplo escopo, reparar o dano causado e punir a conduta do agente. A questão que se poderá colocar é saber se o dano é a razão e o limite da responsabilidade punitiva, assim como aferir quais os critérios de atribuição desse *quantum*. Apesar de a doutrina não ser uníssona nesta matéria, podemos afirmar que existem evidências no nosso ordenamento jurídico da sua função punitiva, tais como a responsabilidade civil com culpa; o recurso à equidade para a fixação do montante da indemnização; a geral irrelevância da causa virtual; os danos não patrimoniais; a mora do devedor; a sanção pecuniária compensatória; a cláusula penal, o sinal; as punições civis (os montantes punitivos na locação no n.º 1 art. 1041ºCC and n.º 9 art. 1103 CC; o art. 1320ºCC referente aos animais selvagens; o art. 1552ºCC a servidão de passagem; e o possuidor de má-fé). Para além do CC, existem outras manifestações da função punitiva da responsabilidade civil, que devem ser enunciadas, nomeadamente: nos direitos de autor; no direito do trabalho; no contrato de agência; e no contrato de seguro.

Os danos punitivos pertencem ao *tort, common law*, e estão rodeados de controvérsias, mas são extremamente eficazes. É possível reconhecer cinco funções dos danos punitivos, três das quais são de acolhimento geral e duas que não geram consenso, a saber: dissuasão de semelhantes atos ou comportamentos pelo agente e outras pessoas no futuro; uma punição do lesante pelo seu comportamento errado; incentivo para os lesados litigarem em prol da sociedade; compensação por danos não patrimoniais ao lesado; e a compensação pelos honorários do advogado.

Os danos punitivos e a função punitiva da responsabilidade não são sinónimos, mas também não são antónimos, são distintos. A função punitiva é uma função secundária da responsabilidade civil e o dano tem um papel central, assim como no *quantum* que é atribuído ao lesado a título de indemnização. A principal função dos danos punitivos é dissuadir e punir o agente e para que isso aconteça, eles não estão amarrados ao dano, podendo mesmo nem ser um requisito obrigatório para a condenação a título de *punitive damages*.

Abstract

Civil liability, as a source of the law of obligations, is based on the principle of repairing or compensating for damages and has several functions, primarily to repair the damage caused to others, but it has also a preventive and a punitive function. This one, resulting in a monetary compensation with a double purpose, repairing or compensating the damage caused and punishing the agent's behaviour. The main question is, whether the damage is the reason and the limit of the liability, as well as to assess the criteria for that *quantum*. Although the legal doctrine is not unanimous in this subject, we can affirm that there are evidences in our legal system of the punitive function of the civil liability, such as civil liability with guilt; the use of equity (*aequitas*) to determine the amount of the compensation; the general irrelevance of the virtual cause; the non-material damages; the debtor's arrears; the compulsory financial penalty; the penalty clause; the signal; civil punishments (punitive amounts in the leasing, n.º 1 art. 1041ºCC and n.º 9 art. 1103 CC; the art. 1320ºCC regarding the wild animals; the art. 1552ºCC the right of free passage; and the bad faith possessor). Regardless of the Civil Code, there are other punitive functions manifestations that we must address, like the author rights, the labour law, the agency agreement and the insurance contract.

The punitive damages belong to the tort, the common law and they are surrounded by controversy, but they are extremely effective. It is possible to recognize five functions of the punitive damages, three of which are generally accepted and two that are dubious, meaning: the first one being the deterrence of similar egregious acts or behaviours by the defendant and others in the future; secondly, the punishment of the defendant for his wrongdoing; thirdly, the incentive for plaintiffs to bring claims on the society behalf; fourthly, compensation for non-pecuniary losses to the victim; and finally the compensation for attorney's fees.

Punitive damages and punitive function of the civil liability are not synonyms but they are not antonyms either, they are different. Punitive function of the civil liability is a secondary function and the damage has a really central role in it and in the amount that is giving to repair or to compensate the plaintiff. The primary function of the punitive damages is to deter and to punish the defendant and for that to happen they are not tied to the damage and may not even be a mandatory requirement to be liable to pay punitive damages.

Palavras-chave

Responsabilidade Civil

Função Punitiva

Punitive damages

Abreviaturas

Al. – Alínea

Art. – Artigo

BGH – *Bundesgerichtshof* – Supremo Tribunal Federal Alemão

BGB – *Bürgerliches Gesetzbuch* – Código Civil Alemão

CC – Código Civil, DL n.º 47344/66, de 25 de novembro

CDADC - Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos

CEDH – Convenção Europeia dos Direitos do Homem

CEJ – Centro de Estudos Judiciários

CF – Conforme

CP – Código Penal, DL n.º 48/95, de 15 de março

CPC – Código de Processo Civil, Lei n.º 41/2013, de 26 de junho

CPP – Código Processo Penal, DL n.º 78/87, de 17 de fevereiro

CRP – Constituição da República Portuguesa

CSE – Carta Social Europeia

CT – Código do Trabalho

DDHC – Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão

DL – Decreto-Lei

DUDH – Declaração Universal dos Direitos Humanos

EUA – Estados Unidos da América

N.º – Números

N.ºs – Números

PIDCP – Pacto Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos

PIDESC – Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais

RJCS – Regime Jurídico do Contrato de Seguro, DL n.º 72/2008, de 16 de abril

STJ – Supremo Tribunal de Justiça Português

TC – Tribunal Constitucional

TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos Humanos

TFUE – Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia

TRC – Tribunal da Relação de Coimbra

TRE – Tribunal da Relação de Évora

TRG – Tribunal da Relação de Guimarães

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

UE – União Europeia

SS – Seguintes

Introdução

A responsabilidade civil é um dos temas mais complexos e relevantes no que refere ao direito civil, seja numa perspetiva doutrinária, seja numa perspetiva jurisprudencial e, sendo assim, um mergulhar e problematizar nesta temática é um mergulhar na própria génese do direito civil. A responsabilidade civil é polimórfica e pluridimensional e nessa medida foi objeto de profunda reflexão doutrinária desde os primórdios do direito.

O tema será explorado, nos termos enunciados e apenas o direito substantivo, sendo um tema tão complexo coloca diversas questões adicionais, que não serão focadas como o direito do ambiente, a propriedade industrial e o direito de concorrência. Ao contrário da função ressarcitória ou compensatória da responsabilidade civil, que teve um profundo tratamento doutrinal e jurisprudencial, a função punitiva ainda não atingiu a sua plenitude, a nível nacional. A nível internacional, existe a figura dos *punitive damages*¹ que têm um reconhecimento muito significativo, uma evolução célere e uma presença evidente na *common law*. Nesse sentido, o objeto deste trabalho é explorar a função punitiva da responsabilidade civil, aferir as suas manifestações no nosso ordenamento jurídico nacional, explorando outros ordenamentos enquanto se analisam várias figuras jurídicas para aferir os limites e os critérios para atribuição do *quantum* a título de responsabilidade civil na sua função punitiva, analisando a jurisprudência e a doutrina com o intuito de verificar essa mesma função da responsabilidade civil assim como a figura dos *punitive damages*.

¹ “*Punitive damages*” (cuja tradução literal consubstancia em danos punitivos, tradução efetuada por Júlio Gomes) que não é sinónimo de responsabilidade civil na sua função punitiva. Esta questão será explorada neste trabalho. Podemos referir que a questão da punição é direcionada ao comportamento do lesante e não referente ao dano, este é uma consequência do comportamento do lesante. Não se pune o dano, mas sim o comportamento do lesante.

A responsabilidade civil² pertence ao direito das obrigações³, livro II, título I capítulo II, secção V do CC. É assim uma figura jurídica que pertence à fonte das obrigações, baseada no princípio do ressarcimento dos danos. Denomina-se responsabilidade civil o conjunto de factos que dão origem à obrigação de indemnizar os danos sofridos por outrem (Menezes Leitão, 2017, p. 275). A lei faz surgir uma obrigação na esfera jurídica do devedor e o lesado é o credor, sendo assim uma obrigação *ope legis* que não nasce da vontade das partes, ainda que o responsável tenha querido causar o prejuízo.

² O que hoje denominamos responsabilidade civil, no direito romano, assentava na tipicidade dos *delicta* (Menezes Cordeiro, 1997, p. 423). No passado, os *delicta* quando praticados abriam a porta à vingança privada e o Estado acabaria por chamar a si o poder de retribuir os *delicta* mais graves, que vieram a ser chamados de *crimina* e, para os particulares, os *delicta* ou *maleficia*. Passou a admitir-se uma composição voluntária dos *delicta* em que o agente ficava adstrito à obrigação de satisfazer determinada prestação em vez do ofendido infligir-lhe sofrimento. A prestação *ex delicto* que o agente estava adstrito tinha um duplo escopo, um aspeto compensatório que reverteria para o ofendido e um aspeto sancionatório, que caberia ao Estado (v.g. multa) (Patrícia Guimarães, 2001, p. 162) e (Santos Justo, 2008, p. 119 e ss). O Estado regulou a *vindicta*, impondo que a reação do ofendido não superasse materialmente as consequências do ato ilícito e concedeu ao ofendido o direito de exigir dinheiro a título de pena. Por conseguinte, nascia assim na esfera jurídica do ofendido um direito e ao lesante a *obligatio* de pagar uma determinada *pecunia* que constituía uma sanção punitiva. Segundo o *ius civile*, o direito romano reconheceu os *delicta* particulares, nomeadamente: o *furtum*, furto, cuja definição, na época justinianeia era a seguinte: “o apoderamento fraudulento, com vista à obtenção dum lucro, ou duma coisa ou do seu uso ou da sua posse”. Quanto à pena a aplicar a Lei das XII Tábuas diferenciavam o *furtum manifestum*, quando o agente era apanhado em flagrante; e o *furtum nec manifestum* quando o agente não é surpreendido na sua ação delitual), a *rapina* (consiste na subtração violenta duma coisa alheia), a *iniuria* (em sentido restrito é uma figura de *delictum* que consiste na ofensa à integridade física ou moral de uma pessoa; em sentido amplo, a palavra significa antijuridicidade de um ato. Este *delictum* já estava presente na Lei das XII Tábuas) e o *damnum iniuria datum* (consiste na produção culposa de um dano em coisa alheia) (Santos Justo, 2008, p. 120 à 136).

³ Obrigação (*obligatio*) é um vínculo jurídico pela qual uma pessoa, o devedor, está adstrita para com outra, o credor, à realização de uma prestação, como consta do art. 397º do CC. Menezes Leitão evidencia a influência das fontes romanas nesta definição resultando que as obrigações são situações jurídicas que consubstanciam numa vinculação de uma pessoa a outra e à adoção de uma determinada conduta em benefício desta (Menezes Leitão, 2017, p. 11). Uma definição célebre de *obligatio* é a das *Institutiones* de Justiniano: “A obrigação é um vínculo do direito pelo qual estamos necessariamente adstritos a pagar uma coisa a alguém, segundo os direitos da nossa cidade” (Santos Justo, 2008, p. 14). A obrigação distingue-se das figuras afins nomeadamente da sujeição, ónus e dever jurídico genérico, pois ela é a circunstância de determinada pessoa estar adstrita a realizar um determinado comportamento positivo ou negativo (do art. 398º CC n.º 1 *in fine*), no interesse da outra, determinada ou determinável, denominando-se de prestação (Menezes Leitão, 2017, pp. 12 - 13) e (Almeida Costa, 2016, p. 66 à 68). Para melhor entender o ónus jurídico e o dever jurídico devemos ter presente as noções Kantianas de imperativo categórico e imperativo hipotético, relacionando-as. No dever jurídico há a necessidade de incondicionalmente adotar determinado comportamento, já no ónus essa necessidade está relacionada com a intenção de atingir determinado resultado favorável a quem o ónus é imposto. No dever, a não adoção de um determinado comportamento imposto traduz-se na violação de uma norma, gerando ilicitude, já no que diz respeito ao ónus isso não se verifica, pode é acarretar para aquele a quem é imposto consequências desfavoráveis, não se atingindo o resultado desejado. Entende-se que o ónus é uma figura afim da vinculação (Carvalho Fernandes, 2017, p. 655).

A responsabilidade civil autonomiza-se da responsabilidade penal, desde logo porque a primeira pertence à esfera do direito civil, que é direito privado⁴ e a segunda ao direito penal⁵ que é direito público e das restantes responsabilidades, como a administrativa, a disciplinar, a fiscal, a política e a contraordenacional⁶. De forma sucinta, pode dizer-se que está subjacente à responsabilidade civil a ideia de reparação patrimonial de um dano privado, pois o dever jurídico infringido foi estabelecido diretamente no interesse da pessoa lesada, por essa razão, o importante nas sanções civis é a restituição dos interesses lesados, verificando-se que as sanções civis sejam privadas e disponíveis. Já a responsabilidade penal surge como defesa contra os autores de factos que atingem a ordem social. As sanções penais visam defender a sociedade, propõem-se fins de prevenção geral e especial, através da intimidação e da reeducação do delinquente através das penas e medidas de segurança. Propõem-se ainda a fins ético-retributivos, através da expiação do delinquente da sua culpa através das penas, concluindo assim que as sanções criminais têm carácter público e indisponível (Almeida Costa, 2016, p. 521 e 522) e (Mota Pinto, 2005, p. 131).

Segundo a perspetiva clássica da responsabilidade civil, esta constitui um corolário do princípio de que o homem, sendo livre, deve responder pelos seus atos e, como tal, a condição essencial dela reside na culpa, a responsabilidade subjetiva, contudo não se esgota nela, existindo também a responsabilidade objetiva. (Patrícia Guimarães, 2001, p. 163). A

⁴A distinção entre direito público e direito privado tem uma longa tradição e está longe de se poder considerar uma questão pacífica na doutrina. De todos os critérios apontados para estabelecer essa diferença, sobressaem dois, são eles, o critério do interesse e o critério dos sujeitos na relação jurídica (Carvalho Fernandes, 2009, p. 24). Santos Justo enuncia três, a saber: o critério da natureza dos interesses; o critério da qualidade dos sujeitos; o critério da posição dos sujeitos (o Estado e as entidades públicas dispõem do poder de mando, poder soberano ou numa expressão latina, *ius imperii*, pertencem ao direito público as normas jurídicas que regulam as relações em que o Estado e as entidades públicas gozam de uma posição de superioridade e, pertencem ao direito privado, aquelas que regulam as relações jurídicas em que os sujeitos, incluindo o Estado e as entidades públicas, se encontrem numa posição de paridade), sendo que este critério é o que se afigura mais aceitável, uma vez que é o que suscita menos reparos e pelas relações jurídicas se estruturarem em dois modos típicos; de coordenação (direito privado) e de subordinação (direito público) (Santos Justo, 2009, p. 234 à 238).

⁵ O direito penal constitui por excelência um ramo ou uma parte integrante do direito público em que existe uma tão nítida relação de supra e infra-ordenação entre o Estado soberano, dotado do *ius puniendi* e o particular submetido ao império daquele. O direito penal assume uma estreitíssima conexão com o direito constitucional, pois os instrumentos sancionatórios específicos do direito penal representam negações ou fortíssimas limitações de direitos fundamentais das pessoas. O *ius puniendi* estadual surge como coisa pública, subtraída à vontade dos particulares (Figueiredo Dias, 2012, p. 14 e 15). É um produto de uma opção político-legislativa, mas regula condutas de especial desvalor, as quais são objeto de repressão organizada por parte do Estado, mediante a ameaça de pena. Estes comportamentos estão tipificados na lei penal (Patrícia Guimarães, 2001, p. 166 nota 17).

⁶ Pela prática de ilícitos de mera ordenação social que resulta da violação de regras de condutas que têm um cariz predominantemente administrativo sem a relevância axiológico-social que é característica das violações criminais (Mota Pinto, 2005, p. 131).

responsabilidade civil pode ser extracontratual ou delitual⁷, contratual ou obrigacional, pré-contratual (*culpa in contrahendo*), pelo risco e por factos lícitos ou pelo sacrifício. Estas classificações da responsabilidade civil são importantes para poder aferir qual ou quais as suas funções. Na responsabilidade pelo sacrifício é notória a exclusividade da função de reparação do dano, assim como na responsabilidade pelo risco, que desempenha também, ainda que não de forma principal, mas acessória, a função de prevenção. Na responsabilidade subjetiva, ou com culpa, além da função principal que é a reparação do dano, existe também uma clara função preventiva⁸ e punitiva⁹, que é notória na situação de diminuição da indemnização em caso de mera culpa (art. 494º CC); pela repartição da indemnização em função da culpa dos agentes, em caso de pluralidade de responsáveis (n.º 2 do art. 497º CC); pela redução ou exclusão da indemnização em caso de culpa do lesado (art. 570º CC) e pela normal irrelevância da causa virtual (Menezes Leitão, 2017, p. 276). É sobre essa função que este trabalho se debruça, a função punitiva e, nessa medida, este trabalho incidirá na responsabilidade subjetiva, no que concerne à nossa família de direito romano-germânica. No que tange aos *punitive damages* iremos verificar que existem diferenças relevantes.

⁷ Também denominada de responsabilidade aquiliana que tem a sua origem no direito romano, na *Lex Aquilia*, um plebiscito rogado pelo tribuno *Aquilius* constituído por três capítulos, votado no ano 287 a.C. para assegurar aos plebeus o pagamento de danos causados aos seus bens pelos patrícios (Santos Justo, 2008, p. 132 à 136) e (Santos Justo, 2004, p. 573). A *Lex Aquilia*, que tem o seu brocardo *in lege Aquilia et levissima culpa venit*, foi extremamente importante pois afirmou a importância da culpa como pressuposto da responsabilidade civil delitual (Paula Lourenço, 2006, p. 56). A responsabilidade aquiliana originária tinha três capítulos e dependia dos seguintes elementos: *damnum*, que corresponde à perda patrimonial sofrida pelo proprietário; *iniuria*, que se traduzia inicialmente num conceito puramente objetivo, mas conceito esse que evoluiu, pois a intervenção jurisprudencial introduziu o elemento subjetivo pelo vocábulo culpa, ficando o conceito *iniuria* a ter dois elementos, um objetivo que é a antijuridicidade do ato danoso, ou seja, na ausência de qualquer causa considerada justificativa, como a legítima defesa, o estado de necessidade, entre outras e o elemento subjetivo, que se traduz na voluntariedade censurável, a culpa; causalidade, a atividade danosa que pressupõe um contacto material entre a coisa e o agente, conceito esse que também evoluiu; o último elemento, a *aestimatio*, se o dano se traduzisse na morte de escravo ou quadrúpede de rebanho (cap.I), o lesante era obrigado a indemnizar o prejuízo causado num valor correspondente ao maior que a *res* teve durante o último ano. No que refere ao dano previsto no cap. II, a *obligatio* teria o maior valor que a *res* danificada teve nos últimos trinta dias. Trata-se de *pretium corporis* em ambos os casos cuja razão de ser era a proteção da propriedade (Santos Justo, 2004, p. 575). No direito primitivo para além da reparação do dano patrimonial sofrido previa-se a aplicação de uma pena a executar no corpo do autor (morte ou lesão corporal) que poderia ser aplicada pelo lesado ou pela sua família, a chamada *vindicta privata*, o que originava excessos, desproporcionalidade e, nesse aspeto, a Lei de Talião foi um avanço importante, já que, de certa forma, criou uma proporcionalidade entre a lesão e a pena: “olho por olho, dente por dente”. A *Lex Aquilia* foi importante também porque a Lei de Talião não se mostrava adequada a fazer o cálculo do montante das penas pecuniárias em caso de lesão da integridade física ou moral, pois o dano não patrimonial não era suscetível de reparação, mas poderia ser de compensação ou punição (Paula Lourenço, 2006, p. 52 à 57).

⁸ Para Júlio Gomes a função preventiva é também uma função pedagógica (Gomes, 1989, p. 123).

⁹ Júlio Gomes refere que há uma finalidade “preventivo-punitiva, uma vez que prevenção e punição são duas faces de uma mesma medalha” (termo usado por Hans Stoll) “expressões de um único princípio” (Júlio Gomes, 1989, p. 106 e nota 2).

Como refere Almeida Costa “o aspeto punitivo ou retributivo afigura-se estranho à responsabilidade objetiva¹⁰ ou por intervenções lícitas, dada a respetiva natureza. Todavia, não o será, de algum modo, a ideia de prevenção, com vista a evitarem-se situações de risco e a estimular a vigilância das pessoas sobre os seus próprios comportamentos” (Almeida Costa, 2016, p. 532 nota 2). É possível levar este pensamento mais longe e entender que à semelhança da culpa, o dano poderá não ser um pressuposto necessário à responsabilidade cuja função seja a punitiva? Essa ideia é baseada na corrente da análise económica do direito (“*economic analysis of law*”¹¹), inspirado por juristas norte-americanos, mas cujas fronteiras foram alargadas para diversas partes do mundo. Surge uma orientação, em especial sediada nos EUA, em que se afasta o dano dos elementos essenciais da responsabilidade civil. Esses autores repensam o sistema das penas privadas, que se traduz na imposição de uma quantia cominada a título de sanção que pode ter origem convencional, legislativa ou judicial (Almeida Costa, 2016, p. 142 e 532).

1. Responsabilidade Civil

Para melhor compreender as funções da responsabilidade civil, importa explorar o seu regime de forma sumária.

Como foi já mencionado na introdução, a responsabilidade é baseada no princípio do ressarcimento dos danos. O art. 562º CC enuncia que “quem estiver obrigado a reparar um dano é obrigado a reconstituir a situação que existiria se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação”. Acrescenta ainda o n.º 1 do art. 566º CC que “a indemnização é fixada em dinheiro sempre que a reconstituição natural não seja possível, não repare integralmente os danos ou seja excessivamente onerosa para o devedor”. É perceptível que o legislador dá primazia à reconstituição *in natura* sendo a indemnização em dinheiro secundária. No n.º 2 do art. 566º CC consta a chamada teoria da diferença¹², nos termos da

¹⁰ Iremos ver que nos danos punitivos a realidade é distinta. Para mais informação ver nota em relação ao caso *Goddard v. Grand Trunk Railway* de 1869, contém excertos do *Supreme Judicial Court of Maine*, que justificam a responsabilidade objetiva do comitente. Neste caso são citados vários acórdãos, nomeadamente o *Huckle v. Money*.

¹¹ Almeida Costa entende que há uma tendência de confronto dos custos e dos benefícios das soluções jurídicas, quer no plano normativo da criação do direito, quer no plano da sua aplicação. Linha de pensamento que conduz, quando seguida até ao limite, a uma radical funcionalização do direito, despojando-o de valores ético-sociais (Almeida Costa, 2016, p. 143).

¹² Não se toma em consideração o valor objetivo do bem destruído, mas antes a reposição da situação patrimonial do lesado. A jurisprudência sustentou por isso corretamente que, no caso do veículo acidentado a

qual se faz uma avaliação do dano em sentido patrimonial, mediante apreciação concreta das alterações verificadas no património do lesado (Menezes Leitão, 2017, p. 398), ainda assim a teoria da diferença tem, porém, uma aplicação limitada, questão essa que será densificada mais adiante.

A responsabilidade civil extracontratual, designada também de responsabilidade civil delitual, responsabilidade por factos ilícitos, ou responsabilidade extraobrigacional, cujo princípio geral está presente no n.º 1 do art. 483º CC, indica o seguinte: “Aquele que com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar¹³ o lesado pelos danos resultantes da violação”. Do n.º 1 do art. 483ºCC resulta que esta responsabilidade depende da verificação de cinco pressupostos, nomeadamente, a existência de um facto voluntário do agente, e não um mero facto natural causador de danos; a ilicitude desse facto; que se verifique um nexo de imputação do facto ao lesante; que da violação do direito subjetivo ou da lei derive um dano, pois sem isso nem se coloca a questão da responsabilidade; e também que haja um nexo de causalidade entre o facto praticado pelo agente e o dano sofrido pelo lesado de modo a verificar que o dano é resultante daquele facto (Almeida Costa, 2016, p. 557).

O primeiro pressuposto da responsabilidade civil por factos ilícitos é o facto voluntário¹⁴ pode ser por ação ou por omissão. Nesta última, exige-se um dever específico de garante¹⁵, criado por contrato (v.g. alguém que se obrigue a vigiar um doente mental por

indemnização não pode tomar em consideração o valor comercial de venda do veículo, mas antes o que custaria ao lesado a sua compra, pois só deste modo se reconstituirá a situação que existiria se não se tivesse verificado o evento que obriga à indemnização (Menezes Leitão, 2017, p. 398 nota 913).

¹³ O código civil brasileiro ocupa-se da “obrigação de indenizar” (art. 927 a 943) e da indenização (art. 944 a 954) sob o título de responsabilidade civil (Almeida Costa, 2016, p. 757 nota 2).

¹⁴ Esta qualificação tem por objetivo distinguir factos que estejam fora do controle da vontade do agente, os acontecimentos do mundo exterior (v.g. tremores de terra), mas também fenómenos em que o agente não tenha consciência ou não possa exercer domínio sobre a sua vontade (v.g. *vis absoluta*, coação física, o que já não se verifica com a coação moral) (Menezes Leitão, 2017, p. 280).

¹⁵ Cabe admitir aqui uma alusão genérica à ordem jurídica, no sentido de, sempre que, por exemplo, na esfera do direito penal impenda sobre o omitente o dever de agir, em que o agente está na posição de garante, pela não verificação do dano, sustenta-se que também no plano civilístico se terá de afirmar a existência de idêntico conteúdo, que o responsabiliza caso o dano efetivamente se produza. O próprio art. 486ºCC permite essa interpretação ao estipular “por força da lei” e não apenas por força da lei civil (Almeida Costa, 2016, p. 560).

forma a evitar que esse se suicide) ou imposto por lei¹⁶ (v.g. art. 491º, 492º e 493ºCC) previsto no art. 486ºCC (Menezes Leitão, 2017, p. 280).

O segundo pressuposto, a ilicitude¹⁷, no âmbito do direito comparado, pode dizer-se que existe uma contraposição entre os sistemas de grande cláusula geral, como o sistema francês (art. 1382 do *Code Civil*) e italiano (art. 2043 do *Codice*) e os sistemas de cláusulas gerais limitadas, como o sistema alemão (§823, I e II e §826 *BGB*). A distinção entre os dois sistemas é que o primeiro não determina a nível legislativo quais os bens jurídicos cuja lesão envolve responsabilidade, remete essa questão para a apreciação do julgador enquanto o segundo procede por via legislativa a enunciação dos bens jurídicos tutelados. O nosso legislador optou pelo segundo sistema, estabelecendo no art. 483º CC, uma cláusula geral limitada (Menezes Leitão, 2017, pp. 281 - 282). Nos termos do n.º 1 art. 483ºCC a exigência expressa da ilicitude do facto praticado pelo agente pode consistir na violação de direitos subjetivos¹⁸ alheios ou de disposições legais destinadas a proteger interesses¹⁹ alheios,

¹⁶ Entre outros exemplos em que o dever de agir decorre diretamente da lei, Almeida Costa relembra os casos previstos no art. 135º n.º 7 do Código da Estrada (“São também responsáveis pelas infrações previstas no Código da Estrada e legislação complementar”), alínea b) “Os pais ou tutores que conheçam a inabilidade ou a imprudência dos seus filhos menores ou dos seus tutelados e não obstem, podendo, a que eles pratiquem a condução”; d) “Os condutores de veículos que transportem passageiros menores ou inimputáveis e permitam que estes não façam uso dos acessórios de segurança obrigatórios”; e e) “Os que facultem a utilização de veículos a pessoas que não estejam devidamente habilitadas para conduzir, que estejam sob influência de álcool ou de substâncias psicotrópicas, ou que se encontrem sujeitos a qualquer outra forma de redução das faculdades físicas ou psíquicas necessárias ao exercício da condução”. Decidiu-se em acórdão do STJ de 2-VI-1077, que “a obrigação de reparar os danos resultantes de omissão nos termos do art. 486º CC não existe quando o acto omitido tenha sido substituído por outras precauções consideradas idóneas pela generalidade das pessoas para prevenir o acto danoso” (Almeida Costa, 2016, p. 559 nota 2).

¹⁷ Importa distinguir ilicitude de ilegalidade. Em ambos os casos verifica-se uma violação de uma norma, mas enquanto na ilicitude essa norma impõe um dever jurídico, cujo desrespeito implica uma verdadeira sanção, na ilegalidade a norma ofendida envolve um *onus* jurídico e, dessa forma, a sua infração pressupõe uma simples desvantagem. Sendo assim, é ilícito não cumprir uma obrigação (art. 798ºCC), difamar (art. 180º CP) e é ilegal realizar a venda de um imóvel por simples documento particular não autenticado (art. 875ºCC) (Almeida Costa, 2016, p. 561 nota 1).

¹⁸ Estão aqui incluídos os direitos absolutos ou *erga omnes*, nos quais se acentua a existência de um vínculo universal ou geral, que liga o sujeito ativo a todos os outros indivíduos em que estes têm como correlato a chamada obrigação negativa universal, que se traduz no dever que se impende sobre as restantes pessoas de não perturbarem o exercício de tais direitos. Os direitos absolutos podem ser diferenciados em direitos de personalidade (por exemplo o direito ao nome), direitos de família (por exemplo o poder paternal) e direitos reais (por exemplo o direito de propriedade, que incide sobre objetos corpóreos e confere um poder de domínio, a propriedade industrial e os direitos de autor) (Hörster, 2016, p. 46). Por oposição, temos os direitos de crédito, que são relativos pois valem apenas *inter partes* (Almeida Costa, 2016, p. 91). Em matéria da violação dos direitos de crédito o legislador estipulou a sua proteção no art. 798ºCC e seguintes, na responsabilidade contratual ou obrigacional. Ao binómio conceitual “direito absoluto – direito relativo” corresponde grosso modo, o binómio “direito de domínio – direito de crédito” (Hörster, 2016, p. 47).

¹⁹ A lei visa a defesa de interesses particulares, mas que não sendo direitos subjetivos são deveres impostos pela lei, como é exemplo a infração da lei que proíba o estacionamento de veículos em certos locais, ou a infração de uma lei aduaneira destinada a proteger a indústria do país. Contudo, a invocação do referido

surgindo ainda noutros locais, previsões específicas de comportamentos ilícitos, tais como os artigos 334º, abuso do direito²⁰; 335º, colisão de direitos; 484º, ofensa do crédito ou do bom nome; 485º, conselhos, recomendações ou informações, todos do CC. A questão que se poderia colocar é se esse juízo de desvalor atribuído pela ordem jurídica versa sobre o comportamento do agente (teoria do desvalor do facto) ou se incide sobre o próprio resultado (teoria do desvalor do resultado). A posição adotada maioritariamente pela doutrina é a que a ilicitude assenta num desvalor do facto, não se auferindo em relação ao resultado, mas pressupõe uma avaliação do comportamento do agente²¹ (Menezes Leitão, 2017, p. 283). A lei enuncia que, para haver responsabilidade civil, a violação de direitos subjetivos ou das normas de proteção tem de ser feita ilicitamente, significa isso que poderá ser realizada licitamente, são as denominadas causas de exclusão da ilicitude. Sumariamente são elas: no exercício de um direito; no cumprimento de um dever; em legítima defesa (art. 337ºCC); a ação direta (art. 336ºCC); o estado de necessidade (art. 339ºCC); e o consentimento do lesado (n.º 1 do art. 340ºCC).

No que concerne ao nexo de imputação do facto ao lesante, a culpa, deve ser entendida em sentido normativo como a omissão da diligência que seria exigível ao agente de acordo com o padrão de conduta que a lei impõe. Nestes termos, o juízo de culpa representa um desvalor atribuído pela ordem jurídica ao facto voluntário do agente, que é visto como axiologicamente reprovável (Menezes Leitão, 2017, p. 305). Poder-se-á dizer que, a ilicitude encara o comportamento do autor do facto sob um ângulo objetivo, enquanto

fundamento da responsabilidade depende de três requisitos, a saber: 1) que à lesão dos interesses dos particulares corresponda a ofensa de uma norma legal *lato sensu*; 2) que se trate de interesses alheios legítimos ou juridicamente protegidos por essa norma e não de simples interesses reflexos ou por ela apenas reflexamente protegidos, enquanto tutela interesses gerais indiscriminados. Um exemplo em que não há subsunção desta norma é se uma lei proíbe determinada importação com a finalidade de evitar a saída de divisas e defende apenas reflexamente a indústria do país. Já estaremos perante um interesse juridicamente protegido, se essa lei vedar a importação com o objetivo direto de favorecer os fabricantes nacionais); 3) que a lesão se efetive no próprio bem jurídico ou interesse privado que a lei tutela, v.g. se forem impostas normas para a produção de uma especialidade farmacêutica com o escopo da defesa da saúde dos consumidores e certo laboratório as viola, não pode um concorrente seu, amparado no n.º 1 do art. 483ºCC, reclamar qualquer indemnização pelos danos sofridos em consequência do descrédito público desse produto (Almeida Costa, 2016, p. 563).

²⁰ Viola o princípio da boa-fé e o princípio da confiança, em que o titular do direito extravasa clamorosamente os ditames da boa-fé, dos bons costumes ou do fim social e económico desse direito.

²¹ Não há ilicitude sempre que o comportamento do agente, apesar de representar uma lesão de bens jurídicos, não prossiga qualquer fim proibido por lei, v.g. as intervenções médicas efetuadas de acordo com as *leges artis* não se podem considerar ilícitas (Menezes Leitão, 2017, p. 284 nota 629).

violação de valores defendidos pela ordem jurídica (juízo de censura²² sobre o próprio facto); enquanto a culpa pondera o lado subjetivo desse comportamento, ou seja, as circunstâncias individuais concretas que o envolveram (juízo de censura sobre o agente em concreto) (Almeida Costa, 2016, p. 579). O primeiro pressuposto da culpa é a imputabilidade do agente e a lei, no n.º 1 do art. n.º 488ºCC, descreve que é inimputável “quem no momento em que o facto ocorreu, estava, por qualquer causa, incapacitado de entender ou querer, salvo se o agente se colocou culposamente nesse estado, sendo este transitório”. No seu n.º 2 está presente uma presunção de inimputabilidade nos menores de sete anos e nos interditos por anomalia psíquica. As modalidades de culpa são duas, a saber: a mera culpa ou negligência, ou seja, a culpa em sentido estrito ou negligência; e o dolo, que por sua vez tem três categorias: dolo direto, dolo indireto ou necessário e dolo eventual. Entende-se por mera culpa o simples desleixo, imprudência ou inaptidão, dessa forma, o resultado ilícito deve-se somente à falta de cuidado, imprevidência ou imperícia. Entende-se que há dolo quando o agente representa o resultado danoso e o ato é praticado com a intenção malévola de produzi-lo ou apenas aceitando-se reflexamente esse efeito (Almeida Costa, 2016, p. 582). A negligência admite duas modalidades: a negligência consciente (o agente viola o dever de diligência a que estava obrigado, representa a verificação do facto como consequência possível da sua conduta, mas atua sem se conformar com a sua verificação) e a negligência inconsciente (o agente viola o dever de diligência a que estava obrigado, mas não chega sequer a representar a verificação do facto). Em ambos os casos, o agente não deseja efetivamente a verificação do facto, ainda que a omissão do dever de cuidado que estava obrigado o torne responsável. No dolo direto o agente quer a verificação do facto e a sua conduta é direcionada diretamente a produzi-lo, enquanto no dolo necessário o agente não dirige a sua atuação diretamente a produzir a verificação do facto, mas aceita-o como consequência necessária da sua conduta. Já no dolo eventual, o agente representa a verificação do facto como consequência possível da sua conduta e atua, conformando-se com a sua verificação (Menezes Leitão, 2017, p. 307 e 308). O juízo de censura pode ser estabelecido por duas formas, a apreciação da culpa em concreto e em abstrato, em que neste

²² Ao afirmar-se que a culpa envolve um juízo de censura dirigido ao agente, considera-se apenas a responsabilidade resultante de factos ilícitos, quer dizer só na medida em que o facto é ilícito e, por isso, censurável, também censurável terá de ser o agente que o praticou (salvo nos casos de responsabilidade objetiva ou de ocorrência de causas de exclusão de culpa (Almeida Costa, 2016, p. 579 nota 2).

a lei exige ao agente uma diligência do homem médio, o critério do *bonus pater familiae*²³ e no outro exige ao agente a diligência que ele põe habitualmente nos seus próprios negócios ou de que é capaz. O nosso CC estipula no n.º 2 do art. 799º que o critério de apreciação da culpa na responsabilidade obrigacional é comum à responsabilidade delitual. Esse critério encontra-se formulado no n.º 2 do art. 487ºCC onde se prevê que “a culpa é apreciada, na falta de outro critério legal, pela diligência de um bom pai de família, segundo as circunstâncias do caso”. Tradicionalmente era estabelecida uma graduação da culpabilidade em três estádios: culpa grave²⁴, culpa leve e culpa levíssima, mas devido ao n.º 2 do art. 487ºCC só considerar como culposa a omissão da diligência do bom pai de família, tal implica que a culpa levíssima não seja nesta sede considerada atualmente como culpa (Menezes Leitão, 2017, pp. 311 - 313). O que permite concluir também que se consagra a apreciação de culpa em abstrato²⁵, o critério do bom pai de família e não em concreto, segundo a diligência habitual do autor do facto ilícito (Almeida Costa, 2016, p. 583). À semelhança do que acontece com a ilicitude, também a culpa pode ser excluída sempre que não seja vertido sobre o agente um juízo de censurabilidade pela ordem jurídica em relação ao seu comportamento. Podemos enumerar três causas de exclusão, a saber: erro desculpável (falsa representação da realidade sem censurabilidade), medo invencível (medo inultrapassável sem censurabilidade, um exemplo clássico é a Tábua de Carnêiades²⁶) e desculpabilidade (mesmo não se verificando erro ou medo, face às circunstâncias não era exigível ao agente comportamento diferente). Ainda no que refere à culpa, o legislador

²³ No direito romano essa expressão era usada para designar o cidadão normal, de acordo com os padrões médios sociais, cívicos e familiares da sociedade. Corresponde à conduta de uma pessoa normalmente diligente (Galvão Telles, 1997, p. 354). Nesse sentido também Santos Justo, aduz que a culpa é vista como um desvio de um modelo ideal de conduta representado pela diligência de um pai de família cuidadoso, um *diligens paterfamilias* (Santos Justo, 2008, p. 204 nota 8).

²⁴ Culpa grave corresponde a uma situação de negligência grosseira, em que a conduta do agente só seria suscetível de ser realizada por uma pessoa especialmente negligente, uma vez que a maioria das pessoas não procederá da mesma forma. Culpa leve corresponde à omissão da diligência do *bonus pater familias*. Culpa levíssima corresponde à situação em que a conduta do agente só não seria realizada por uma pessoa excepcionalmente diligente, uma vez que mesmo um homem médio não a conseguiria evitar (Menezes Leitão, 2017, p. 313). A culpa levíssima seria a que apenas uma pessoa excepcionalmente diligente conseguiria evitar, corresponde a uma diligência de um ótimo pai de família, com cuidados extremos, um *diligentissimus pater familias* (Galvão Telles, 1997, p. 354 e 356).

²⁵ Cf Paula Lourenço, que acrescenta apenas que foi também adotado pelos códigos civis francês e italiano referindo o “cuidado que se tem ordinariamente”, *im verkher*, consagrado no art. 276 o BGB (Paula Lourenço, 2006, p. 210).

²⁶ Tendo apenas duas pessoas escapado ao naufrágio de um navio, lutam entre si pela posse de uma tábua a que se agarrar, acabando um deles por matar o outro, salvando assim a sua própria vida, mas à custa do outro. A morte não é lícita, mas exclui a culpa e, por sua vez, a responsabilidade (Menezes Leitão, 2017, p. 322 nota 728).

estipulou presunções²⁷ de culpabilidade, para além da presunção de culpa na responsabilidade contratual, n.º 1 do art. 799ºCC, verifica-se também nos danos causados por incapazes, art. 491ºCC; nos danos derivados de edifícios ou outras obras, n.º 1 do art. 492ºCC; nos danos causados por coisas ou animais, n.º 1 do art. 493ºCC; e nos danos derivados do exercício de atividades perigosas, n.º 2 do art. 493ºCC. Estas presunções de culpa correspondem a situações em que se verifica uma fonte específica de perigo. Pode ainda haver o concurso da culpa do lesado, em que a culpa do lesante pode concorrer com a existência simultânea de culpa do lesado, cujo critério, nos termos do n.º 2 do art. 487ºCC é a omissão da diligência que teria um bom pai de família, nas circunstâncias do caso concreto, a evitar ou reduzir os danos sofridos. Cabe ao tribunal determinar, com base na gravidade da culpa de ambas as partes e nas consequências que delas resultaram, se ela deve ser totalmente concedida, reduzida ou mesmo excluída (n.º 1 do art. 570ºCC²⁸). Entende-se que para se aplicar este regime, a atuação do lesado terá de ser subjetivamente censurável, não bastando a mera causalidade da sua conduta em relação aos danos (Menezes Leitão, 2017, pp. 322 - 324).

Como já foi mencionado sem dano não há responsabilidade civil, podendo ser presumido, mas é este que aciona o instituto da responsabilidade civil. Por dano entende-se que é toda a ofensa de bens ou interesses alheios protegidos pela ordem jurídica (Almeida Costa, 2016, p. 591). Existem várias classificações de danos, todavia, enumeraremos apenas alguns, nomeadamente: danos patrimoniais e danos não patrimoniais; dano emergente e lucro cessante; danos presentes e danos futuros. Os danos patrimoniais são aqueles que são suscetíveis de avaliação pecuniária e incidem sobre interesses de natureza material ou económica, por contraposição, os danos não patrimoniais²⁹ não são suscetíveis de avaliação pecuniária e incidem sobre valores de ordem espiritual, ideal ou moral (Almeida Costa, 2016, p. 592). Menezes Leitão refere que a distinção entre estes danos não contempla a natureza do bem afetado, mas sim o tipo de utilidade que esse bem proporcionava e que se veio a frustrar com a lesão. Ou seja, a lesão pode provocar danos patrimoniais, a diminuição

²⁷ As presunções implicam uma inversão do ónus da prova (n.º 1 do art. 350ºCC). Contudo, estas são ilidíveis mediante prova em contrário (n.º 2 do art. 350ºCC), dado que a regra é que cabe ao lesado provar a culpa do autor da lesão, nos termos do n.º 1 do art. 487ºCC.

²⁸ Estipula o n.º 2 do mesmo art. se a culpa for presumida, salvo disposição em contrário, a culpa provada do lesado, exclui o dever de indemnizar. Nesse sentido e por maioria de razão o preceito aproveita também à responsabilidade pelo risco.

²⁹ Mafalda Miranda Barbosa enuncia que os danos não patrimoniais são definidos em termos negativos, como aqueles que não são suscetíveis de avaliação pecuniária (Miranda Barbosa, 2023, p. 27).

do seu valor comercial e danos não patrimoniais, se a coisa possuir valor estimativo (Menezes Leitão, 2017, pp. 328 - 329). Dano emergente³⁰ compreende a perda ou diminuição de valores já existentes no património do lesado e lucro cessante refere-se aos benefícios que ele deixou de obter em consequência da lesão, ou seja, ao acréscimo patrimonial frustrado como é evidenciado pela letra da lei no n.º 1 do art. 564ºCC (Almeida Costa, 2016, p. 596). Os danos presentes são aqueles que já se verificaram, à data da fixação da indemnização e, como consta do n.º 2 do art. 564ºCC, os danos futuros são aqueles que ainda não se verificaram todavia, são previsíveis. Estes últimos, por sua vez, subdividem-se em certos e eventuais, conforme a respetiva produção se apresente infalível ou apenas possível (Almeida Costa, 2016, p. 597).

Em relação ao nexo de causalidade entre o facto praticado pelo agente e o dano sofrido pelo lesado é imperativo verificar que o dano é resultante daquele facto. Esse nexo de causalidade desempenha uma dupla função: a de pressuposto da responsabilidade civil e a medida da obrigação de indemnizar (Almeida Costa, 2016, p. 605). A posição dominante é a teoria da causalidade adequada, significa que não basta que haja um nexo de causalidade entre o facto praticado pelo agente e que daí advenha o dano, ele tem de ser *conditio sine qua non*, é necessário que, em abstrato, seja também adequado a produzi-lo, segundo o curso normal das coisas³¹ (Menezes Leitão, 2017, p. 341).

Responsabilidade contratual ou responsabilidade obrigacional³², ou responsabilidade negocial que resulta da violação de um direito de crédito ou obrigação em sentido técnico. Encontra-se prevista no art. 798º CC, onde é possível verificar a existência dos mesmos pressupostos da responsabilidade por factos ilícitos, apesar de no n.º 1 do art. 799º CC existir uma presunção relativa, *iuris tantum*, de culpa, que não existe na

³⁰ No direito da *common law* para se referir a dano emergente e lucro cessante usa-se a expressão *losses and damages*. Menezes Leitão refere que para que o dano emergente seja indemnizável basta que o lesado possuísse uma utilidade que perdeu em consequência da lesão. No caso do lucro cessante, no momento da lesão o lesado terá de ser titular de uma expectativa jurídica que lhe permitisse a aquisição de um benefício que não se verificou devido à lesão (Menezes Leitão, 2017, p. 327). Considera-se expectativa jurídica, a situação em que uma pessoa, que ainda não sendo titular de um direito subjetivo, conta, razoavelmente, vir a ter. Uma esperança que o direito tutela, um direito que se está a formar, faltando apenas uma condição para se verificar o *ius perfectum*, v.g. a expectativa jurídica de ser herdeiro legitimário do pai (Santos Justo, 2009, p. 63).

³¹ Cf (Almeida Costa, 2016, p. 763).

³² Para Almeida Costa esta é a designação mais completa, mas também é suscetível de críticas (Almeida Costa, 2016, p. 539 nota 1). O autor entende que o nome responsabilidade contratual não é rigoroso, pois para além dos contratos, existem outras fontes de tais vínculos cujo incumprimento origina essa responsabilidade civil, tais como negócios jurídicos unilaterais ou a lei (Almeida Costa, 2016, p. 539).

responsabilidade delitual. Apesar do nosso Código tratar separadamente estas duas categorias de responsabilidade, nomeadamente nos artigos 483º e 798º e seguintes do CC, a obrigação de indemnização delas resulta num regime unitário, nomeadamente nos artigos 562º e seguintes do CC. No que refere às regras de conflito rege-se também pelo art. 3º e ss, do Regulamento (CE) n.º 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de junho de 2008 (denominado de “Roma I”) enquanto que a responsabilidade delitual cf. art. 4º do Regulamento (CE) n.º 864/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de julho de 2007, relativo à lei aplicável às obrigações extracontratuais (denominado de “Roma II”) – bem como por diferentes regras de competência jurisdicional (n.º 1 art. 71º e 2 CPC) (Menezes Leitão, 2017, pp. 276 - 277).

A responsabilidade pré-negocial ou pré-contratual³³, é a questão da culpa na formação dos contratos. Ganhou importância devido a Rudolf Von Jhering e designa-se pela expressão *culpa in contrahendo*. O regime está consagrado no art. 227º CC, onde é notório que abrange a fase negociatória, que decorre desde o início das negociações até à emissão da proposta contratual, e a fase decisória, que decorre desde a emissão da proposta contratual até à sua aceitação e à conclusão do contrato (Menezes Leitão, 2017, p. 353). A responsabilidade decorrente da *culpa in contrahendo* traduz-se na indemnização dos chamados danos negativos³⁴, ou seja, os danos que a parte inocente não teria sofrido se o contrato tivesse sido celebrado válida e eficazmente (Galvão Telles, 2010, p. 207).

A responsabilidade objetiva³⁵ por oposição à responsabilidade subjetiva, existe independentemente de culpa e, por isso é excecional, sendo apenas admitida nos casos previstos na lei. Ela está presente no n.º 2 do art. 483º CC e 499º e ss do CC, em que se prescinde do juízo de desvalor, efetuando-se a imputação de acordo com critérios objetivos de distribuição de risco (Menezes Leitão, 2017, p. 275). Embora predomine o princípio da

³³ De igual forma, Almeida Costa refere que abrange os três ciclos do desenvolvimento do vínculo contratual: na sua formação, n.º 1 art. 227ºCC, na sua integração, art. 239ºCC e ainda na sua execução, ou seja, o exercício dos direitos e o cumprimento das obrigações que dele derivam, n.º 2 art. 762ºCC (Almeida Costa, 2016, p. 299).

³⁴ Danos negativos são aqueles que o lesado não teria se não tivesse celebrado o contrato. Galvão Telles esclarece e exemplifica que, muito excecionalmente, poderá surgir um dano positivo, o caso de uma das partes convencer a outra de que o contrato de compra e venda a celebrar precisa de constar de escritura pública, quando bastaria documento particular e a outra parte, desconhecedora, suporta como comprador, as maiores despesas daí resultantes (Galvão Telles, 2010, p. 207 nota 212).

³⁵ O direito alemão foi o primeiro a consagrar a responsabilidade sem culpa, por uma lei de 1838 relativo aos acidentes de caminho de ferro, alargada em 1871 a outras atividades perigosas (Almeida Costa, 2016, p. 529 nota 2).

responsabilidade subjetiva ou baseada na culpa, na responsabilidade objetiva, também existe a obrigação de reparação, já no que diz respeito à função punitiva esta é estranha à responsabilidade objetiva, no nosso ordenamento jurídico. Nesse sentido temos Galvão Telles que esclarece que esta responsabilidade não tem carácter sancionatório, mas meramente reparador porque o sujeito não age ilícita e culposamente (Galvão Telles, 1997, p. 418 nota 1).

No que refere à responsabilidade por factos lícitos, ou responsabilidade pelo sacrifício, a lei também prevê o direito à indemnização, a quem viu os seus direitos sacrificados, em resultado de uma atuação lícita destinada a fazer valer um direito ou um interesse de valor superior e pode ser de direito privado ou de direito público (v.g. expropriação e requisição por utilidade pública, mediante justa indemnização, consagrado no n.º 2 do art. 62º da CRP e Código das Expropriações aprovado pelo DL 168/99, de 18 de setembro). O caso mais importante em que a lei prevê uma responsabilidade pelo sacrifício, ocorre no estado de necessidade, consubstanciado no n.º 2 do art. 339º CC. Outra situação de responsabilidade pelo sacrifício, surge no caso previsto do n.º 2 do art. 81º CC³⁶, no que refere ao livre exercício dos direitos de personalidade (Menezes Leitão, 2017, p. 394). Nesta responsabilidade não há uma conduta objetivamente censurável, ou seja, ilícita, a culpa não assume a natureza de um juízo de censura, coincidindo apenas com a mera imputação do facto ao agente (Almeida Costa, 2016, p. 579 nota 2).

2. A função punitiva no ordenamento jurídico português

Como refere Paula Lourenço, “perscrutar a possibilidade de atribuição, no âmbito da responsabilidade civil, de uma indemnização sancionatória ou de um montante punitivo, implica quebrar o dogma da função exclusivamente ressarcitória da responsabilidade civil, e adotar uma atitude crítica perante os montantes atribuídos a título de indemnização, os quais muitas vezes são atribuídos sem se explicar o *iter* do seu cálculo, ou os critérios que o norteiam” (Paula Lourenço, 2008, p. 11). Dogma esse que foi colocado em causa, aos pressupostos clássicos da responsabilidade civil, pela reflexão de Pereira Coelho acerca da causa virtual e da relevância da culpa do agente na determinação do *quantum* indemnizatório (Pereira Coelho, 1998, p. 206 e ss). Como Galvão Telles aduz, a responsabilidade civil

³⁶ “A limitação voluntária, quando legal, é sempre revogável, ainda que com obrigação de indemnizar os prejuízos causados às legítimas expectativas da outra parte.”

exerce uma função reparadora, destinada a reparar ou indemnizar prejuízos sofridos por outrem, contudo, desempenha também uma função sancionatória, sempre que na sua base se encontra um ato ilícito e culposos e representa uma forma de reação do ordenamento jurídico contra um comportamento censurável (Galvão Telles, 1997, p. 418).

A responsabilidade civil, através do surgimento da obrigação de indemnização, tem em vista, precisamente, tornar *indemne* o lesado, isto é, sem dano, visando colocar o lesado na situação em que estaria sem a ocorrência do facto danoso (Mota Pinto, 2005, p. 128). A responsabilidade civil está assente no princípio do ressarcimento dos danos, mas como foi já referido, não se esgota nesta função, tendo também uma função preventivo-punitiva. Mas na realidade o dano parece condicionar a função punitiva, sendo por isso que muitos autores que admitam a função punitiva entendam que ela é apenas acessória ou subordinada à função primordial, a reparatória. Já os romanos diziam *tempus fugit* e, na verdade, o direito acompanha a sociedade e a evolução dos tempos e atua quando necessário, quando as outras ordens sociais falham. Do mesmo modo, o instituto da responsabilidade civil, tem vindo a evoluir, seja por necessidade, seja pelas novas atividades, profissões, energias, novidades científicas e tecnológicas, suscetíveis de causar danos a terceiros.

A função punitiva da responsabilidade civil, tem presença a nível internacional, nomeadamente, na jurisprudência e doutrina italiana (*danni punitivi*), na francesa (*intérêts et dommages punitifs*) e espanhola (*indemnizaciones sancionatorias ou indemnizaciones punitivas*) só a título exemplificativo (Paula Lourenço, 2008, p. 12).

Paula Lourenço enuncia as manifestações da função punitiva, especificamente, a responsabilidade civil com culpa, o recurso à equidade para a fixação do montante da indemnização, a geral irrelevância da causa virtual, os danos não patrimoniais, a mora do devedor, a sanção pecuniária compensatória, as punições civis, o sinal, a cláusula penal e a sanção pecuniária compulsória. Para além do CC, existem manifestações da função punitiva³⁷ da responsabilidade civil, que devo enunciar, nomeadamente: nos direitos de autor; no direito do trabalho; no contrato de agência; e no contrato de seguro (Paula Lourenço, 2006, p. 245 e ss).

³⁷ Também nos anos ambientais e danos ecológicos; nos contratos celebrados à distância; e na concorrência desleal, mas não fazem parte do objeto deste trabalho.

2.1. A responsabilidade com culpa e os critérios para a atribuição do *quantum* indemnizatório-sancionatório

Algumas disposições do CC fazem depender a responsabilidade dos graus de culpa do agente e basta apenas esse facto para demonstrar que este instituto não se preocupa apenas com a reparação do dano³⁸. Pereira Coelho evidencia a relevância da culpa do lesante para aferir o *quantum* da indemnização como a única forma de resolver com justiça o problema da causa virtual (Pereira Coelho, 1998, p. 206 e ss).

A maioria da doutrina defende que o art. 494º CC, limitação da indemnização no caso de culpa leve, é uma manifestação da função punitiva e preventiva da responsabilidade civil porque o *quantum* é determinado dependendo do grau de culpa do agente, e dessa forma, admite-se que a indemnização seja inferior ao dano causado. Se este instituto fosse meramente ressarcitório, o grau de culpa não teria qualquer relevância na determinação do *quantum*. A função punitiva não se revela apenas quando a norma tem por finalidade punir o agente, mas também quando limita o montante indemnizatório atendendo à culpa leve (art. n.º 494º CC³⁹) ou quando pondera a culpa do lesado (art. n.º 570º CC) (Paula Lourenço, 2006, pp. 253 - 255). No art. n.º 494º CC o legislador apela à equidade, passo a citar: “quando a responsabilidade se fundar na mera culpa, poderá a indemnização ser fixada equitativamente, em montante inferior ao que corresponderia os danos causados, desde que o grau de culpabilidade do agente, a situação económica deste e do lesado e as demais circunstâncias do caso o justifiquem.” Após leitura do preceito legal, é perceptível uma incerteza no que refere ao *quantum* e, na esteira do pensamento de Galvão Teles, este artigo deverá ser aplicado com prudência, pois tal aplicação comprime o direito do lesado, podendo este ficar sem indemnização em parte dos danos reais que teve (Galvão Telles, 1997, p. 357 nota 1). A verdade é que o julgador deve ter espaço para subsumir uma norma geral e abstrata a um caso que é individual e concreto. Até por uma questão de separação de poderes, pois o legislador não pode imiscuir-se no papel do julgador, consubstanciando o devido equilíbrio entre os dois fins do direito, a segurança jurídica e a justiça.

³⁸ V.g. em caso de mora do credor, o devedor só é responsável pela perda ou deterioração da coisa se houver dolo de sua parte, conforme n.º 1 do art. 814º CC; só em caso de dolo do doador ou do comodante é que estes são responsáveis pelos vícios do direito ou da coisa doada ou comodada, nos termos da al. b) n.º 2 art. 956º, art. 957º e 1134º todos do CC (Paula Lourenço, 2006, p. 249).

³⁹ Apesar de estar inserido na responsabilidade extracontratual este preceito também se aplica responsabilidade contratual e quem tem o ónus de prova da culpa leve é o lesante.

O n.º 2 do art. 497º CC, estipula uma presunção *iuris tantum*, em que a culpa se presume igual e o direito de regresso só existirá contra os agentes que agiram com culpa e na medida da sua culpa (o direito de regresso só é admitido contra os responsáveis solidários que tenham agido com culpa). Dessa forma, resulta que só contra quem tem culpa é que se admite o direito de regresso, o lesante culposo não tem o direito de regresso contra os não culpados. Nesse sentido, para a maioria da doutrina essa ponderação é a própria manifestação da função punitiva da responsabilidade civil, em que a punição é efetuada em função de um juízo de censurabilidade (Paula Lourenço, 2006, p. 259).

No art. 570º CC, culpa do lesado⁴⁰, o juiz terá de atender à gravidade da culpa do agente ou do lesado (ou até do risco⁴¹) e às consequências do caso em concreto. Menezes Leitão⁴² entende que a culpa do lesante pode concorrer com a culpa do lesado, todavia, esta só opera na medida em que o seu comportamento for concausa do dano. Importa que o lesado tenha contribuído para a produção ou agravamento dos danos, mas sobre o lesado terá de ser emitido um juízo de censurabilidade acerca da sua conduta, não basta a mera causalidade do seu comportamento em relação ao dano, tem de haver culpa e o lesado terá de ser imputável⁴³. Essa culpa do lesado corresponde a um desrespeito de um ónus jurídico e não um ato ilícito, pois não há um dever jurídico de evitar a ocorrência de danos para si próprio. O julgador poderá reduzir ou até mesmo excluir a indemnização, se a culpa do agente for diminuta e a culpa do lesado for elevada ou grave, mas a culpa do agente não exclui a

⁴⁰ É apreciada nos termos do n.º 2 do art. 487º CC, como a omissão de diligência de acordo com o critério do *bonus pater familias*.

⁴¹ Por maioria de razão o preceito do n.º 2 do art. 570ºCC aplicar-se-á também à responsabilidade pelo risco. A culpa provada do lesado constitui um fundamento forte de responsabilidade, pelo que deve absorver os fundamentos fracos, nomeadamente a culpa presumida e risco (Menezes Leitão, 2017, p. 323 nota 730). Já Almeida Costa entende que o art. 570ºCC apenas prevê diretamente a hipótese de culpa de ambas as partes e é discutível se a culpa do lesado afasta a responsabilidade pelo risco, porém caso se admita a concorrência entre o risco da atividade do agente e a culpa do lesado, surgirá o problema da aplicação analógica do art. 570ºCC (Almeida Costa, 2016, p. 784).

⁴² Cf Almeida Costa e Paula Lourenço (Almeida Costa, 2016, p. 781 e ss); (Paula Lourenço, 2006, p. 261 e ss).

⁴³ Cf. Almeida Costa que também tem esse entendimento, nomeadamente de haver conculpabilidade ou co-responsabilidade entre a pessoa obrigada a reparar um dano e a que tem direito a essa reparação, concluindo que a formulação legal afasta os atos do lesado que, mesmo que sejam concausa do dano, não mereçam um juízo de reprovação ou censura. A redução ou até mesmo a exclusão da indemnização ocorre apenas se o lesado não adotou um comportamento exigível que evitaria total, parcial ou até mesmo o agravamento dos danos. (Almeida Costa, 2016, p. 782). Galvão Telles explica que quer na responsabilidade extraobrigacional, quer na obrigacional, se o lesado contribuiu culposamente para a produção ou agravamento dos danos por ele sofridos, o julgador terá de graduar ambas as culpas e, nesse sentido, o julgador poderá reduzir ou até mesmo excluir a indemnização, nos termos do art. 570ºCC (Galvão Telles, 1997, p. 357).

ponderação da culpa do lesado⁴⁴. Menezes Leitão concretiza a ideia do seguinte modo: alguém atinge outrem com uma faca, com o intuito de causar-lhe danos corporais e os danos vêm a ser considerado agravados porque o lesado recusou-se a receber tratamento. Dessa forma, o agravamento dos danos será imputado ao lesado. O julgador terá de fazer uma ponderação de ambas as culpas. Por conseguinte, no regime da culpa do lesado é perceptível “a vertente sancionatória da responsabilidade civil subjetiva”, pois o juízo de censura não é exclusivamente estabelecido em relação ao comportamento do lesante mas, como foi referido anteriormente, numa ponderação de ambas as culpas e das respetivas consequências (Menezes Leitão, 2017, pp. 323 - 324). Também Paula Lourenço declara inclusive, no que concerne à ponderação do grau de culpa do lesante e do lesado, que a maioria da doutrina portuguesa admite que a responsabilidade civil revela aqui a sua função punitiva (Lourenço, 2006, p. 264).

Analisando a teoria da diferença, presente no art. 566º CC, referente à indemnização por equivalente, traduz o valor em dinheiro dos prejuízos causados⁴⁵. Estabelece o n.º 2 do presente artigo que “sem prejuízo do preceituado noutras disposições, a indemnização em dinheiro tem como medida a diferença entre a situação patrimonial do lesado, na data mais recente que puder ser atendida pelo tribunal, e a que teria nessa data se não existissem danos”. O legislador consagra assim a teoria da diferença como critério de avaliação de indemnização pecuniária, nos quais faz-se uma avaliação do dano⁴⁶ em sentido patrimonial, mediante a apreciação concreta das alterações verificadas no património do lesado⁴⁷. Conclui-se assim, que a teoria da diferença é limitada, pois não se aplica aos danos não patrimoniais nem aos danos futuros. Nas exceções à teoria da diferença encontra-se, “embora apenas acessoriamente, um escopo de repressão e prevenção desses actos ilícitos” (Almeida Costa, 2016, p. 521 nota 3). O legislador no n.º 2 do art. 566º CC refere ainda “sem prejuízo do preceituado noutras disposições”, nesta ressalva cabem, nomeadamente, os artigos n.º 1

⁴⁴ Na esteira desse pensamento, a propósito dos acidentes de viação, exclui-se a responsabilidade do lesante, se o acidente for imputável ao lesado, nomeadamente no art. 505ºCC e a colisão de veículos poderá originar numa repartição de responsabilidade conforme é explícito no art. 506ºCC.

⁴⁵ Constitui uma das chamadas dívidas de valor, são obrigações que versam *ab initio* sobre uma quantia em dinheiro (Almeida Costa, 2016, p. 736 nota 1 e p. 777).

⁴⁶ O momento decisivo para o cálculo do dano é o último momento (Paula Lourenço, 2006, p. 274).

⁴⁷ Para concretizar, no caso de um veículo acidentado a indemnização não tem em consideração o valor comercial do mesmo, mas antes o que custaria ao lesado a sua compra, ou seja, não se toma em consideração o valor objetivo do bem destruído, mas sim a reposição da situação patrimonial do lesado (Menezes Leitão, 2017, p. 398 e 399). Em suma, a teoria da diferença é o resultado da situação hipotética e a situação real (Menezes Leitão, 2017, p. 268).

do 1041º CC (“Mora do locatário”); 1127º CC (“Tosquia de gado lanígero”); n.º 2 do 1320º CC (“Animais selvagens com guarida própria”); n.º 2 do 1552º CC (“Encrave voluntário”); n.ºs 2 e 4 do 442º CC (“Sinal”)⁴⁸. Às situações que escapam à teoria da diferença o legislador manda atender ao grau de culpa do agente para fixação do *quantum*, devendo ainda ser mencionada a ressalva no n.º 3 do art. 566º CC, o critério da equidade, em caso de impossibilidade de determinar com precisão o montante dos danos. Sendo assim, a teoria da diferença não é admitida em termos absolutos e as suas exceções têm como objetivo evitar injustiças e é perceptível que a obrigação de indemnizar não visa apenas a reparação do dano (Almeida Costa, 2016, p. 779).

A irrelevância da causa virtual⁴⁹ é a solução estabelecida pelo nosso legislador como sendo a regra e preconizada pelos críticos à teoria da diferença, no âmbito do nexo de causalidade (previsto no art. 563º CC). A maioria da doutrina, assim como a jurisprudência, considera o regime de regra geral a irrelevância da causalidade virtual⁵⁰. Ela impõe a subsistência da obrigação de indemnizar apesar da causa hipotética, o que traduz que a indemnização não visa reparar o dano, é assim atribuída ao lesado pela função punitiva da responsabilidade civil. O legislador excecionou e, por isso, previu na lei, a relevância negativa da causa virtual⁵¹ em determinadas situações, respetivamente nos artigos: 491º (“Responsabilidade das pessoas obrigadas à vigilância de outrem”); 492º (“Danos causados por edifícios ou outras obras”); n.º 1 do 493º (sendo a epígrafe “Danos causados por coisas, animais ou atividades”); n.º 2 do 616º (cuja epígrafe é “Efeitos em relação ao credor”); n.º 2

⁴⁸ Almeida Costa enuncia mais exemplos, todos do CC, que cabem na ressalva do n.º 2 do art. 566º CC, a saber: 508º CC (“Limites máximos”) e 510º CC (“Limites da responsabilidade”); 899º CC (“Indemnização, não havendo dolo nem culpa”); 900º CC (Indemnização pela não convalidação da venda”); 909º CC (“Indemnização em caso de simples erro”) e 910º CC (“Não cumprimento da obrigação de fazer convalescer o contrato”); 1337º CC (“Especificação de má-fé”); e 1341º CC (“Obras, sementeiras ou plantações feitas de má-fé em terreno alheio”) (Almeida Costa, 2016, p. 779 nota 3).

⁴⁹ Significa que a responsabilidade do autor do dano não seria minimamente afetada pela causa virtual, pelas palavras de Paula Lourenço “significa que a existência de uma causa virtual não tem qualquer repercussão na responsabilidade do autor da causa real” (Paula Lourenço, 2006, p. 272 nota 784)

⁵⁰ Tratando-se de responsabilidade objetiva, independentemente de culpa, já se afirmou que não existe qualquer caráter sancionatório, mas sim uma função reparadora, mas também nesta responsabilidade, Galvão Telles entende que é razoável a irrelevância da causa virtual e que a sua responsabilidade está ligada ao risco especial que criou com a sua atuação em busca de vantagens e, nesse sentido, é justo que responda apesar da sua causa se traduzir num caso fortuito, em atenção ao princípio segundo o qual quem suporta as vantagens, suporta os inconvenientes, *ubi commoda ibi incommoda* (Galvão Telles, 1997, p. 418 nota 1).

⁵¹ Significa que o autor da causa virtual não seria responsabilizado, mas serviria para afastar a responsabilidade do autor da causa real (Paula Lourenço, 2006, p. 272 nota 784). Também Antunes Varela entende que o regime é excecional e que não comporta aplicação analógica sendo assim um desvio à regra tradicional da irrelevância da causa virtual (Antunes Varela J. , 1996, p. 642 e 643).

do 807º (cuja epígrafe é “Risco”); e o n.º 2 do 1136º (tendo como epígrafe “Perda ou deterioração da coisa”) todos do CC⁵². Deste modo, admite-se que pode não existir a responsabilização do agente se ele demonstrar que o dano ocorreria de igual modo por outro motivo, a causa virtual. Funciona como uma causa suplementar da exclusão da responsabilidade, sendo por isso a exceção e apenas em situações previstas pelo legislador. Caso contrário, como esclareceu Menezes Leitão, “o que se afiguraria absurdo face às funções preventivas e punitivas prosseguidas na responsabilidade delitual (bem como às funções preventivas, que não deixam de ser igualmente prosseguidas na responsabilidade pelo risco)” (Menezes Leitão, 2017, pp. 344 - 345). Pereira Coelho declara que a solução da relevância negativa da causa virtual “é o corolário lógico” da teoria da diferença e do conceito de dano como diferença no património do lesado (Pereira Coelho, 1998, p. 10 e ss). Paula Lourenço esclarece que fundando-se na função meramente reparadora da obrigação de indemnizar, a solução da irrelevância da causa virtual, ao impor a subsistência da obrigação de indemnizar apesar da causa hipotética, admite que a indemnização não vise reparar o dano, mas é atribuída ao lesado como forma de prosseguir a função punitiva da responsabilidade civil (Paula Lourenço, 2006, p. 273). Como já foi referido, no n.º 2 do art. 566ºCC está consagrada a teoria da diferença que consagra o conceito de dano como diferença no património, a diferença entre a situação atual e a situação hipotética do lesado sem dano, um cálculo através de uma simples operação aritmética e, nesse sentido, a ideia de que a obrigação visa apenas reparar o dano, traduz-se dessa forma, numa evidência que a responsabilidade civil tem uma função exclusivamente reparadora. Mas esse dogma foi destruído, pois como já foi observado o legislador dá relevância ao grau de culpa do lesante precisamente para efeitos de cálculo do dano, revelando que este nem sempre corresponde à diferença no património do lesado. Em suma, a obrigação de indemnizar persiste, apesar da existência de uma causa virtual, traduzindo-se na irrelevância da causa virtual, em virtude do grau de culpa do lesante, o que “implica admitir que a responsabilidade civil prossegue uma finalidade punitiva”. Pereira Coelho aduz que apesar da causa virtual subsiste a obrigação de indemnizar, o que significa que não há aí um dano como diferença no património e por isso não é uma ideia de compensação, mas de sanção que explica um tal resultado (Pereira Coelho, 1998, p. 218).

⁵² Cf (Almeida Costa, 2016, p. 769).

Outro critério, que já foi mencionado anteriormente, é a equidade⁵³, mencionada pelo legislador nos artigos, nomeadamente, na segunda parte do n.º 2 do art. 339º CC (“Estado de necessidade”), no art. 489º CC (“Indemnização por pessoa imputável”), no n.º 4 do art. 496º CC e no n.º 3 do art. 566º CC. Existe o entendimento que está presente a função punitiva da responsabilidade civil, quando o motivo de equidade para a fixação da indemnização apele a critérios distintos ao dano, como é exemplo a situação económica do agente e a do lesado (Paula Lourenço, 2006, p. 269). Paula Lourenço esclarece isso mesmo afirmando “Entendemos que a equidade, correspondente à justiça distributiva, é a pedra angular da determinação do montante da indemnização punitiva, à luz da qual todos os outros critérios devem ser ponderados, adaptando-se a regra do caso concreto, de acordo com critérios de justiça e igualdade” (Paula Lourenço, 2008, p. 17). Ainda nesse sentido, o acórdão do STJ, processo n.º 287/10.0 TBMIR.S1, de 25 de fevereiro de 2014, cujo relator foi Maria Clara Sottomayor, refere isso mesmo “A equidade é um critério que corresponde à ideia de justiça distributiva e que fundamenta a determinação do montante da indemnização punitiva, permitindo a adaptação da regra ao caso concreto”.

2.2. Os danos não patrimoniais

A dificuldade de avaliação dos danos não patrimoniais e a “página negra”. Os danos não patrimoniais foram objeto de alguma controvérsia, argumentava-se que como impossíveis de reparar, visto não ser possível compensar um desgosto ou a dor, conduziria a um enriquecimento por parte do lesado, já que receberia uma indemnização sem que houvesse diferença no seu património. Essa indemnização conduziria também a uma forma de comercialização do sentimento (*pretium doloris*⁵⁴) e isso seria imoral. Outra razão é que

⁵³Equidade deriva do vocábulo *aequitas* (Santos Justo, 2009, p. 69). Aristóteles levou longe o conceito de justiça e a equidade era o critério corretivo da justiça, pois esta era como um critério puramente racional-abstrato e de difícil aplicabilidade, mas deveria ser como uma régua lésbica, que era de chumbo, mas era maleável. A equidade é a justiça particular de cada caso (Cabral de Moncada, 1955, pp. 28 - 30). Sempre que é referido justiça, o jurista tem sempre presente a definição de Ulpianus “A justiça é a vontade constante e perpétua de atribuir a cada um o seu direito” (Santos Justo, 2009, p. 64 nota 2). Entende-se que a equidade é uma decisão jurídica, que assinala uma direção da própria justiça na procura do que há de igual e de desigual (Santos Justo, 2009, p. 73).

⁵⁴ No âmbito do direito inglês, em matéria de danos não patrimoniais resultantes de invalidez ou incapacidade entende-se: a) dores físicas e sofrimentos psíquicos, o *pretium doloris*, ou seja, *pain and suffering*; b) perda de capacidade de descanso ou de fruição dos prazeres da vida, *loss of amenities*; c) afetação da integridade anatómica, fisiologia ou estética, *impairments or loss of anatomical structures or physical functions*; d) perda de expectativas de duração da vida, *loss of expectations of life* (Almeida Costa, 2016, p. 592 nota 1). O BGH em 1955 abandonou a ideia de que o “dinheiro da dor”, ou seja, a indemnização equitativa

como são insuscetíveis de avaliação pecuniária, o seu *quantum* seria completamente arbitrário pois não existia um critério que permitisse ao julgador aferir o cálculo para a atribuição do mesmo (Menezes Leitão, 2017, p. 330) e (Paula Lourenço, 2006, p. 278 e 279). Mesmo que não seja possível tornar o lesado *indemne*, entendeu-se que seria sempre melhor uma compensação ao lesado que obrigá-lo a suportar integralmente o dano, não chamando o autor do dano a responder perante o lesado, como diz Miranda Barbosa, “é um ideal de justiça que entra em jogo” (Miranda Barbosa, 2017, p. 60). Também nesse sentido, Antunes Varela explica que “não há de facto, a intenção de pagar ou indemnizar o dano, muito menos o intuito de facultar o comércio com valores de ordem moral, há apenas o intuito de atenuar um mal consumado” (Antunes Varela J. , 1996, p. 626). Essa situação está hoje resolvida no art. 496º CC⁵⁵, cuja epígrafe é “Danos não patrimoniais”⁵⁶. No n.º 4, primeira parte, do presente art. e no art. 494º CC, é notório que a indemnização por danos não patrimoniais reveste, para além, da natureza ressarcitória, natureza punitiva, porque o montante da indemnização poderá ser inferior ao dano, assumindo-se como uma pena privada, estabelecida no interesse do lesado. O que importa entender no cálculo do *quantum* indemnizatório a título de danos não patrimoniais não é reparar o dano, mas sim compensar o lesado. Nesse sentido, o termo mais correto a atribuir ao montante indemnizatório a título de danos não patrimoniais, será compensação punitiva, que revela essa dupla faceta, compensatória e punitiva (Paula Lourenço, 2006, p. 287). Nesse sentido, encontra-se Galvão Telles que diz: “a reparação dos danos morais não reveste puro carácter indemnizatório: reveste também, de certo modo, carácter punitivo”. É indemnização, se bem que indirecta” (...) “na medida em que se apresenta como uma compensação”. O autor acrescenta que: “é pena – pena privada, estabelecida no interesse da vítima – na medida em que se apresenta

em dinheiro, atribuído devido aos danos não patrimoniais, visava reparar o dano e afirmou uma dupla função dessa mesma indemnização: compensação e desagravo do lesado. Entendeu também que o cálculo para atribuição desse *quantum* teria de atender a outras circunstâncias do caso concreto, em especial ao grau de culpa do agente, afirmando assim a satisfação do “dinheiro da dor”, não bastava atribuir ao lesado, um *quantum* de “alegria de viver”, que se traduzia num valor muito insuficiente (Paula Lourenço, 2006, pp. 116-117).

⁵⁵ Apesar da localização do preceito constar na responsabilidade extracontratual, Menezes Leitão, Paula Lourenço, Almeida Costa e Galvão Telles entendem que é aplicável a toda a responsabilidade civil, o que inclui, a responsabilidade contratual (Menezes Leitão, 2017, p. 331), (Paula Lourenço, 2006, p. 283), (Almeida Costa, 2016, pp. 601-604) e (Galvão Telles, 1997, pp. 385 - 387).

⁵⁶ Almeida Costa defende a opção do legislador do uso da terminologia “danos não patrimoniais” (corrente na Alemanha e em Itália) em detrimento de “danos morais” (corrente francesa), “pois inclui tanto os danos morais propriamente ditos (os que resultam da ofensa de bens ou de valores da ordem moral), como os danos estéticos, os sofrimentos físicos, etc.” sendo por isso o termo mais rigoroso (Almeida Costa, 2016, p. 601 nota 1).

como um castigo”. O autor conclui “estamos assim verdadeiramente perante uma providência mista, que participa da natureza de indemnização e da natureza de pena” (Galvão Telles, 1997, p. 387 nota 1). O legislador fixou critérios para o montante da indemnização por danos não patrimoniais, no n.º 4 do art. 496ºCC, a saber: a equidade, o grau de culpabilidade do agente, a situação económica deste e do lesado e as demais circunstâncias do caso. Se é verdade que o legislador alargou o âmbito da responsabilidade civil a danos insuscetíveis de avaliação pecuniária, também é verdade que restringiu os mesmos, pois como refere o n.º 1 do art. 496º CC, são apenas aqueles “que, pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito”. Sendo assim são irrelevantes os pequenos incómodos ou contrariedades, assim como, sofrimentos ou desgostos resultantes de sensibilidade anómala. Como refere Sousa Antunes⁵⁷, “a insusceptibilidade de avaliação pecuniária dos danos oferece ao julgador a oportunidade para convocar ao seu juízo a ponderação da culpa do autor do dano e das vantagens que ele tenha adquirido com a prática do facto lesivo.” (Sousa Antunes, 2011, p. 219). Este autor entende que o art. 496ºCC é lido à luz de uma finalidade punitiva da responsabilidade civil (Sousa Antunes, 2019, p. 237). Menezes Leitão declara que “a indemnização por danos não patrimoniais não reveste natureza exclusivamente ressarcitória, mas também cariz punitivo, assumindo-se como uma pena privada, estabelecida no interesse da vítima, por forma a desagrá-la do comportamento do lesante”. O autor esclarece que no direito alemão afirma-se a dupla função da indemnização de danos não patrimoniais simultaneamente de compensação (*Ausgleich*) e de desagravo (*Genugtuung*) do lesado. A doutrina alemã tem defendido que na função de desagravo é especialmente relevante o grau de culpa do agente, o que justifica, para alguns autores a existência da função punitiva própria da indemnização por danos não patrimoniais (Menezes Leitão, 2017, p. 331 e nota 749). Miranda Barbosa entende a responsabilidade civil cumpre essencialmente uma função ressarcitória, contudo, quando passamos a ponderar os danos não patrimoniais e a sua ressarcibilidade, “o chamamento à responsabilidade do agente apenas pode operar por via do apaziguamento do lesado. E, para que este ocorra – e nesse sentido se fale de uma reparação –, há que fazer funcionar uma

⁵⁷ Para este autor o cálculo do lucro do autor do facto ilícito é efetuado através dos mesmos critérios da indemnização de danos não patrimoniais e ele considera-o como um dano não patrimonial autónomo (Sousa Antunes, 2011, p. 284 e 308). *Vide* ponto 3.

ideia de punição em sentido estrito” sendo que esta ideia de punição está associada à ideia de reparação (Miranda Barbosa, 2017, p. 62).

Paula Lourenço critica a aplicabilidade, por parte do julgador, no que refere ao art. 494º CC⁵⁸, estando a aplicá-lo de forma errónea, o grau de culpa do agente continua a ser omitido, salvo em caso de culpa leve do lesante, o que faz diminuir o *quantum* indemnizatório. Mas o n.º 4 do art. 496º CC não remete para o art. 494º CC *in totum*, mas apenas para as circunstâncias do art. 494º CC, ou seja, o grau de culpabilidade do agente, a situação económica deste, do lesado e as demais circunstâncias do caso. São estes os critérios para aferir o *quantum* no que refere aos danos não patrimoniais. Após a análise desses elementos, o montante é fixado equitativamente pelo julgador. Sendo assim, poderá ser possível aumentar o *quantum* indemnizatório, quando estivermos perante danos não patrimoniais, em que verse sobre o agente um grau de culpabilidade elevado, isto é, que verse sobre o agente um juízo de censurabilidade elevado. Porém, nenhum destes critérios deverá ser isoladamente considerado, pois geraria injustiças. Nessa medida, Paula Lourenço, declara que existe legitimidade para aumentar o *quantum* indemnizatório, no âmbito do critério orientador que é a equidade, especialmente quando estiver em causa a tutela de direitos de personalidade, seja física seja moral, cujo princípio geral de personalidade tem consagração constitucional nos artigos n.ºs 24º, 25º da CRP, estando presente no art. 70º CC⁵⁹ (Paula Lourenço, 2008, p. 22 e 23).

⁵⁸ Miranda Barbosa tem um entendimento distinto, porquanto o princípio funciona num sentido unidirecional, tendo em conta os critérios enumerados pela lei, há que fazer um juízo de proporcionalidade, o que se traduzirá numa indemnização igual ao dano, se houver desproporção o único resultado possível para autora é limitar a indemnização e nunca para elevar o montante. O princípio da proporcionalidade “encara-se, aqui, como um princípio da proibição do excesso” (Miranda Barbosa, 2017, pp. 68 - 69 nota 140).

⁵⁹ Consagra a tutela geral da personalidade, física e moral, do qual decorre um verdadeiro direito geral de personalidade pois a pessoa é mais rica do que o conjunto dos direitos de personalidade (Paula Lourenço, 2002, p. 1066 nota 131). O conceito, classificação e âmbito de direitos de personalidade é matéria muito complexa e, apesar de não ser este o objeto deste trabalho, carece de alguma densificação. Alguns autores designam estes direitos de direitos à personalidade, direitos essenciais ou direitos fundamentais, direitos sobre a própria pessoa, direitos individuais e direitos pessoalíssimos, todavia, a designação com maior aceitação é a de direitos de personalidade ou da personalidade (Carvalho Fernandes, 2009, p. 220 nota 1). O antecedente histórico dos direitos de personalidade surge no séc. XVIII, sob a influência da Escola do Direito Natural, com os direitos naturais ou direitos inatos. Foi esta categoria de direitos que teve a sua projeção política e jurídica na DDHC, aprovada pela Assembleia Constituinte Francesa de 1789 (Carvalho Fernandes, 2009, p. 221 nota 1). É uma categoria de direitos fundamentais inerentes à pessoa, enquanto manifestação da sua dignidade como pessoa, constituem o conteúdo mínimo, incidem sobre os seus bens fundamentais, como a vida, a honra e o nome. As modalidades mais relevantes dos direitos de personalidade estão reservadas às pessoas singulares, contudo, podem valer às pessoas coletivas, como o direito a uma denominação e mesmo ao bom nome e à reputação. Quando se refere a um direito geral de personalidade diz respeito a pessoas singulares. Podemos distinguir direitos de personalidade inatos ou originários e direitos de personalidade *hoc sensu* ou adquiridos.

Menezes Leitão entende que as ofensas de que resulte a morte de uma pessoa podem dar origem a diversos danos, nomeadamente: a perda da vida da própria vítima, a danos não patrimoniais sofridos pelos familiares da vítima em consequência da sua morte e no caso da morte não ser instantânea, a danos não patrimoniais sofridos pela vítima e pelos seus familiares até à ocorrência da morte. Na questão do dano morte, a responsabilidade civil pode desempenhar funções preventivas ou punitivas e a perda da vida, o dano morte, constitui claramente um dano não patrimonial autónomo⁶⁰. Interpretação contrária seria inclusive uma contradição valorativa de lesão de outros bens pessoais, como a liberdade ou a honra, pois a perda da vida constitui para o titular o dano máximo que ele poderia suportar. (Menezes Leitão, 2017, p. 332 e ss).

“Página negra” diz respeito aos montantes diminutos atribuídos ao lesado a título de indemnização por danos não patrimoniais. Menezes Cordeiro criticou essa orientação jurisprudencial⁶¹, denominando-a de “página negra”. Um exemplo dado pelo autor é o acórdão do STJ de 30 de janeiro de 1968, processo n.º 062044 cujo relator foi Lopes Cardoso, em que o tribunal atribuiu 150.000\$00 o que equivale a quase 750,00€⁶² a uma menina de 7 anos pela morte dos pais. Outro exemplo é o caso em que o STJ, no acórdão de 23 de maio

Carvalho Fernandes define estes direitos como “direitos que constituem atributo da própria pessoa e que têm por objecto bens da sua personalidade física, moral e jurídica, enquanto emanções ou manifestações da personalidade, em geral”. São direitos subjetivos absolutos (direitos oponíveis *erga omnes*, o seu titular pode invocar e fazer valer contra todos); não patrimoniais; indisponíveis (uma manifestação dessa característica é o n.º 1 do art. 81ºCC, que consagra a nulidade dos atos de limitação voluntária do exercício dos direitos de personalidade, quando contrária “aos princípios da ordem pública”); intransmissíveis (extinguem-se com o seu titular, todavia, devido ao n.º 1 do art. 71ºCC (sendo a sua epígrafe “Ofensa a pessoas já falecidas”), em especial, mas também dos arts. 73ºCC, 75º n.º 2 CC, 76º n.º 2 CC e 79º n.º 1 CC, o problema não é líquido na doutrina, mas entende-se que apenas são transmissíveis, em certos casos, algumas faculdades ligadas à tutela de direitos de personalidade); e, providos em regra, de proteção penal (o CP pune como crime as ofensas mais significativas aos direitos de personalidade como o homicídio, arts. 131º e ss, ofensas corporais, arts. 143º e ss, calúnia, difamação, arts. 180º e ss, mas mesmo que não tenham esta tutela especial, têm manifestações acrescidas de garantia, validadas pelo n.º 2 do art. 70ºCC “pode requerer as providências adequadas”) (Carvalho Fernandes, 2009, p. 221 e ss). Sobre o termo da personalidade *vide* (Carvalho Fernandes, 2009, p. 208 e ss) e (Hörster, 2016, p. 302 e ss).

⁶⁰ Ver Almeida Costa para uma análise sobre alguma doutrina e jurisprudência (Almeida Costa, 2016, p. 602 nota 1). Miranda Barbosa elucida que existem duas posições sobre o tema, no sentido de o dano morte tem autonomia e é em si mesmo um dano indemnizável, que se integra no património da vítima e transmite-se sucessoriamente para os herdeiros; ou não tem autonomia e não se transmite aos herdeiros da vítima. A autora entende que o dano morte deve ser indemnizado como um dano autónomo (Miranda Barbosa, 2017, p. 311).

⁶¹ Também Menezes Leitão critica nomeadamente quando afirma: “não se pode deixar de criticar a extrema parcimónia com que a jurisprudência tradicionalmente fixa a indemnização por danos não patrimoniais” quando do estudo efetuado por Menezes Cordeiro (Menezes Leitão, 2017, p. 331 nota 748).

⁶² O autor esclarece que a moeda tinha outro valor, contudo, afirma que a cifra é muito baixa perante a extensão dos danos (Menezes Cordeiro, 1997, p. 550 nota 298).

de 1985, cujo relator foi Góis Pinheiro⁶³, baixou uma indemnização de 400.000\$00 para 280.000\$00 o que equivale a quase 1400€, por considerar excessiva, a uma grávida de 9 meses, que sofreu um acidente, causado exclusivamente por culpa do réu, acabando por perder o bebé (Menezes Cordeiro, 1997, pp. 551 - 553). Porque a ponderação é de acordo com a equidade e os demais critérios já mencionados, o legislador deixou ao julgador uma margem de liberdade muito grande, gerando uma indeterminabilidade que pode restringir o direito do lesado, o que veio a suceder, devido aos valores diminutos atribuídos, não se verificando o duplo escopo mencionado, também anteriormente, desse *quantum*. Paula Lourenço evidencia a evolução dos montantes atribuídos como compensação punitiva pelo dano morte, onde é notório a disparidade de valores, na década de oitenta oscilava entre os 750€ e os 1250€, na década de noventa houveram valores de 5.000€, 7.500€, 10.000€, 25.000€, tendo chegado aos 30.000€ (Paula Lourenço, 2006, pp. 294 - 297). A partir do ano 2000 notou-se um aumento significativo do *quantum* atribuído ao dano morte tendo ascendido aos 50.000€ e os danos não patrimoniais 100.000€ (Paula Lourenço, 2008, pp. 17 - 21). O STJ tem revelado sensibilidade, para este facto e se afastado do tempo da “página negra” conforme revela o acórdão de 22 de fevereiro de 2018, processo n.º 33/12.4GTSTB.E1.S1 cujo relator foi Manuel Braz reconheceu que a vida é o bem mais precioso e evidencia que todas as circunstâncias do caso concreto devem ser tidas em consideração “na procura do valor da compensação devida pela mesma não podem deixar de ser tidas em conta as circunstâncias específicas de cada vítima, como a idade, a saúde, a vontade de viver, a situação familiar, a realização profissional, etc. No caso, a vítima era um jovem de 25 anos de idade, solteiro, saudável, com formação académica superior, sendo piloto da Força Aérea, com a patente de alferes, competente, dedicado e com fundadas aspirações de progressão na carreira”. Tudo ponderado, considerou-se adequado o valor de 120.000,00€ fixado pelo acórdão recorrido da relação. Existe outro acórdão, do STJ de 26 de junho de 2012, processo n.º 631/1999.L1.S1 cujo relator foi Salazar Casanova, que revela, para além dos critérios já enumerados pelo legislador e jurisprudência, outros critérios como a situação económica do país, que deve ser relevada para aferir o montante da indemnização

⁶³A fundamentação descrita no sumário foi que “aos demandantes não foi reconhecido direito a indemnização pela supressão da vida do feto à luz dos preceitos dos n. 2 e 3 do artigo 496 do Código Civil sob a consideração de que ele não era ainda pessoa jurídica” e acrescentam que “o que aos demandantes se reconheceu foi o direito a uma indemnização, a face do n. 1 do mesmo preceito, pelos danos não patrimoniais que a perda do filho que aguardavam lhes causou, uma indemnização autónoma e perfeitamente distinta daquela outra porque emergente de um direito próprio.”

de danos patrimoniais, como se pode observar: “a situação de crise económica que se vive atualmente, e que está a conduzir a totalidade da população que vive do salário do seu trabalho por conta de outrem a níveis de empobrecimento não vistos há muitas dezenas de anos e a elevados níveis de desemprego, constitui fator que leva um sinistrado de acidente de viação, que fique afetado pelas lesões sofridas em incapacidade funcional, a sentir uma angústia mais intensa do que sentiria quanto ao seu futuro se, contrariamente ao que se verifica, vivesse num Estado com níveis de bem-estar e onde uma pessoa incapacitada não sentisse particulares dificuldades de obter emprego ou de manter o emprego ou atividade exercida”. Outro acórdão importante do STJ processo n.º 198/06TBPMS.C1.S1 de 24 de abril de 2013, em que o relator foi Pereira da Silva entendeu-se o seguinte: “A indemnização por danos não patrimoniais sem embargo da função punitiva que outrossim reveste, tem por fim facultar ao lesado meios económicos que, de alguma sorte, o compensem da lesão sofrida, por tal via reparando, indirectamente, os preditos danos”. Acrescenta ainda que “A sua fixação não deve ser simbólica, miserabilista, ou arbitrária, mas nortear-se por critérios de equidade, tendo em atenção as circunstâncias referidas no art. 494.º do CC.”

Em suma, no cálculo para o montante compensatório, no que concerne aos danos não patrimoniais, é feito segundo critérios de equidade e atende-se à extensão e gravidade dos danos, ao grau de culpa do agente, à situação económica deste e do lesado, assim como quaisquer circunstâncias que contribuam para uma solução equitativa (Almeida Costa, 2016, pp. 604 - 605). Parece inegável o duplo escopo da indemnização⁶⁴ de danos não patrimoniais, para além da função compensatória⁶⁵, ou seja, a preventiva e a punitiva (Paula Lourenço, 2006, p. 287).

2.3. A mora do devedor

Verifica-se a mora do devedor quando a prestação, possível, não foi realizada no tempo devido, por facto imputável ao mesmo, como consta do n.º 2 do art. 804ºCC. O art.

⁶⁴ Alguns autores, entendem que o termo mais correto será compensação e não indemnização por danos não patrimoniais, mas Paula Lourenço vai mais longe e conclui que o mais correto será compensação punitiva, devido à sua dupla função (Paula Lourenço, 2006, p. 285 e 286). Refiro indemnização neste trabalho pois foi essa a terminologia adotada pelo legislador, no n.º 1 do art. 496º CC. Contudo, a jurisprudência nacional a partir da década de oitenta entendeu tratar-se de uma compensação ou satisfação, como são exemplos os seguintes acórdãos do STJ 01-06-82; 12-11-87; 08-05-91; 03-12-92; 22-11-95; 23-09-98 e 05-11-98 (Paula Lourenço, 2006, pp. 288 - 289).

⁶⁵ O grau de culpa do agente é critério do cálculo indemnizatório equitativo dos danos não patrimoniais e, por isso mesmo, destrói o dogma da função apenas reparatória.

805ºCC determina o momento de constituição em mora que determinará as consequências que lhe estão associadas, nomeadamente a reparação dos danos causados ao credor (n.º 1 do art. 804ºCC). Diz-nos o n.º 1 do art. 805ºCC, que o devedor fica constituído em mora depois de uma interpelação⁶⁶, seja ela judicial ou extrajudicial para o cumprimento da obrigação, todavia, o n.º 2 do mesmo artigo excepciona em três situações: se a obrigação for a prazo certo⁶⁷, presente na al. a) do n.º 2; se a obrigação provier de facto ilícito, presente na al. b) do n.º 2, em que a mora se inicia a partir da prática desse facto; e se o próprio devedor impedir a interpelação, pelo que se considera interpelado na data em que normalmente o teria sido, presente na al. c) do n.º 2⁶⁸. Almeida Costa inclui, como uma hipótese de vencimento independente de interpelação já indicadas, a de o devedor comunicar ao credor, de forma categórica e definitiva a sua intenção de não cumprir⁶⁹ (Almeida Costa, 2016, p. 1008 nota 3 e p. 1050). O n.º 1 do art. 804º CC estipula que “a simples mora constitui o devedor na obrigação de reparar os danos causados ao credor” entende-se que se trata de uma indemnização moratória, cujo ónus de prova cai na regra geral do n.º 1 do art. 342º CC, cabendo assim, a prova ao credor. Porém, o n.º 1 e n.º 2 do art. 806º CC nas obrigações pecuniárias, existe uma presunção *iuris et de iure* de existência de danos moratórios, em que os juros legais são estipulados de acordo com o n.º 1 do art. 559º CC, “salvo se antes da mora for devido um juro mais elevado ou as partes houverem estipulado um juro moratório diferente do legal” conforme consta no n.º 2 do art. 806ºCC. Não obstante, o credor terá de provar os factos constitutivos do seu direito à prestação pecuniária, mas não tem de provar os danos, porque a presunção funciona a seu favor. Como afirma Paula Lourenço, a presunção legal tem três consequências, a saber: a primeira é que o credor fica dispensado de provar a existência desses danos; a segunda é que a indemnização moratória é atribuída

⁶⁶ É o nome técnico-jurídico do ato pelo qual o credor exige ou reclama do devedor o cumprimento da obrigação. É um ato jurídico em que se aplicam os princípios dos negócios jurídicos como estabelece o art. 295ºCC (Almeida Costa, 2016, p. 1008).

⁶⁷ Significa que têm um termo de vencimento estabelecido pelas partes, no próprio negócio constitutivo ou em estipulação posterior, resultante da lei (v.g. n.º 1 art. 885ºCC e n.º 1 art. 1039ºCC) ou fixada pelo tribunal (v.g. n.º 2 e 3 do art. 777º CC) (Almeida Costa, 2016, p. 1011 nota 5).

⁶⁸ Regime semelhante ao do n.º 2 do art. 224ºCC referente à eficácia da declaração negocial e n.º 2 do art. 275ºCC que incide sobre a a verificação e não verificação da condição (Almeida Costa, 2016, p. 1049 nota 6).

⁶⁹ Corresponde à “*anticipatory breach of contract*” ou “*repudiation of a contract*” do direito anglo-americano. Treitel diz que deve tratar-se de “*a clear and absolute refusal to perform; this need not be express but can take the form of conduct indicating that the party is unwilling, even though he may be able, to perform*” (Treitel *apud* Almeida Costa, 2016, p. 1008 nota 3).

ao credor independentemente do dano real⁷⁰ causado ao credor; e a terceira é que o credor tem sempre direito aos juros legais salvo a exceção do n.º 2 segunda parte do art. 806º CC. O juro legal atribuído ao credor em caso de mora por facto imputável ao devedor assume várias funções, é uma indemnização compulsória, pois vence juros legais de imediato, desde o dia da constituição em mora e presume-se que o credor está a ser prejudicado; é uma indemnização “compensatório-punitiva”⁷¹, uma vez que compensa o lesado pelo atraso no cumprimento da prestação pecuniária e como os danos são presumidos evidencia a função punitiva; e a indemnização pela mora nas obrigações pecuniárias pode exceder o dano causado, sem prejuízo do credor exigir uma indemnização suplementar caso tenha ocorrido danos superiores aos juros moratórios, na responsabilidade por facto ilícito ou risco, presente no n.º 3 do art. 806.º CC. No n.º 1 do art. 807ºCC⁷² o legislador declara que o risco corre pelo devedor, ou seja, a mora do devedor torna-o responsável pelo prejuízo que o credor tiver no que diz respeito à perda ou deterioração daquilo a que tinha direito, mesmo que tal não seja imputável ao devedor, salvo a ressalva do n.º 2 do mesmo artigo, onde consta a relevância negativa da causa virtual: “Fica, porém, salva ao devedor a possibilidade de provar que o credor teria sofrido igualmente os danos se a obrigação tivesse sido cumprida em tempo”. Há uma presunção ilidível que os danos que surgiram durante a mora foram por esta causados, devido à dificuldade do credor produzir prova do nexo de causalidade. Essa inversão do risco no caso da mora do devedor é também um dos exemplos da função punitiva.

Em suma, entende-se que a função punitiva na mora do devedor são a tripla função da indemnização moratória das obrigações pecuniárias e a inversão do risco (Paula Lourenço, 2006, pp. 300 - 304).

2.4. A cláusula penal

A cláusula penal pertence às convenções disciplinadoras da responsabilidade civil. Estas podem ser sistematizadas, não isentas de controvérsia, da seguinte forma: convenções

⁷⁰ Entende-se por dano real o prejuízo que o lesado sofreu em sentido naturalístico, *in natura* que se traduzem em inúmeras formas possíveis de ofensas de interesses ou bens alheios juridicamente protegidos de ordem patrimonial ou não patrimonial, v.g. dores físicas ou estragos numa coisa. Por oposição ao dano de cálculo que se traduz numa expressão pecuniária de tal prejuízo (Almeida Costa, 2016, p. 595).

⁷¹ Expressão usada por Paula Lourenço (Paula Lourenço, 2006, p. 303).

⁷² Costuma falar-se aqui de perpetuação da obrigação, “*perpetuatio obligationis*” em que a mesma quando não é cumprida tempestivamente por culpa do devedor, como que se perpetua sobrevivendo a um facto que a extinguiria se tivesse ocorrido antes da mora (Almeida Costa, 2016, p. 1052).

de limitação⁷³ ou de agravamento da responsabilidade; convenções de exclusão da responsabilidade; e cláusula penal (Almeida Costa, 2016, p. 787). Almeida Costa define cláusula penal⁷⁴ como “a estipulação em que num negócio jurídico, designadamente num contrato, as partes fixam o montante da indemnização para o caso do seu incumprimento (art. 810.º, n.º 1)” (Almeida Costa, 2016, p. 793). Santos Justo entende que é “a promessa em que um devedor se obriga a pagar ao credor uma determinada *pecunia*, a título de pena, se não cumprir a sua *obligatio*”, podendo esta assumir duas funções: a de coação psicológica, pois impele o devedor a cumprir a obrigação; e a de fixar antecipadamente a responsabilidade do devedor inadimplente (Santos Justo, 2008, p. 179). A cláusula penal é uma cláusula acessória⁷⁵ de negócios jurídicos, pressupondo assim uma obrigação principal (Almeida Costa, 2016, p. 787). Para Galvão Telles⁷⁶ a cláusula penal oferece grande utilidade pois dispensa a prova da existência de prejuízos, do seu montante e também da existência de nexo causal, sendo aplicável desde que se dê a violação do contrato e que seja imputável ao obrigado (Galvão Telles, 1997, p. 440). Evitam-se litígios e as despesas associados aos mesmos, demoras devido à avaliação judicial para aferir o valor da indemnização que comporta uma certa álea (Pinto Monteiro, 1990, p. 602).

Pinto Monteiro⁷⁷ critica a noção de cláusula penal adotada pelo legislador pátrio, denominando-a de “acanhada”, pois restringe-a, como aclara o autor, “à fixação prévia e

⁷³ As cláusulas limitativas da responsabilidade podem dizer respeito aos fundamentos (o devedor só responderá no caso de ter agido com dolo ou culpa grave) ou aos efeitos da responsabilidade (o devedor só responderá até uma determinada quantia, funcionando assim como um limite à indemnização) (Pinto Monteiro, 2017, pp. 15 - 16). As figuras não se confundem, as estipulações de limitação (art. 602º CC e 603º CC) ou de agravamento da responsabilidade (v.g. a estipulação pela qual o obrigado responde independentemente de culpa, estipulando um mínimo de indemnização, o credor tem direito a esse valor mesmo que não tenha tido dano ou os prejuízos terem sido inferiores) (Almeida Costa, 2016, pp. 787 - 789 e 795).

⁷⁴ A cláusula penal tem de ser estipulada num determinado montante pecuniário, caso não seja estipulado, a cláusula será nula por indeterminabilidade do objeto, nos termos do n.º 1 do art. 280ºCC, sendo igualmente nula por contrariedade aos bons costumes a cláusula penal em que a determinação do seu montante ficasse na disponibilidade de algumas das partes, como previsto no n.º 2 do art. 280ºCC (Menezes Leitão, 2011, p. 298).

⁷⁵ Almeida Costa entende que a responsabilidade civil pode ser objeto de convenção das partes, resultado do princípio da liberdade contratual, presente no n.º 1 do art 405ºCC e, nos termos do n.º 1 do art. 810ºCC é possível fixar por acordo o montante da indemnização exigível, a cláusula penal, não podendo naturalmente afastar as normas imperativas ou de ordem pública v.g. n.º 2 art. 280ºCC; n.º 2 art. 800ºCC (Almeida Costa, 2016, p. 785 e 786). “A cláusula penal está sujeita às formalidades exigidas para a obrigação principal, e é nula se for nula esta obrigação”, o n.º 2 do art. 810ºCC exprime a regra da acessoriedade.

⁷⁶ Para este autor, a cláusula penal não consubstancia numa verdadeira pena, “de penal só tem o nome” pois pena representa um castigo, um mal infligido ao infractor e, para ele, a natureza da cláusula penal é reparar os prejuízos sofridos pelo credor” (Galvão Telles, 1997, pp. 438 - 439 e nota 1).

⁷⁷ Este autor, abandona o conceito unitário da cláusula penal, superando-se assim o modelo indemnizatório e da tese da dupla função (Pinto Monteiro, 1990, p. 601 e ss).

convencional da indemnização, a qual, a meu ver, constitui apenas uma das espécies de cláusulas penais – não, porém a cláusula penal *tout court*” (Pinto Monteiro, 2017, p. 23). O autor distingue três espécies de cláusula penal: a cláusula penal em sentido estrito ou propriamente dita; a cláusula penal puramente compulsória; e a cláusula penal enquanto fixação antecipada do montante da indemnização, como sendo uma prévia liquidação antecipada do dano que é a que está estipulada no n.º 1 do art. 810ºCC (Pinto Monteiro, 1990, p. 672) e (Pinto Monteiro, 1990, p. 601 e ss). A distinção é importante porque não se poderá aplicar todo o regime previsto nos artigos 810ºCC e ss à cláusula penal puramente compulsória, podendo mesmo esta ser superior ao dano efetivo, pois não está sujeita aos limites impostos pelos números 2 e 3 do art. 811ºCC. Estes artigos aplicar-se-ão apenas ao tipo de cláusula penal estipulada pelo legislador, no n.º 1 do art. 810ºCC, enquanto fixação antecipada do montante da indemnização. Já o n.º 2 do art. 810ºCC, como o art. 812ºCC⁷⁸ são normas cuja *ratio* justifica que se aplique a todas as modalidades de cláusulas penais (Pinto Monteiro, 1990, p. 672). Para este autor, o nosso legislador, atribui a esta figura a função de fixação antecipada da indemnização e as partes ao estipulá-la visam apenas liquidar antecipadamente⁷⁹, de modo “*ne varietur*”, o dano futuro (Pinto Monteiro, 1990, p. 602 e ss). A pena é estipulada como substituto da indemnização, o acordo vincula ambas as partes contraentes e aquele valor é o único a título de indemnização (Pinto Monteiro, 2017, pp. 27 - 28). Já a cláusula penal cuja índole é “compulsivo-sancionatória” é a acordada como um *plus*, algo que acresce à indemnização pelo não cumprimento ou à execução específica da prestação. Esta não visa reparar o credor, o dano do incumprimento não é considerado pelas partes, destina-se a pressionar o devedor ao cumprimento e não a substituir a indemnização a que o credor tem direito nos termos gerais. Pinto Monteiro entende que este tipo de cláusula penal não subsume no n.º 1 do art. 810ºCC, a sua legitimidade advém da liberdade contratual⁸⁰ com fundamento no acordo entre as partes (Pinto Monteiro, 1990, p. 604 e ss). Sendo a cláusula penal estipulada a título compulsório, ou seja, como um *plus*, algo que acresce à indemnização a que houver lugar, o credor terá direito à pena independentemente do dano, mesmo que o devedor faça prova da inexistência do dano. O

⁷⁸ “Redução equitativa da cláusula penal”.

⁷⁹ A fixação antecipada do *quantum respondeatur*, como liquidação *forfaitaire* do dano, ou seja, com natureza de indemnização (Pinto Monteiro, 1990, p. 671).

⁸⁰ Paula Lourenço entende que a autonomia privada é o fundamento que permite às partes a liberdade para estipular cláusulas penais ou penas convencionais com uma função punitiva e usa inclusive a expressão “compulsório-punitiva” (Paula Lourenço, 2006, p. 356).

dano será relevante em termos de indemnização, nos termos gerais, mas não da pena, pois ela é uma sanção (Pinto Monteiro, 1990, p. 687). Quanto à cláusula penal em sentido estrito, ela visa compelir o devedor ao cumprimento, através da ameaça de uma outra prestação, a título sancionatório, caso o devedor se recuse a cumpri-la, que substituirá a indemnização⁸¹, já que o seu valor contempla a satisfação do interesse do credor. Esta distingue-se da pena como liquidação do dano e aproxima-se da pena estritamente compulsória (Pinto Monteiro, 1990, p. 608 e ss). Para Pinto Monteiro, a culpa é um requisito indispensável, em questões de exigibilidade, o devedor só incorre na pena caso tenha precedido com culpa, independentemente de se tratar de uma fixação antecipada do montante da indemnização, ou a pena tenha sido constituída com finalidade coercitiva, como sanção compulsória (Pinto Monteiro, 1990, pp. 683 - 684). As vantagens da cláusula penal enunciadas pelo autor são, nomeadamente, a de prevenir o incumprimento, tutelando o interesse do credor sendo um meio de autotutela “precioso instrumento dissuasor e de moralização”. Ele acrescenta que é neste contexto que se situa o renovado apelo à pena privada⁸² de que a cláusula penal como sendo um instrumento coercitivo, constitui o exemplo mais significativo (Pinto Monteiro, 1990, pp. 658 - 659). Contudo, ele entende que a finalidade da cláusula penal não é a de punir o devedor, mas sim de induzi-lo ao cumprimento, através da ameaça, em caso de incumprimento caber-lhe-á uma prestação mais gravosa, “não se trata, portanto, de reprimir ou castigar o devedor, mas de compelir ou pressionar” pois a pena é definida e acordada antes da violação e não depois do ato ilícito, procura até evitar a violação. Ela é estabelecida

⁸¹ Quer isto dizer que a pena não acresce à indemnização nem à execução específica da prestação (Pinto Monteiro, 1990, p. 609).

⁸² Pinto Monteiro aduz que a pena privada surgiu como medida cuja *ratio* é a imposição ao lesante de uma quantia superior ao prejuízo por si causado, em que as finalidades preventiva e de repressão têm um caráter central e decisivo (Pinto Monteiro, 1990, p. 659 e ss nota 1536). O mesmo autor declara que a doutrina vai apontando algumas figuras classificadas como pena privada, contudo, descrevem o fenómeno, mas revelam-se incapazes de a definir em termos precisos, a pena privada *tout court*. A generalidade da doutrina engloba dentro do conceito amplo de pena privada, todas as medidas que aproveitem ao particular, que é o seu beneficiário, sejam elas definidas e atuadas por si próprio (Pinto Monteiro, 1990, p. 663 e ss nota 1537). Boris Starck enuncia as principais críticas à pena privada, nomeadamente: “*la peine privée repose sur l'idée barbare de vengeance; la peine privée est condamnée par une double évolution historique: abolition constante des peines (loi d'Ithering), objectivation de la responsabilité civile; la peine privée porte atteinte à l'organisation juridique des démocraties libérales, fondées sur la séparation du droit civil et du droit pénal; la peine privée, en tant qu'elle s'écarte de la règle de réparation intégrale, conduit à l'appauvrissement ou à l'enrichissement injustes de la victime*” (Starck, 1947, p. 371). O autor não nega a existência nem a legitimidade de uma espécie de divisão entre o direito civil, “*droit restituf*” e o direito penal “*droit répressif*”, mas entende que o direito penal não pode sozinho assumir toda a tarefa de repressão e prevenção de todas as ações culposas, produtoras de danos, nem os seus meios e técnicas são suficientemente flexíveis para se adaptarem às necessidades da vida em sociedade (Starck, 1947, p. 358). Para o autor, “*la peine privée n'est pas une survivance, un fantôme du passé, mais l'une des forces vives de la responsabilité civile*” (Starck, 1947, p. 359).

em relação ao futuro e não sobre um ato ilícito passado. Conclui tratar-se de uma medida de tutela jurídica de natureza compulsória e não de índole punitiva, preferindo essa qualificação à de pena privada (Pinto Monteiro, 1990, p. 670). O autor esclarece que a construção dele não lhe permite afirmar que haja uma função punitiva, ou disciplinar, mas sim uma função indemnizatória ou compulsória. Todavia, acrescenta que a cláusula penal pode exercer uma multiplicidade de funções, consoante o interesse das partes ao recorrerem a ela, a intencionalidade das partes (Pinto Monteiro, 2017, pp. 24 - 25). Ainda assim, Paula Lourenço entende que, na esteira do pensamento de Pinto Monteiro, quando a cláusula penal não consegue evitar o incumprimento, a razão da sua existência, ela revela o seu carácter punitivo, e o devedor deverá pagar esse *plus*, essa pena e o carácter sancionatório também é reforçado devido à culpa, porque só o devedor que atua com culpa⁸³ é que está adstrito a esse *plus* (Paula Lourenço, 2006, pp. 356 - 357).

Para Almeida Costa, assim como para a maioria da doutrina portuguesa, a cláusula penal no nosso ordenamento jurídico, tem uma função compensatória ou moratória, pois atenta à reparação de danos, em que fixa antecipadamente a indemnização. Mas pode ter carácter coercitivo, destinada a pressionar o devedor ao cumprimento, por conseguinte, a sua falta legitima o credor à exigência alternativa de uma prestação mais gravosa (Almeida Costa, 2016, p. 794). Menezes Leitão⁸⁴ enuncia soluções no direito comparado em que admitem-se dois tipos de cláusula penal: uma que se destina a estabelecer uma penalização por incumprimento, que tem como intuito incentivar o devedor a cumprir, denominada de *penalty clause* e outra que tem como intuito liquidar antecipadamente os danos exigíveis em caso de incumprimento, denominada de *liquidated damages clause*. A primeira estabelece uma penalidade para o comportamento do devedor, que pode ou não, ter relação com o montante dos danos sofridos pelo credor, ao passo que a segunda tem o intuito de determinar previamente o montante desses danos ou o seu limite mínimo. O mesmo autor esclarece que no n.º 1 do art. 811ºCC existe uma contraposição entre a cláusula penal compensatória, prevista para o incumprimento definitivo da obrigação e a cláusula penal moratória, estabelecida para a simples mora no cumprimento (Menezes Leitão, 2011, pp. 299 - 300).

⁸³ Cf Pinto Monteiro (Pinto Monteiro, 1990, p. 683). A culpa é um pressuposto indispensável a qualquer espécie de cláusula penal, pelo que a pena não será devida se o devedor provar a sua falta de culpa (Pinto Monteiro, 2017, p. 28 nota 23).

⁸⁴ Cf Pinto Monteiro (Pinto Monteiro, 1990, p. 7 e ss).

Figueiredo Dias exemplifica a cláusula penal, presente no art. 810º CC em especial o seu n.º 1, como uma pena privada, como uma sanção do direito privado que é análoga às sanções criminais, mas ao contrário desta última (que é uma sanção jurídico-pública em que o sancionado está num estado de sujeição), na outra, o sancionado está numa submissão voluntária ao poder sancionatório (Figueiredo Dias, 2012, p. 175).

A cláusula penal tem valor fixo, a lei caracteriza-a como liquidação antecipada, *à forfait*, dos danos que as partes acordam *ab initio*, por convenção das partes⁸⁵ que deriva do princípio da liberdade contratual (presente no n.º 1 do art. 405º CC) (Almeida Costa, 2016, p. 794 e 795). Como elucida Paula Lourenço, na segunda parte do n.º 1 do art. 811º CC (entende-se que as partes quando convencionaram a cláusula penal, referiam-se aos danos resultantes da mora, por isso é que o credor tem direito ao *plus* e ao cumprimento) o nosso legislador admite a existência de uma cláusula penal moratória, visto o credor ter direito ao cumprimento acrescido dessa pena “cuja finalidade é punir a mora do devedor” (Paula Lourenço, 2006, p. 358). Também nesse sentido, Almeida Costa explica que se a cláusula penal se haver convencionado para o caso da simples mora, o credor tem direito ao cumprimento da obrigação e ao pagamento da cláusula penal. Acrescenta ainda que, em princípio, o quantitativo da cláusula penal não se cumula com outra indemnização, no entanto, poder-se-á reportar a um problema de interpretação da vontade das partes. Isto, porque poderemos não estar perante uma cláusula relativa à inteira inexecução do contrato, pois é essa a interpretação que o autor tem do n.º 1 do art. 811º CC, se a pena convencionada só cobre a infração de uma das cláusulas contratuais ou a mora, então já pode acrescentar-se à indemnização dos danos derivados do inadimplemento da obrigação principal (Almeida Costa, 2016, p. 798).

Como já foi observado, a culpa do devedor é um requisito para a cláusula penal, assim como a equidade que é um elemento importante, visto existir a possibilidade de redução da mesma, de acordo com a equidade, desde que seja manifestamente excessiva, conforme estipulado pelo nosso legislador no n.º 1 do art. 812º CC. O n.º 3 do art. 811º CC⁸⁶

⁸⁵ Com a ressalva do regime imperativo, o qual deve ser observado, sob pena de invalidade.

⁸⁶ Na ausência do n.º 3 do art. 811º CC poder-se-ia afirmar que a cláusula penal compulsória se aproxima da figura da pena privada ou até dos *punitive damages*, com a diferença que estes são fixados pelas instâncias judiciais (Paula Lourenço, 2006, p. 358).

é objeto de muitas críticas pela doutrina⁸⁷ que o denominam como verdadeira castração da cláusula penal pois restringe-a de modo a ser ineficaz e perder a sua razão de ser. Na prática, o legislador procedeu à obliteração das funções coercitiva e punitiva da cláusula penal dado que o credor não pode exigir um montante superior ao dano real (Lourenço, 2006, p. 359). Pinto Monteiro diz mesmo que o n.º 3 do art. 811ºCC “é mais um passo para o desvirtuamento da natureza da cláusula penal, esvaziando-a da sua função dissuasora e sancionatória” (Pinto Monteiro, 1984, p. 37). Podemos ter várias interpretações do n.º 3 do art. 811ºCC, contudo Pinto Monteiro entende que evidencia apenas que a fisionomia da cláusula penal é hoje e, devido a esta alteração da lei, a de uma cláusula meramente reparatória, mas a estipulada pelo legislador, porque, este artigo não afeta a cláusula penal exclusivamente compulsória. Senão vejamos, o n.º 3 relaciona-se com o seu n.º 2 e este último refere-se ao dano excedente. A lei permite acordo prévio que preveja a reparação pelo dano excedente, nos termos do n.º 2 do art. 811ºCC, contudo, este acordo não pode atribuir ao credor o direito a uma indemnização superior ao que for estritamente necessário para reparar esse dano nos termos do n.º 3 do art. 811ºCC. Significa que este artigo só se aplica caso o credor faça valer um dano excedente e, como já foi aclarado, a cláusula penal exclusivamente compulsória não é acordada para liquidar o dano ou substituir a indemnização, ela não constitui uma indemnização predeterminada, pelo que não se coloca a questão do dano excedente. Ela é uma pena, um *plus*, algo que acresce, as partes acordam *ab initio*, que o credor não prescinde da execução específica ou à indemnização pelo não cumprimento (Pinto Monteiro, 1990, p. 468).

O acórdão do TRG, processo n.º 2105/22.8T8CHV.G1, de 19 de dezembro de 2023, Conceição Sampaio como relator sumaria o seguinte: “em função da finalidade prosseguida pelos contraentes com a sua fixação, a cláusula penal pode revestir três modalidades: função moratória ou compensatória, dirigida à reparação de danos mediante a fixação antecipada da

⁸⁷ Galvão Telles entende que o único sentido útil a atribuir ao n.º 3 do art. 811ºCC é entender que ele diz, por outras palavras, o que já está dito no n.º 2, ou então, dá-lo por não escrito pela sua inutilidade através de uma interpretação ab-rogante (Galvão Telles, 1997, p. 446 e 447). Menezes Leitão entende que há que fazer uma interpretação restritiva e considerar o n.º 3 do art. 811ºCC como limitada aos casos em que as partes tenham estipulado uma cláusula de liquidação de danos e não uma cláusula penal estrita (Menezes Leitão, 2011, p. 300); Antunes Varela e Pires de Lima aduzem que a nota característica da cláusula penal reside precisamente na possibilidade dela exceder o valor da prestação, constituindo assim um “estímulo suplementar ao cumprimento da obrigação”. O n.º 3 do art. 811ºCC veio eliminar grande parte do interesse prático da cláusula penal, até porque, como esclarecem os autores “para prevenir e remediar os excessos na fixação do montante da cláusula penal é que, imperativamente, se admite a sua redução equitativa” nos termos do art. 812ºCC (Antunes Varela & Pires de Lima, 2010, p. 80).

indenização em caso de não cumprimento definitivo ou de simples mora do devedor; cláusula penal em sentido estrito ou propriamente dita, em que a sua estipulação, substitui o cumprimento ou a indenização, não acrescendo a nenhuma delas, e; cláusula penal de natureza compulsória, em que as partes fixam uma pena que acresce ao cumprimento ou que acresce à indenização pelo incumprimento, a qual tem por finalidade pressionar o devedor a cumprir.”

No que diz respeito à jurisprudência da função punitiva, o STJ reconheceu, embora timidamente, em relação à cláusula penal moratória, no acórdão de 16 de abril de 1996, cujo relator foi Fernando Fabião, porque ela é atribuída independentemente da existência de danos. Para além disso e como já foi mencionado, de acordo com o n.º 1 do art. 811ºCC nada impede a cumulação entre esta e o cumprimento. O acórdão do STJ de 5 de março de 1996, processo n.º 2105/22.8T8CHV.G1. cujo relator foi Roger Lopes, entendeu que no juízo de equidade, imperativo legal nos termos do art. 812ºCC, a “redução equitativa da cláusula penal” deveria constar o grau de culpa do devedor, as suas vantagens, o interesse do credor na prestação, a situação económica de ambos, a sua boa ou má-fé, a índole do contrato, as condições em que foi negociado e os benefícios do devedor com a cláusula penal. Paula Lourenço entende que essa redução é uma manifestação da função punitiva dessas cláusulas. Numa perspectiva de *iure condendo*, Paula Lourenço entende que esse mesmo critério poderá originar num aumento do montante da cláusula penal, à semelhança de outros ordenamentos jurídicos, respetivamente, o alemão e o suíço (Paula Lourenço, 2006, p. 360). Galvão Telles também critica a possibilidade de reduzir a cláusula penal, mas não a de reforçá-la, afirmando que “duvidamos da justiça desta solução unilateral” (Galvão Telles, 1997, pp. 438 - 439 e nota 1). Também Pinto Monteiro critica a escolha do legislador, questionando se a equidade não deveria permitir, em casos excecionais, um reforço da quantia prevista, pois o art. 812ºCC que permite a sua redução, mas não o seu aumento, “perfilha uma dualidade de critérios, para a qual se não vê inteira justificação”. Acrescenta o autor que “já nos parece de lamentar, todavia, que o Código não tenha ido mais além, permitindo, igualmente, o aumento da pena manifestamente baixa, por razões de equidade (Pinto Monteiro, 1990, p. 707 e 729 nota 1634).

Em suma, podemos enumerar algumas características de índole penal da figura jurídica analisada. Podemos afirmar que a lei admite uma cláusula penal moratória, nos

termos do n.º 1 do art. 811ºCC⁸⁸ ou como refere Paula Lourenço, uma pena moratória, uma vez que o credor tem direito ao cumprimento e ao *plus* da pena cuja finalidade é punir a mora do devedor. Previamente ao aditamento do n.º 3 do art. 811ºCC, a parte da cláusula penal que excedia o dano, assumia uma função punitiva, o credor já não pode exigir um montante superior ao dano. Paula Lourenço critica esta situação pois uma das vantagens da cláusula penal seria dispensar a operação de comparar a quantia desta com o valor equivalente do dano. Outra evidência que já foi explorada é que a cláusula penal não depende da prova de danos e o seu beneficiário é o credor, mais uma similitude com a pena privada (Paula Lourenço, 2006, pp. 357 - 360). A possibilidade de redução equitativa da cláusula penal nos termos do art. 812ºCC quando manifestamente excessiva, o legislador deu liberdade ao julgador para aferir todas as circunstâncias que poderão afetar essa mesma redução. No juízo de equidade deveria constar o grau de culpa do devedor, as suas vantagens, o interesse do credor na prestação, a situação económica de ambos, a sua boa ou má-fé, a índole do contrato, as condições em que foi negociado e os benefícios do devedor com a cláusula penal. Para Paula Lourenço essa é mais uma manifestação da função punitiva da cláusula penal (Paula Lourenço, 2006, p. 360).

2.5. O sinal

Entende-se por sinal a coisa fungível ou não fungível⁸⁹, normalmente dinheiro que é entregue a um dos contraentes ao outro ao tempo da conclusão do contrato ou até em data ulterior em que a *traditio* da coisa é uma característica essencial do sinal. O sinal é uma figura que não existe autonomamente, ou seja, sem contrato. Ele é uma figura conexas ao contrato-promessa⁹⁰, mas são distintos, pois pode haver contrato-promessa e não haver sinal, isto porque a eventual entrega poderá ser apenas uma antecipação do pagamento, podendo

⁸⁸ “O credor não pode exigir cumulativamente, com base no contrato, o cumprimento da obrigação principal e o pagamento da cláusula penal, salvo se esta tiver sido estabelecida para o atraso na prestação”.

⁸⁹ A lei não restringe a coisa fungível, nesse sentido também Almeida Costa (Almeida Costa, 2016, p. 796 nota 1). Menezes Leitão entende que, apesar da lei não restringir o sinal a coisas fungíveis, não faz sentido que ele consista numa coisa infungível devido à sanção da sua restituição em dobro (Menezes Leitão, 2017, p. 224 nota 499). Calvão da Silva acrescenta que se a parte inadimplente quiser restituir o dobro do que houver recebido, nos termos do n.º 2 do art. 442ºCC se tiver por objeto coisa infungível, só o poderá fazer restituindo o valor correspondente, se não for outra a interpretação negocial (Calvão da Silva, 2010, p. 102 nota 86).

⁹⁰ A estipulação de sinal no contrato-promessa equivale à fixação de um termo essencial ou de uma cláusula resolutiva (Almeida Costa, 2016, p. 437 nota 1). O contrato-promessa é um contrato preliminar, que antecede e prepara o contrato definitivo, aquele que se tem vista, em que pelo primeiro os interessados obrigam-se a, mais cedo ou mais tarde, celebrar o segundo, mas não o querem realizar imediatamente obrigam-se a realizá-lo no futuro (Galvão Telles, 2010, p. 209).

este também ser constituído no âmbito de um contrato definitivo (Gravato Moraes, 2009, p. 67). No contrato-promessa de compra e venda presume-se que tem carácter de sinal toda a quantia entregue pelo promitente-comprador ao promitente-vendedor, sendo esta uma presunção ilidível, nos termos dos artigos n.º 441ºCC e n.º 2 do art. 350ºCC (Almeida Costa, 2016, p. 429). Gravato Moraes entende que a natureza do sinal em sede de contrato-promessa de compra e venda, nos termos do art. 441ºCC, em que não está em causa a transmissão ou a constituição de edifício ou de fracção autónoma dele, tem natureza penitencial. A existência de um obstáculo à execução específica assim como a fixação do valor do arrendimento, nos termos do art. 442ºCC conferem esse carácter ao sinal. Temos de analisar o n.º 3 do art. 410ºCC com o n.º 3 do art. 830º, concluindo que, se subsume no primeiro artigo mencionado, o segundo tem carácter imperativo, não se podendo impedir a execução específica e, nestes termos, o sinal assume a função confirmatório-penal, isto apesar do funcionamento da presunção do sinal (Gravato Moraes, 2009, pp. 68 - 70). Para Menezes Leitão a natureza do sinal é confirmatório-penal, pois o sinal só pode ser exigido em caso de incumprimento definitivo da obrigação pela outra parte, funcionando assim como uma pré-determinação da consequência desse incumprimento, não sendo um preço de arrendimento e, por isso mesmo, não tem uma natureza penitencial⁹¹ (Menezes Leitão, 2017, p. 237). Paula Lourenço enuncia a função penitencial nesta situação em que as partes pretendam reservar-se a faculdade do recesso⁹², como preço de arrendimento e, no sinal, em contexto de contratos-promessa, se as partes afastarem a execução específica. O sinal pode assumir uma função “confirmatória-penal”⁹³ quando dá consistência ao contrato e funciona como sanção para um ato ilícito, o incumprimento da obrigação⁹⁴, quando as partes pretendam ressarcir danos e estipulam uma indemnização pelo incumprimento definitivo. (Paula Lourenço, 2006, p. 366 e 367). Também Calvão da Silva entende que o sinal tem uma dupla função, nomeadamente a determinação prévia da indemnização em caso de não cumprimento e uma função coercitiva, a coerção ao cumprimento. O sinal determina o *quantum respondeatur* resultante do não cumprimento, independentemente do montante ou

⁹¹ Para Menezes Leitão, mesmo quando a lei admita que o sinal funcione como convenção contrária à execução específica a lei não atribui uma função penitencial ao sinal (Menezes Leitão, 2017, p. 237).

⁹² Faculdade de retração.

⁹³ Confirmatório: quando as partes pretendem confirmar e consolidar o contrato celebrado; e penal pois supõe um comportamento ilícito, que é sancionado pela referida indemnização (Paula Lourenço, 2006, p. 366).

⁹⁴ Na esteira do pensamento de Galvão Telles, em que o comportamento ilícito é a violação da obrigação (Galvão Telles, 1997, p. 131).

até da existência do dano efetivo, pois ele aplica-se mesmo que não haja dano efetivo, esse é o potencial caráter sancionatório encerrado no sinal, para constranger e determinar o devedor a cumprir a prestação a que está adstrito, para não incorrer, quer na perda do sinal, quer no pagamento do dobro deste ou do aumento do valor da coisa como indemnização (n.º 4 do art. 442ºCC) (Calvão da Silva, 2010, pp. 158 - 159). Para Pinto Monteiro, o legislador ao regular o sinal fez prevalecer a função penitencial sobre a função confirmatória ou confirmatória-penal (Pinto Monteiro, 1990, p. 175).

Em caso de cumprimento, quando haja sinal, seja presumido, nos termos do art. 441ºCC ou convencionado, nos termos do art. 440ºCC, se se trata de contrato-promessa, a coisa entregue deve ser imputada na prestação devida, a prestação futura, emergente do contrato definitivo, ou a coisa entregue deve ser restituída quando a sua imputação não for possível, nos termos do n.º 1 do art. 442ºCC. Se a coisa entregue for uma quantia em dinheiro, o sinal acaba por ser na prática, *a posteriori*, uma antecipação parcial ou total do cumprimento. Contudo, se a coisa a título de sinal não for uma quantia em dinheiro, a sua imputação pode não ser possível e impõe-se a restituição da coisa entregue como sinal⁹⁵ para evitar-se o enriquecimento injustificado do *accipiens* (Calvão da Silva, 2010, pp. 102-103).

Em caso de incumprimento, Almeida Costa aduz que o art. 442ºCC atribui ao contraente não faltoso três escolhas: a saber: a primeira é se o incumprimento definitivo for imputável a quem recebeu o sinal, este deve restituí-lo em dobro⁹⁶, se for imputável a quem entregou o sinal, este perde o mesmo (n.º 2 1ª parte do art. 442ºCC). Neste caso, o sinal aproxima-se da faculdade de desistir do contrato⁹⁷ e sanção ou montante indemnizatório predeterminado para o seu incumprimento definitivo; a segunda é que se o contrato incidir sobre uma coisa e se houve a tradição antecipada para a contraparte e o incumprimento é imputável à outra, pode esta optar pelo valor da coisa ou do direito a transmitir ou a constituir sobre ela, “determinado objetivamente, à data do não cumprimento da promessa, com dedução do preço convencionado, devendo ainda ser-lhe restituído o sinal e a parte do preço

⁹⁵ Galvão Telles aduz que a restituição será em singelo, quando a imputação não for possível (Galvão Telles, 1997, p. 130), assim como Paula Lourenço (Paula Lourenço, 2006, p. 363).

⁹⁶ A indemnização segundo as regras do sinal afasta a teoria da diferença entre a atual situação real e a atual situação hipotética do lesado (n.º 2 do art. 566ºCC) (Calvão da Silva, 2010, p. 113).

⁹⁷ *Ius poenitendi*, faculdade de desistir do contrato (Almeida Costa, 2016, p. 429), ao arrepio de um dos princípios basilares do nosso direito das obrigações, o *pacta sunt servanda*.

que tenha pago”, nos termos do n.º 2 segunda parte do art. 442ºCC⁹⁸; a terceira escolha é que o contraente fiel pode requerer a execução específica⁹⁹, nos termos do art. 830ºCC (n.º 3 primeira parte do art. 442ºCC) (Almeida Costa, 2016, p. 428 à 436). Calvão da Silva entende que se o incumprimento do contrato for imputável a ambos contraentes, um incumprimento bilateral, deve ser resolvido tendo por base as normas gerais pela compensação das culpas concorrentes, verificados os pressupostos do art. 570ºCC. Nesses termos a indemnização poderá ser totalmente concedida, reduzida ou até mesmo excluída, consoante a gravidade das culpas de ambas as partes e as consequências que delas resultaram. Se as culpas dos dois contraentes forem iguais, a indemnização deve ser excluída, devendo o *accipiens* restituir o sinal em singelo. A restituição é uma consequência da resolução que é equiparada, quanto aos efeitos, à nulidade ou à anulabilidade, como previsto nos arts. 433ºCC e 434ºCC, que tem eficácia retroativa, pelo que deve ser restituído tudo o que foi prestado. Em caso de incumprimento devido a causa não imputável a qualquer dos contraentes, os efeitos do sinal que constam do n.º 2 do art. 442ºCC não se produzem. Quando a prestação se torna impossível, e a obrigação extingue-se nos termos do n.º 1 do art. 790ºCC e o credor fica desobrigado da contraprestação¹⁰⁰ ou com o direito e se já tiver realizado, pode exigir a sua restituição nos termos do enriquecimento sem causa, nos termos do n.º 1 do art. 795ºCC e não há lugar a indemnização pois não há culpa do devedor (Calvão da Silva, 2010, pp. 154 - 157).

Podemos afirmar que o sinal funciona como fixação das consequências do incumprimento, uma vez que se a parte que constituiu o sinal deixou de cumprir a sua obrigação, a outra parte tem o direito de fazer sua a coisa entregue. Se quem recebeu o sinal não cumprir com o contrato, este tem de o devolver em dobro conforme consta na primeira parte do n.º 2 do art. 442ºCC. Esta figura assemelha-se à cláusula penal¹⁰¹, n.º 1 art. 810ºCC,

⁹⁸ Consubstancia numa indemnização atualizada para evitar que motivos especulativos e contrários à boa-fé levem à resolução ou à violação do contrato pela parte que promete transmitir ou constituir o direito. (Almeida Costa, 2016, p. 431).

⁹⁹ O exercício desta faculdade não exige que se haja verificado a entrega prévia da coisa, do objeto do contrato prometido. Todavia, a remissão para o 830ºCC tem o intuito de esclarecer que a execução específica só é possível nos contratos-promessa sinalizados, se as partes ressalvarem a execução específica, não obstante a existência de sinal, afastando a presunção do n.º 2 do art. 830ºCC e caso se trate de promessas em que a faculdade de execução específica assume natureza imperativa, por força do n.º 3 do art. 830ºCC (Almeida Costa, 2016, p. 436).

¹⁰⁰ A obrigação da outra parte também se extingue devido à interdependência das obrigações sinalagmáticas (Calvão da Silva, 2010, p. 157).

¹⁰¹ Cf Menezes Leitão (Menezes Leitão, 2017, pp. 224 - 225).

pois em ambos encontramos a ideia de pressionar o cumprimento da obrigação e traduzem-se num montante que substitui a indemnização calculada nos termos gerais. É notória a similitude das soluções que a lei estipula a ambos quanto ao dano excedente no n.º 4 do art. 442ºCC e no n.º 2 do art. 811ºCC (Almeida Costa, 2016, p. 796).

Relativamente à jurisprudência, no acórdão do TRL processo n.º 10344/2007-6 de 19 de dezembro de 2007, diz-nos o relator Pereira Rodrigues que o sinal é “um modo de determinação antecipada da indemnização devida pelo incumprimento de um contrato-promessa e visa garantir tal indemnização, independentemente da existência de danos, dispensando as partes da sua alegação e prova”. Nesse acórdão é referido ainda que o sinal assume uma dupla função “confirmatória/penal” e que representa “uma função de garantia de cumprimento, determinando previamente a indemnização pelo não cumprimento, e daí uma evidente similitude com a pena convencional”. Encontramos ainda o acórdão do TRC, processo n.º 522/06, de 18 de julho de 2006, cujo relator foi Jorge Arcanjo em que esclarece que “o sinal não preclui o direito à indemnização, quando seja acompanhado de estipulação em contrário¹⁰², ou seja convenção a que se reporta o n.º 4 do art. 442ºCC, sendo legítimo cumular o sinal com uma cláusula penal moratória”. Almeida Costa refere um acórdão do STJ de 8-III-1977 em que houve o entendimento que a redução da pena convencional prevista no art. 812ºCC pode operar relativamente à restituição do sinal dobrado. Tanto se justifica a redução¹⁰³ num caso como no outro, desde que o quantitativo da indemnização, seja ela pena ou sinal, se revele manifestamente excessivo (Almeida Costa, 2016, p. 428 nota 2). Paula Lourenço entende que o acórdão do STJ 14-junho-77 que teve como relator Ferreira da Costa, reconheceu a função punitiva da responsabilidade civil, quando comparou o sinal à cláusula penal e concluiu que o sinal pode ser objeto de redução, assumindo uma função penal no sinal (Paula Lourenço, 2006, p. 369).

2.6. A sanção pecuniária compulsória

Pires de Lima e Antunes Varela elucidam que o fim da sanção pecuniária compulsória é “vencer a resistência da vontade do obrigado” (Antunes Varela & Pires de Lima, 2010, p. 103). Como clarifica Menezes Cordeiro, no incumprimento de uma obrigação de *dare*, a solução passará pela apreensão judicial do bem devido, com a subsequente entrega

¹⁰² “Estipulação em contrário” refere-se à letra da lei.

¹⁰³ Cf Gravato Morais que entende que com recurso à analogia, grande parte da doutrina tem também esse entendimento (Gravato Morais, 2009, p. 221 à 223).

ao credor. Se estiver em causa uma obrigação de *facere* de facto fungível, poder-se-á recorrer à prestação por terceiro à custa do devedor inadimplente. Contudo, o incumprimento de uma obrigação de *facere* de facto infungível, seria um desafio pois a solução seria desistir da prestação e substituir a obrigação por um dever de indemnizar com carácter compensatório (Menezes Cordeiro, 1998, p. 1224). As medidas compulsórias visam compelir o infrator a cumprir, mediante a inflação de um mal continuado ou reiterado que cessará com tal cumprimento e acrescem à indemnização se a ela houver lugar. Está presente no 829º-A CC e foi inspirada no modelo francês das *astreintes*. O sistema francês das *astreintes* é muito flexível, traduzindo-se numa condenação no pagamento ao credor de uma quantia fixada pelo juiz, cujo montante aumenta segundo uma periodicidade por dia, semana ou mês de atraso, que são independentes de indemnizações ou juros de mora. Menezes Cordeiro aduz que a doutrina entende que a *astreinte* conduz a um enriquecimento discutível, do credor, surgindo como uma pena privada. (Menezes Cordeiro, 1998, p. 1225). Menezes Leitão tem o mesmo entendimento, que a *astreinte* consiste numa condenação do devedor a pagar ao credor a título de pena privada (Menezes Leitão, 2011, p. 293 nota 575).

Esta figura surge com o DL n.º 262/83, de 16 de junho e tem no n.º 5 do seu preâmbulo a sua similitude assim como as suas funções: “inspira-se a do n.º 1 desse preceito no modelo francês das *astreintes*, sem, todavia, menosprezar alguns contributos de outras ordens jurídicas; ficando-se pela coerção patrimonial, evitou-se, contudo, atribuir-se-lhe um carácter de coerção pessoal (prisão) que poderia ser discutível face às garantias constitucionais. A sanção pecuniária compulsória visa, em suma, uma dupla finalidade de moralidade e de eficácia, pois com ela se reforça a soberania dos tribunais, o respeito pelas suas decisões e o prestígio da justiça, enquanto por outro lado se favorece a execução específica das obrigações de prestação de facto ou de abstenção infungíveis”. Desde logo a sanção pecuniária compulsória deve ser requerida pelo credor, não podendo o tribunal decretá-la oficiosamente (Pinto Monteiro, 1990, p. 124). Esta figura, surgiu devido à inaplicabilidade da execução específica das obrigações de prestação de facto infungível. Visa então uma dupla finalidade: reforçar o respeito pelas decisões do tribunal e favorecer a execução específica das obrigações de *facere* ou *non facere* infungível (Paula Lourenço, 2006, p. 305). Como enuncia o seu n.º 1, deixada de cumprir uma obrigação de prestação de

facto infungível, positivo ou negativo¹⁰⁴, que não exija especiais qualidades científicas ou artísticas do obrigado, o tribunal, a requerimento do credor, condenará aquele ao pagamento de uma quantia pecuniária, por cada dia de atraso no cumprimento ou por cada infração, segundo critérios de razoabilidade, como esclarece o seu n.º 2. Refere o n.º 3 do art. 829º-A CC que o montante da sanção pecuniária é destinado em partes iguais ao credor e ao Estado¹⁰⁵. A solução adotada pelo nosso legislador parece ser justificada pelo facto de ela tutelar não apenas o interesse particular de compelir à satisfação do crédito, mas também o interesse coletivo das obrigações serem regularmente cumpridas¹⁰⁶. O n.º 4 do artigo¹⁰⁷ já mencionado estipula que se alguém for condenado ao pagamento em dinheiro corrente, fica esse alguém automaticamente sujeito a pagar ao credor para além da devida indemnização, juros à taxa legal anual de 5%, desde o trânsito em julgado da sentença até ao seu cumprimento (Galvão Telles, 1997, p. 449). Esta figura tem um escopo preventivo e não reparador pois destina-se a compelir o devedor a cumprir a prestação e não visa indemnizar os danos sofridos. Menezes Cordeiro entende que esta figura tem uma função preventiva e coerciva e não se confunde com a indemnização, conforme exposto pelo legislador no n.º 2 art. 829º-A CC “sem prejuízo da indemnização a que houver lugar”. O autor acrescenta que no n.º 3 art. 829º-A CC a repartição do montante entre o Estado e o credor interessado acentua a sua natureza de pena derivada (Menezes Cordeiro, 1998, p. 1229). Para além de acrescer à indemnização, só se efetivam após verificação de incumprimento da obrigação e são determinadas pelo julgador ou legislador e repetem-se até ao cumprimento da obrigação. Assume assim a natureza de pena derivada por se repartir entre o credor e o Estado, ao contrário da *astreinte* francesa que é totalmente entregue ao credor (Paula Lourenço, 2006, pp. 307-308). Calvão da Silva entende que a sanção pecuniária compulsória é uma medida coercitiva, de carácter patrimonial, seguida de sanção pecuniária na hipótese de a condenação principal não ser obedecida e cumprida. É medida coercitiva ou compulsória pois pressiona

¹⁰⁴ Pires de Lima e Antunes Varela declaram que o juiz tanto pode condenar a multa diária, até que cumpra, tanto o artista de variedades que se comprometeu a participar na revista e à última hora faltou, como aquele que se obrigou a não colaborar na revista em cena, no teatro ao lado do pertencente ao promissário e que nela está a colaborar (Antunes Varela & Pires de Lima, 2010, p. 103).

¹⁰⁵ Atenda-se que como consta do próprio preâmbulo, uma das funções é reforçar a soberania dos tribunais.

¹⁰⁶ Cf (Menezes Leitão, 2011, p. 294).

¹⁰⁷ Pinto Monteiro enuncia que estamos perante uma sanção pecuniária compulsória legal (Pinto Monteiro, 1990, p. 126). Nesse mesmo sentido encontra-se também Paula Lourenço (Paula Lourenço, 2006, p. 305).

o devedor, intimidando-o, ameaçando-o ao cumprimento da prestação que está adstrito. É medida coercitiva patrimonial pois incide sobre o património do devedor e não sobre a sua pessoa¹⁰⁸. A ameaça não sendo eficaz, ela se transforma em sanção, o devedor terá de suportar a desvantagem monetária daí decorrente, uma quantia por cada período de atraso ou por cada infração. Calvão da Silva entende que o carácter coercitivo ou compulsório é a essência do instituto cuja finalidade é induzir o devedor ao cumprimento e a sanção é condicional, pois ela só ocorre se a coerção for ineficaz, como consequência e efeito dessa mesma ineficácia. A natureza é coercitiva e sancionatória visto ser uma sanção pecuniária ao devedor em caso dele não obedecer à condenação principal. Este autor assume que “o efeito sanção não é escopo da sanção pecuniária compulsória, mas é a condição da sua eficácia (Calvão da Silva, 1995, pp. 394 - 396). Paula Lourenço entende que a sanção pecuniária compulsória tem um duplo escopo, preventivo e punitivo que surgem em momentos distintos, nomeadamente: a preventiva ou compulsória surge antes do incumprimento e a punitiva a partir do incumprimento (Paula Lourenço, 2006, p. 309). O devedor terá de cumprir a obrigação de facto infungível ou pagará um montante estabelecido pelo juiz de acordo com juízos de razoabilidade que, uma vez cominada torna-se definitiva, ou seja, é insuscetível de revisão ou requerimento das partes. É notório que o nosso legislador adotou uma *astreinte* do tipo definitivo, em que o tribunal, ao contrário da *astreinte* provisória, renuncia à faculdade de revisão da sanção, não podendo modificá-la para mais ou para menos. (Almeida Costa, 2016, p. 1067). No ordenamento jurídico francês, a *astreinte* assume duas modalidades: uma provisória e uma definitiva, sendo que a primeira pode ser revista e aparece como uma medida flexível (*souple*) ligada ao comportamento do devedor e a sua liquidação depende do grau de culpa do devedor e da sua resistência à decisão judicial; a definitiva é insuscetível de revisão. Pinto Monteiro esclarece que o sentido da *astreinte* é o de pena privada “ainda que proferida pelo tribunal, acessória, arbitrária e cominatória”. Ela é independente da indemnização e o seu montante reverte para o credor, pode ser decretada oficiosamente e, ao contrário da nossa sanção pecuniária compulsória que só pode ser aplicada em obrigações de prestação de facto infungível, positivo ou negativo, ela é de aplicação generalizada (Pinto Monteiro, 1990, pp. 119 - 121).

¹⁰⁸ Como acontece na coerção física, constrangimento corporal ou na prisão por dívidas.

O facto de o montante ser atribuído metade ao credor e metade ao Estado tem sido alvo de muitas críticas, nomeadamente de Pires de Lima e Antunes Varela¹⁰⁹ que entendem que esta solução é “estranha e deplorável” pois trata-se de obrigações de foro privado em que a sanção pecuniária compulsória é estabelecida no interesse particular do credor (Antunes Varela & Pires de Lima, 2010, p. 105).

2.7. As punições civis

O CC português recorre com alguma frequência à pena privada, a saber: revogação de doações por ingratidão do donatário (art. 970º); a fixação de penas pecuniárias pela assembleia de condóminos (n.º 1 art. 1434º); a inibição e demais limitações ao exercício do poder paternal (art. 1913º e seguintes); a incapacidade sucessória por indignidade (art. 2014º) e a deserdação (art. 2166º) (Paula Lourenço, 2006, p. 310). O que será exposto com alguma densidade será referente às penas privadas pecuniárias, previstas no nosso CC, elas são: os montantes punitivos na locação; o art. 1320º CC, referente aos animais selvagens; a servidão de passagem do art. 1552º CC; e o possuidor de má-fé.

Relativamente à locação, deram-se alterações legislativas muito relevantes, em que cessaram montantes punitivos significativos que oneravam o locador¹¹⁰, mas no regime atual, quando houver mora, “o locador tem o direito de exigir, além das rendas ou alugueres em atraso, uma indemnização igual a 20/prct do que for devido” (n.º 1 do art. 1041º CC). Mesmo que, previamente à última alteração legislativa fosse mais evidente a presença do carácter punitivo, pois a indemnização era de 50%, mas, mesmo assim, não deixa de transparecer esse carácter sancionatório. Já na previsão legal do n.º 9 do art. 1103º CC que obriga o senhorio ao pagamento de uma indemnização correspondente a 10 anos de renda é notório o carácter punitivo. No acórdão do TRL de 15 de maio de 2018, processo n.º 4188/16.0T8LSB.L1-1, cujo relator foi Manuel Marques, refere esse carácter sancionatório, o qual afirma “cumpre ao senhorio que denunciou o contrato de arrendamento para efeitos de realização de obras, a prova de que o não início destas no prazo de seis meses contados da desocupação do locado lhe não é imputável (arts. 342º, n.º 2, e 1103º, n.º 9, do C. Civil)”. A indemnização corresponde à cessação do contrato de arrendamento (n.ºs 6, 7 e 8 do art.

¹⁰⁹ Os referidos autores aduzem que a sociedade parece caminhar para o socialismo e que a posição do juiz na aplicação de uma sanção que tem como destino metade para o Estado, assemelha-se à figura do “polícia de trânsito que anda à caça da multa” (Antunes Varela & Pires de Lima, 2010, p. 105).

¹¹⁰ Irei cingir-me aos diplomas legais em vigor, após as alterações da Lei 13/2019 de 12 de fevereiro, todavia, para observação e análise dos regimes anteriores ver (Paula Lourenço, 2006, pp. 310-312).

1103º CC) ou à penalização pelo não início das obras no prazo legal de 6 meses (n.º 9 do citado artigo.). O intuito do legislador foi de penalizar a atitude do senhorio ao pôr termo ao contrato de arrendamento, afetando assim o direito de habitação do inquilino, ou seja, “sacrifica-se totalmente o direito do arrendatário para nada”. O relator declara ainda que o valor da indemnização em 10 anos de renda não pode ser censurado pelo juiz à luz do princípio da proporcionalidade constitucionalmente consagrado, visto não estar destituída de fundamento nem é um “critério legislativo manifestamente desrazoável e inadequado. Tendo em consideração que no caso o contrato de arrendamento perdurou durante mais de 45 anos, não se afigura manifestamente desrazoável o valor da indemnização plasmada no n.º 9 do art. 1103º do C.C., o qual cabe na margem de discricionariedade legislativa, não se mostrando violado o princípio da proporcionalidade”.

No que refere aos animais selvagens, o n.º 1 do art. 1320º CC, Pires de Lima e Antunes Varela esclarecem que estes animais não são os que se encontram no seu estado de liberdade natural (*ferae bestiae*), nem os domésticos (*animalia mansueta*), mas sim os *mansuefactos*, pois andam na sua liberdade, mas têm por hábito procurar uma guarida ordenada pelo homem. Só se perderem este *consuetudo revertendi*¹¹¹ é que deixam de estar ligados ao homem e passam a ser considerados como *res nullius* (Antunes Varela & Pires de Lima, 2011, p. 128). O n.º 2 do mesmo artigo pune a conduta de dar guarida a esses animais, em caso de atuação fraudulenta ou artificiosa, com o triplo do valor desses animais, se não for possível restituí-los ao antigo dono. Como é perceptível, o montante que acresce ao valor dos animais tem carácter compensatório-punitivo, corresponde ao triplo do dano¹¹², pois tem a finalidade de compensar o lesado e punir o lesante que agiu dolosamente (Paula Lourenço, 2006, pp. 312 - 313).

O n.º 1 do art. 1552º CC estabelece que o proprietário, “sem justo motivo, provocar o encrave absoluto ou relativo do prédio só pode constituir a servidão mediante o pagamento de indemnização agravada.” O n.º 2 do mesmo preceito legal estabelece o critério dessa mesma indemnização esclarecendo que “é fixada, de harmonia com a culpa do proprietário, até ao dobro da que normalmente seria devida”. O legislador distingue o valor que se destina a reparar o dano, a indemnização normalmente devida, e o montante que excede essa quantia

¹¹¹ Significa o costume de voltar.

¹¹² Paula Lourenço refere, que assim como nos *punitive damages*, em alguns Estados norte-americanos, estabelecem um rácio entre o dano real e os danos punitivos (Paula Lourenço, 2006, p. 313).

e que depende da culpa do agente, este é o montante punitivo, que pode ascender ao dobro da indemnização normalmente devida (Paula Lourenço, 2006, p. 313).

Em relação à relevância da boa-fé ou má-fé do possuidor, no artigo 1269ºCC, Pires de Lima e Antunes Varela interpretam o artigo *a contrario sensu*, resultando que “o possuidor de má-fé responde pela perda ou deterioração da coisa, mesmo que tenha procedido sem culpa, interpretação que se harmoniza com a solução prevista do art. 1271.º, em matéria de restituição de frutos” (Antunes Varela & Pires de Lima, 2011, p. 36). Dessa forma, e tendo em atenção os artigos mencionados, o possuidor de má-fé deve restituir os frutos que a coisa produziu até ao termo da posse e também responde pelo valor daqueles que um proprietário diligente poderia ter obtido. Significa que o possuidor de má-fé paga ao proprietário um montante punitivo cujo *quantum* baseia-se na mera probabilidade do valor que um proprietário diligente poderia obter daqueles frutos e não no dano que o lesado suportou (Paula Lourenço, 2006, p. 315).

2.8. Outras manifestações da função punitiva

2.8.1. Direito do Trabalho

Como se sabe, o direito do trabalho não é o direito de todo o trabalho, mas sim, podemos afirmar ainda que de forma sucinta, o trabalho livre¹¹³, em proveito alheio, remunerado¹¹⁴, subordinado e que se insere numa relação jurídico-privada, que se desenvolve em torno de um contrato, o contrato de trabalho¹¹⁵, que é o título jurídico típico do exercício dessa liberdade. Este é enquadrado por normas que vão desde as condições pré-contratuais, pelos direitos e deveres recíprocos das partes, atendem aos termos de cessação, indo até aos aspetos pós-contratuais¹¹⁶. O direito de trabalho apresenta-se, ao mesmo tempo, sob o signo de proteção ao trabalhador e como um conjunto de limitações à autonomia privada individual. Para além das relações individuais fundadas no contrato de trabalho entre

¹¹³ Uma liberdade formal, no sentido ao art. 47ºCRP, em que consiste na possibilidade abstrata de aceitar ou recusar um compromisso de trabalho, de escolher a profissão ou género de atividade e de concretizar tais escolhas mediante negócios jurídicos específicos, ao contrário do que sucede no trabalho realizado sob requisição civil ou o trabalho penitenciário. O princípio da liberdade de trabalho está presente em documentos internacionais nomeadamente DUDH de 1948, ratificada por Portugal em 1978; o PIDCP de 1976, ratificado em 1978; PIDESC de 1976, ratificado em 1978; CEDH de 1950, também ratificada em 1978; e a CSE de 1961 e ratificada em 1991 (Monteiro Fernandes, 2023, p. 22 e nota 5).

¹¹⁴ Isto é, de modo a obter, em contrapartida, um benefício económico, o que exclui o trabalho gratuito, de solidariedade, vizinhança ou humanitário.

¹¹⁵ Cujas definições constam no art. 11º CT.

¹¹⁶ V.g. a preferência na readmissão e a abstenção de concorrência.

um empregador e um trabalhador, o direito do trabalho incide também nas relações coletivas que se estabelecem entre organizações de trabalhadores e empregadores. Podemos ainda afirmar que existem quatro funções do direito do trabalho, a saber: a função compensatória e tutelar¹¹⁷, como sendo a mais correntemente atribuída a este; a função garantística;¹¹⁸ a função padronizadora;¹¹⁹ e a função de ajustamento¹²⁰ (Monteiro Fernandes, 2023, p. 21 à 34).

Entende-se que a relação jurídica de trabalho é desequilibrada. Ela assenta num desnível jurídico e económico, em que o trabalhador, a parte mais débil coloca-se contratualmente numa situação de inferioridade¹²¹, de subordinação em relação ao empregador, pois este tem o poder de direção e disciplinar (Romano Martinez, 2017, p. 358). O legislador estipulou obrigações ao empregador, nomeadamente de organizar e pôr em prática medidas adequadas à prevenção de riscos profissionais, desde a ocorrência de acidentes de trabalho ou de doenças físicas até aos riscos psicossociais¹²² ou até mesmo psicossomáticos¹²³, porque o ambiente de trabalho não é um elemento neutro nas relações de trabalho. Nesse sentido encontramos no art. 127ºCT¹²⁴, mormente no n.º 1 alíneas c), d),

¹¹⁷ Esta função é a de compensar a debilidade contratual originária do trabalhador, no plano individual, pressupondo condições mínimas de trabalho, estruturando e limitando os poderes de direção e organização do empregador, submetendo-os a controlo externo, mormente, administrativo, judicial e sindical, que tende a suprir a diminuída capacidade do trabalhador de exigir e reclamar por meios e processos administrativos (inspeção do trabalho), meios jurisdicionais (tribunais especializados que seguem regras processuais especiais) e meios de autotutela coletiva (ação sindical na empresa, meios de luta laboral) (Monteiro Fernandes, 2023, p. 31 e 32).

¹¹⁸ Promover a realização no domínio das relações laborais, de valores e interesses reconhecidos como fundamentais na ordem jurídica global. O foco é a pessoa do trabalhador na relação de trabalho e a necessidade dessa relação não afetar negativamente a vida, a integridade física e psíquica, a dignidade moral e social do trabalhador, garantindo a sua realização pessoal e a afirmação da cidadania. Consubstancia num conjunto de disposições de garantia dos chamados direitos de personalidade (Monteiro Fernandes, 2023, p. 32).

¹¹⁹ Garantir uma certa padronização das condições de uso da força de trabalho, que condiciona a concorrência entre as empresas a nível dos custos do fator trabalho e limita a concorrência entre trabalhadores. Permite uma salvaguarda de uma certa ordem social no domínio das relações económicas (Monteiro Fernandes, 2023, p. 33).

¹²⁰ A função de ajustamento do modo por que se organizam e estruturam as relações de trabalho face à evolução das condições reais da economia e das empresas, no sentido da adequação e compatibilidade, pois sem empresas não há emprego (Monteiro Fernandes, 2023, p. 33 e 34).

¹²¹ Exemplos que podem indicar uma posição de supremacia do empregador na relação laboral são: o exercício do poder disciplinar que faculta ao empregador a aplicação de sanções disciplinares sem o recurso a intervenção judicial e a posição de subordinação do trabalhador verifica-se pois este tem o dever de obediência em relação às ordens, regras e orientações emanadas do empregador, dentro dos limites do contrato e das normas que o regem (Romano Martinez, 2017, p. 358).

¹²² Relativos a alterações de saúde ou equilíbrio psíquico.

¹²³ Causados ou potenciados por características do ambiente de trabalho.

¹²⁴ No art. 127ºCT consta, nas alíneas mencionadas, o seguinte: “c) Proporcionar boas condições de trabalho, do ponto de vista físico e moral; d) Contribuir para a elevação da produtividade e empregabilidade

g), h), e i) os chamados deveres de cuidado e prevenção. Cabe assim ao empregador, assegurar as condições de higiene, saúde e segurança do local de trabalho onde encontramos no art. 281ºCT e ss, a lei-quadro sobre higiene, segurança e saúde no trabalho, assim como na Lei n.º 102/2009, de 10 de Setembro, cuja epígrafe é “Regime Jurídico da Promoção da Segurança e Saúde no Trabalho” (Monteiro Fernandes, 2023, p. 413 à 416) e a Lei n.º 98/2009, de 04 de setembro cuja epígrafe é “Regulamenta o Regime de Reparação de Acidentes de Trabalho e de Doenças Profissionais”, de acordo com o previsto no art. 284ºCT. No que concerne à função punitiva, diz-nos o n.º 1 al. a) e al. b) do art. 14º da Lei n.º 98/2009, de 04 de setembro, que o empregador não tem de reparar os danos decorrentes do acidente de trabalho se for dolosamente provocado pelo sinistrado, se provier do seu ato ou omissão, ou se provier exclusivamente de negligência grosseira do sinistrado. Como declara Paula Lourenço, “o grau de culpa do trabalhador sinistrado (dolo ou negligência grosseira) releva para efeitos de exclusão do dever de indemnizar, o que entendemos constituir uma manifestação da função punitiva da responsabilidade civil” (Paula Lourenço, 2006, pp. 327-328)¹²⁵. Conforme consta do acórdão do TRE, processo n.º 298/14.7TTFAR.E1, de 30 de março de 2017, o relator João Nunes explica a aplicabilidade da descaracterização do acidente de trabalho, nomeadamente: “é de descaracterizar o acidente, não tendo o empregador que reparar os danos dele decorrentes, se (a) for dolosamente provocado pelo sinistrado ou provier de acto ou omissão, que importe violação, sem causa justificativa, das condições de segurança prevista na lei ou estabelecidas pelo empregador, ou (b) se provier exclusivamente de negligência grosseira do sinistrado (artigo 14, n.º 1, alínea a) e b), da LAT)”. Continua dizendo que nos termos do n.º 1, al. a), 2.ª parte art. 14º, do respetivo diploma legal é necessária a verificação cumulativa de quatro requisitos: existência de condições de segurança estabelecidas pelo empregador ou previstas na lei; violação, por ação ou por omissão, por parte do lesado; a atuação deve ser voluntária, embora não intencional, e sem causa justificativa; e que o acidente seja consequência dessa ação. Afirma ainda que “para que se verifique a negligência grosseira do sinistrado é

do trabalhador, nomeadamente proporcionando-lhe formação profissional adequada a desenvolver a sua qualificação; g) Prevenir riscos e doenças profissionais, tendo em conta a protecção da segurança e saúde do trabalhador, devendo indemnizá-lo dos prejuízos resultantes de acidentes de trabalho; h) Adoptar, no que se refere a segurança e saúde no trabalho, as medidas que decorram de lei ou instrumento de regulamentação colectiva de trabalho; e i) Fornecer ao trabalhador a informação e a formação adequadas à prevenção de riscos de acidente ou doença.”.

¹²⁵ Os artigos das citações de Paula Lourenço em relação ao Direito do Trabalho foram adaptados aos artigos em vigor.

necessário que ele tenha adotado um comportamento temerário, ostensivamente indesculpável”.

A nossa conceção de empresa e das relações laborais contém no seu cerne a faculdade de despedir, no sentido de cessação do vínculo laboral por decisão unilateral do empregador. O art. 351ºCT, relativamente ao despedimento por facto imputável ao trabalhador, estabelece a noção de justa causa e os comportamentos do trabalhador que subsumem nessa mesma definição. O n.º 1 do art. 351ºCT¹²⁶ estipula o seguinte: “constitui justa causa de despedimento¹²⁷ o comportamento culposo do trabalhador que, pela sua gravidade e consequências, torne imediata e praticamente impossível a subsistência da relação de trabalho”. Nesse sentido, a culpa do trabalhador é um pressuposto essencial do incumprimento contratual, enquanto elemento subjetivo no despedimento por justa causa, podendo assim concluir que esta forma de resolução prossegue uma função punitiva, representada pela própria cessação do contrato de trabalho. Entende-se que o despedimento, mercê do pressuposto da culpa do trabalhador, tem uma função sancionatória que é representada pela própria cessação do contrato de trabalho, pela perda do emprego, e não pela obrigação de indemnizar (Paula Lourenço, 2006, p. 329).

Diz-nos o art. 237º CT, em especial o seu n.º 3 que o direito a férias é irrenunciável e o seu gozo não pode ser substituído, ainda que com o acordo do trabalhador, por qualquer compensação, económica ou outra, sem prejuízo do disposto no n.º 5 do art. 238º CT. Porém, o trabalhador pode renunciar ao gozo de dias de férias que excedam 20 dias úteis ou a correspondente proporção no caso de férias no ano de admissão. As férias anuais pagas pelo empregador (n.º 1 art. 237º CT e art. 264º CT) acrescidas de subsídio de férias, concretizam em simultâneo o direito ao repouso, para recuperação de energias e ao lazer, a devolução temporária de disponibilidade pessoal ao trabalhador, nomeadamente em ordem à sua integração na vida familiar e à sua participação social e cultural (Monteiro Fernandes, 2023,

¹²⁶ Despedimento com justa causa subjetiva por oposição às situações de despedimento objetivas como acontece no despedimento coletivo (Paula Lourenço, 2006, p. 328 e 329 nota 950) presente no art. 359ºCT e ss, cujos motivos são alheios ao trabalhador, consubstanciando razões de mercado, motivos estruturais ou motivos tecnológicos.

¹²⁷ Entende-se que há a verificação de justa causa quando não seja exigível ao empregador o uso de medida disciplinar que possibilite a permanência no contrato, não querendo com isto dizer que, em relação a cada trabalhador, tenham de ser percorridos todos os degraus de infração em infração. Ela é legítima quando a crise disciplinar determine uma crise contratual irremediável, não havendo espaço para uso de providência de índole conservatória, contudo essa valoração só poderá ser controlada *a posteriori* pelo tribunal (Monteiro Fernandes, 2023, p. 694 e 695).

p. 531 e 540). O n.º 1 do art. 246º CT cuja epígrafe é violação do direito a férias, estipula que “caso o empregador obste culposamente ao gozo das férias” (...) “o trabalhador tem direito a compensação no valor do triplo da retribuição correspondente ao período em falta”. O termo compensação em detrimento de indemnização revela que o montante não é meramente reparador, não visa ressarcir qualquer dano, mas sim punir o comportamento do empregador que agiu com culpa, Paula Lourenço diz “que se trata, também aqui, de um montante punitivo do empregador” (Paula Lourenço, 2006, p. 334).

No n.º 1 do art. 401º CC, a denúncia sem aviso prévio, consta que o “trabalhador que não cumpra, total ou parcialmente, o prazo de aviso prévio estabelecido no artigo anterior deve pagar ao empregador uma indemnização de valor igual à retribuição base e diuturnidades correspondentes ao período em falta, sem prejuízo de indemnização por danos causados pela inobservância do prazo de aviso prévio ou de obrigação assumida em pacto de permanência” (com a exceção do número seguinte, caso o trabalhador seja vítima de violência doméstica). Paula Lourenço entende que é um montante punitivo pois acresce ao *quantum* que serve para ressarcir os danos causados ao empregador (Paula Lourenço, 2006, p. 335 e 336). Romano Martinez esclarece que à indemnização ao empregador prevista no n.º 1 do art. 401º CT poderá acrescer indemnização referente à violação de outros preceitos, em particular o n.º 1 do art. 137º CT, nomeadamente o pacto de permanência. Como hipótese específica de denúncia sem aviso prévio, o legislador prevê a figura do abandono do trabalho, presente no n.º 3 do art. 403º CT. A lei estabelece uma presunção ilidível de abandono do trabalho sempre que a ausência se prolongue, pelo menos, por dez dias úteis seguidos, conforme consta no n.º 2 do art. 403º CT. O abandono de trabalho constitui uma denúncia ilícita que importa responsabilidade para o trabalhador nos mesmos termos que a denúncia sem aviso prévio, nos termos do n.º 3 do art. 403º CT, é assim uma denúncia tácita da falta de comparência ao serviço (Romano Martinez, 2017, p. 418).

Em relação ao Contrato de Serviço Doméstico, o DL n.º 235/92, de 24 de outubro, que estabelece o regime jurídico das relações de trabalho emergentes do contrato de serviço doméstico, consta no n.º 1 do art. 31º do referido diploma legal que “o despedimento decidido com alegação de justa causa e que venha a ser judicialmente declarado insubsistente, não havendo acordo quanto à reintegração do trabalhador, confere a este o direito a uma indemnização correspondente à retribuição de um mês por cada ano completo de serviço ou fracção” e o n.º 2 declara que se se provar dolo do empregador, o valor da indemnização será agravado até ao dobro. O empregador é penalizado por ter agido

dolosamente, Paula Lourenço enuncia que este valor traduz-se num “montante punitivo” (Paula Lourenço, 2006, p. 330).

2.8.2. Contrato de agência

O contrato de agência é um contrato de distribuição comercial¹²⁸ que pertence ao ramo de direito comercial e é um contrato pelo qual uma das partes, o agente, se obriga a promover por conta da outra, o principal, a celebração de contratos de modo autónomo, estável e remunerado. (Engrácia Antunes, 2019, p. 439). O regime legal está previsto no DL n.º 178/86, de 3 de julho, atualizado pelo DL n.º 118/93, de 13 de abril, diploma que transpõe a Diretiva 86/653/CE, de 18 de dezembro. Diz-nos o n.º 1 do diploma legal em vigor que a “agência é o contrato pelo qual uma das partes se obriga a promover por conta da outra a celebração de contratos, de modo autónomo e estável e mediante retribuição, podendo ser-lhe atribuída certa zona ou determinado círculo de clientes”¹²⁹. Este contrato tem uma relevância acrescida pois é paradigma ou matriz da distribuição comercial e tanto a doutrina como a jurisprudência portuguesa admitem a extensão analógica do seu regime aos demais contratos de distribuição legalmente atípicos (Engrácia Antunes, 2019, p. 440) e (Paula Lourenço, 2006, p. 337 nota 962). O DL n.º 178/86, de 3 de julho, tem assim vocação integrativa da disciplina dos contratos de distribuição comercial, será tendencialmente uma analogia *legis* e não genericamente de uma analogia *iuris*¹³⁰ (Engrácia Antunes, 2019, p. p. 438 e nota 807).

¹²⁸ Entende-se que os contratos de distribuição comercial são contratos, típicos ou atípicos, que disciplinam as relações jurídicas entre o produtor e o distribuidor, com vista à comercialização dos bens e serviços do primeiro (Engrácia Antunes, 2019, p. 435).

¹²⁹ Da definição legal conseguimos aferir características do contrato de agência, nomeadamente: a obrigação do agente de promover a celebração de contratos; a atuação do agente por conta do principal, ou seja, os efeitos dos atos que o agente pratica repercutam-se na esfera jurídica do principal e a atuação do agente deverá ser realizada em benefício do principal, prosseguindo o interesse do principal; a autonomia do agente, pois ele exerce a sua atividade de forma independente, ainda que no interesse do principal, podendo inclusive recorrer a subagentes, art. 5º do diploma legal; a estabilidade da relação, podendo ela ser de duração indeterminada, no silêncio das partes, ou determinada, para prazos curtos ou períodos sazonais, terá é de haver uma pluralidade de operações que se prolonguem no tempo; e a onerosidade, como contrapartida, o agente deve ser remunerado pelo principal que, normalmente, traduz-se numa comissão em função do volume de negócios, artigos 16º a 18º DL n.º 118/93, na falta de convenção das partes será calculada de acordo com os usos mercantis ou a equidade, nos termos do art. 15º DL n.º 118/93 (Engrácia Antunes, 2019, pp. 440 - 443).

¹³⁰ A analogia é o raciocínio que, partindo de certas semelhanças observadas, conclui que existem outras. A analogia jurídica é o raciocínio que, argumentando com a semelhança entre um caso lacunoso, omissivo, e outro contemplado no ordenamento jurídico, estende àquele a solução deste. A analogia *legis* é a analogia propriamente dita, em que partido de uma norma jurídica concreta retira-se os elementos não

Paula Lourenço afirma que neste contrato existe uma compensação punitiva atribuída ao agente, a chamada indemnização de clientela prevista no art. 33º do diploma legal já mencionado (Paula Lourenço, 2006, p. 336 e 337). Ela visa compensar o agente, no evento da cessação contratual, pelos benefícios de que o principal continuará a usufruir graças à clientela angariada pelo agente (Engrácia Antunes, 2019, p. 445). Este direito indemnizatório do agente, que pode cumular com outra indemnização¹³¹, tem pressupostos que têm de ser verificados cumulativamente estão presentes nas alíneas do n.º 1 do art. 33º do DL nº. 178/86, de 3 de julho, que consagra uma tríplice exigência, a saber: al. “a) o agente tenha angariado novos clientes para a outra parte ou aumentado substancialmente o volume de negócios com a clientela já existente; al. b) a outra parte venha a beneficiar consideravelmente, após a cessação do contrato, da atividade desenvolvida pelo agente; al. c) o agente deixe de receber qualquer retribuição por contratos negociados ou concluídos, após a cessação do contrato, com os clientes referidos na alínea a)”. Entende-se assim que se trata de uma compensação punitiva, pois para além de compensar o agente, os pressupostos para a sua atribuição revelam o seu carácter punitivo. Para além disso e nos termos do art. 34º do DL nº. 178/86, de 3 de julho, o cálculo da indemnização de clientela é fixado em termos equitativos e tem como limite a culpa do agente, ou seja, como se denota no n. 3 do art. 33º DL nº. 178/86, de 3 de julho ela só se verifica se o contrato não tiver cessado por razões imputáveis ao agente ou se houver cedido a terceiros a sua posição contratual (Paula Lourenço, 2006, p. 337).

2.8.3. Contrato de seguro

A atividade humana, social e económica é uma atividade de risco e através do seguro¹³² as pessoas comprem a sua “paz de espírito”, e as empresas comprem alguma segurança que lhes permite desenvolver de forma estável e previsível as suas atividades, cumprindo este uma função económica de gestão do risco. Historicamente, o comércio marítimo medieval teve um papel decisivo na evolução dos seguros, os primeiros seguros

essenciais e aplica-se aos casos lacunosos. A analogia *iuris* é também uma operação mental que partindo de uma pluralidade de normas jurídicas, desenvolve, por indução, um princípio geral do direito, que depois por dedução, aplica ao caso lacunoso (Santos Justo, 2009, p. 353 e ss).

¹³¹ Pois na letra da lei, no n.º 1 do art. 33º refere “sem prejuízo de qualquer outra indemnização”.

¹³² A crescente adesão aos seguros e a existência de seguros para praticamente todas as situações leva a questionar a própria sociedade, o rumo desta e o fenómeno da sociedade de risco (expressão do sociólogo Ulrich Beck).

organizados foram seguros de comércio marítimo (Engrácia Antunes, 2019, p. 678 nota 1365 e 1366). Assiste-se a uma crescente tendência pela consagração do seguro obrigatório para além da área da circulação rodoviária e dos acidentes de trabalho, em especial nas profissões liberais e inclusive os seguros pessoais, que proporcionam à vítima uma reparação dos danos resultantes da sua própria culpa (Patrícia Guimarães, 2001, p. 164). O contrato de seguro faz parte do direito dos seguros e é um contrato comercial. Engrácia Antunes define o contrato de seguro como sendo “o contrato pelo qual uma pessoa singular ou coletiva (tomador de seguro) transfere para uma empresa especialmente habilitada (segurador) um determinado risco¹³³ económico próprio ou alheio, obrigando-se a primeira a pagar uma determinada contrapartida (prémio) e a última a efectuar uma determinada prestação pecuniária em caso de ocorrência do evento aleatório convencionado (sinistro)”¹³⁴. É assim um contrato típico, consensual, de adesão, sinalagmático, oneroso, aleatório e de boa-fé¹³⁵ (Engrácia Antunes, 2019, pp. 683 - 685).

Em relação às fontes serão focadas apenas as relevantes para o tema e, nesse sentido, temos o RJCS, DL n.º 72/2008, de 16 de abril e como consta no art. 4º do diploma legal, subsidiariamente a lei comercial e a lei civil. O DL n.º 72/2008 divide os contratos de seguro em seguro de danos, do art. 123º ao art. 174º e seguro de pessoas art. 175º a 217º e entre eles a lei estabelece subtipos. No seguro de danos temos, a título exemplificativo, o seguro de responsabilidade civil nos termos do art. 137º e ss ou seguro de incêndio nos termos do art. 149º e ss. No seguro de pessoas temos o seguro de vida e os seguros de acidente e de saúde. Por conseguinte, a determinação do risco vai depender do tipo de seguro e podemos afirmar que a indemnização nem sempre tem a função de reparar os danos. Verifica-se nos contratos

¹³³ Para efeitos jusseguradores, entende-se por risco a possibilidade de um evento futuro e danoso. O risco faz parte dos pressupostos essenciais do contrato de seguro assim como o interesse (art. 43º DL n.º 72/2008) são requisitos de validade e eficácia (Engrácia Antunes, 2019, p. 704 e 705).

¹³⁴ Entende-se por sinistro a verificação total ou parcial, do evento ou eventos compreendidos no risco coberto pelo contrato de seguro (Engrácia Antunes, 2019, p. 715).

¹³⁵ É um contrato típico e nominado pois é dotado de um *nomen iuris*, com uma tipicidade social e legal; é um contrato consensual, pois a sua validade e celebração não está sujeita à observância de forma especial. Contudo, existe a obrigatoriedade do segurador entregar a chamada apólice de seguro, o contrato num instrumento escrito, nos termos do art. 32º do DL n.º 72/2008; é um contrato de adesão pois, por regra, em especial nos seguros de massa, o tomador de seguro apenas tem a possibilidade de aderir ou rejeitar em bloco as cláusulas contratuais padronizadas elaboradas previamente pela seguradora; é sinalagmático e oneroso, visto resultarem obrigações para ambas as partes e consubstanciavam atribuições e custos patrimoniais recíprocos, na medida em que o segurador assume um risco, mas recebe um preço e o segurado paga um prémio mas alija um risco; e é um contrato aleatório pois existe uma álea intrínseca, uma incerteza em saber quais os ganhos e perdas dele decorrentes, apesar do segurado saber desde o início qual o prémio a pagar, apenas a prestação do segurador fica por aferir, o evento futuro e incerto. (Engrácia Antunes, 2019, p. 685 e 686).

de seguro de pessoas que, regra geral, paga-se um valor determinado no próprio contrato, não sendo necessária a produção de qualquer prova dos danos, apenas a prova do facto gerador do crédito. No seguro de danos, estabelece-se uma quantia máxima e paga-se o montante até esse valor, contudo, nem sempre a seguradora paga o valor correspondente ao valor dos danos causados em caso de subseguro¹³⁶ (Paula Lourenço, 2006, p. 338). A esse respeito consta do art. 134º do RJCS sob a epígrafe “subseguro”¹³⁷ que, se o capital seguro for inferior ao valor do objeto seguro, o segurador só responde pelo dano na respetiva proporção. Desta forma, entende-se que o segurado fica a ser parcialmente o segurador, visto assumir o risco da parte que resulta da diferença entre o valor real e o valor declarado que, nas palavras de Paula Lourenço, “consubstancia uma punição civil pela falta de rigor em relação ao valor dos bens segurados”. Conclui-se então que a seguradora só pagará o montante correspondente ao valor do objeto, penalizando-se o segurado que forneceu informações incorretas. A autora entende que no que diz respeito ao sobreprémio, que existe o mesmo tipo de punição, quando se tiver segurado o bem por valor superior ao real, a seguradora só pagará o montante correspondente ao valor do objeto, penalizando-se o segurado pelas informações incorretas (Paula Lourenço, 2006, p. 338 e 339). Todavia, a lei prevê também no n.º 1 do art. 132º do mesmo diploma que as partes podem pedir a redução do contrato e o n.º 2 do mesmo artigo esclarece que “estando o tomador do seguro ou o segurado de boa-fé, o segurador deve proceder à restituição dos sobreprémios que tenham sido pagos nos dois anos anteriores ao pedido de redução do contrato, deduzidos os custos de aquisição calculados proporcionalmente”. Já foi afluído a questão da boa-fé no contrato de seguro, todavia, devemos densificar devido à sua importância no contrato de seguro, visto ambas as partes terem de atuar de máxima fé, *uberrimae bonae fidei*, exemplo disso mesmo são os amplos deveres de informação, artigos 18º e seguintes do RJCS, sob pena de invalidade dos contratos de seguro celebrados com base em declarações omissas ou inexatas. (Engrácia Antunes, 2019, pp. 683 - 685 e nota 1386). O legislador faz recair sob ambas as partes, segurador e tomador do seguro, deveres de informação. No n.º 1 do art. 24º do RJCS, “o tomador do seguro ou o segurado está obrigado, antes da celebração do contrato, a

¹³⁶ Um seguro por valor inferior ao real.

¹³⁷ No preâmbulo da norma enuncia isso mesmo: “o caso de subseguro, o segurador só responde na proporção do capital seguro. Associado com o subseguro, estabelece-se, no seguro de riscos relativos à habitação, um regime específico de actualização automática do valor do imóvel seguro, ou da proporção segura do mesmo, com base em índices publicados para o efeito pelo Instituto de Seguros de Portugal.”

declarar com exactidão todas as circunstâncias que conheça e razoavelmente deva ter por significativas para a apreciação do risco pelo segurador”, abrangendo assim as declarações inexatas¹³⁸, que consubstanciem na comunicação de elementos falsos, erróneos ou incompletos, as declarações omissas ou “reticências”, em que haja omissão de elementos relevantes para a determinação do risco. Se se verificarem essas omissões ou inexatidões dolosas, a consequência é a anulabilidade, como previsto no n.º 1 do art. 25º RJCS. Caso se verifique que as omissões ou inexatidões foram negligentes, o segurador tem o “direito potestativo” de propor a alteração do contrato ou provocar a sua cessação, conforme consta do n.º 1 do art. 26º RJCS (Engrácia Antunes, 2019, p. 696 e 697). O incumprimento dos deveres informativos pré-contratuais pode ainda ser fonte de responsabilidade civil para o segurador pelos danos causados ao tomador do seguro nos termos do n.º 1 do art. 23º do RJCS, n.º 1 do art. 227ºCC e art. 562ºCC.

Relativamente à participação do sinistro, após a ocorrência do mesmo, a lei determina que o tomador do seguro tem o dever de comunicar ao segurador no prazo supletivo de oito dias imediatos ao conhecimento do mesmo, salvo prazo convencional mais dilatado¹³⁹, sob pena do contrato poder prever a redução da prestação do segurador¹⁴⁰ ou a perda da cobertura em caso de dolo, nos termos do n.º 1 e 2 do art. 101º RJCS. Se uma das partes contraentes for um consumidor¹⁴¹, recebida a participação do sinistro, para a liquidação do mesmo, o segurador está proibido de impor ao segurado a apresentação de documentação que não possa ser razoavelmente tida como relevante para apreciação do pedido de indemnização do segurado, apenas com o intuito de o dissuadir a exercer os seus direitos. Nos termos do art. 4º, al. c) do art. 6º e al. d) do art. 12º do DL n.º 57/2008, de 26 de março, esse facto consubstancia numa prática comercial agressiva e por isso proibida, fonte de responsabilidade contraordenacional para o segurador (Engrácia Antunes, 2019, p. 717 nota 1441).

¹³⁸ Engrácia Antunes dá um exemplo que é paradigmático, em que o proponente num contrato de seguro automóvel, declarar ser ele o condutor habitual do veículo quando na realidade é o seu filho recentemente encartado (Engrácia Antunes, 2019, p. 696).

¹³⁹ Pois estamos perante uma imperatividade relativa, nos termos do n.º 1 do art. 13º do RJCS e o n.º 1 do art. 100º RJCS o que permite que o prazo fixado no contrato seja superior.

¹⁴⁰ Engrácia Antunes fala em negligência e dolo, respetivamente em relação ao n.º 1 e n.º 2 do art. 101º RJCS respetivamente (Engrácia Antunes, 2019, p. 716).

¹⁴¹ Consumidor é qualquer pessoa singular que, nas práticas comerciais abrangidas no DL n.º 57/2008, de 26 de março, atue com fins que não se incluam no âmbito da sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional, como consta da al. a) do art. 3º do respetivo diploma.

Após o exposto, conclui-se que também no contrato de seguro encontramos a denominada punição civil.

2.8.4. Direitos de Autor

Como declara Oliveira Ascensão “O homem, à semelhança de Deus, cria. A criação literária e artística recebe a tutela do Direito de Autor” (Oliveira Ascensão, 1992, p. 11). O direito do autor pertence ao direito privado e representa um ramo autónomo da ordem jurídica, um novo ramo do direito civil¹⁴², porque abrange tudo o que respeita à disciplina da obra literária ou artística e teve de alargar o seu âmbito para acolher os direitos conexos¹⁴³ (Oliveira Ascensão, 1992, p. 28 à 30). Diz-nos o art. 9º CDADC, que “o direito de autor abrange direitos de carácter patrimonial e direitos de natureza pessoal, denominados direitos morais¹⁴⁴. O direito de autor pode ser nuclearmente caracterizado como um exclusivo temporário de exploração económica da obra (Oliveira Ascensão, 1992, p. 686).

O art. n.º 203º CDADC enuncia que a responsabilidade civil emergente da violação dos direitos previstos na legislação enunciada é independente do procedimento criminal, o que indica que há uma separação das responsabilidades e que ambas prosseguem as suas próprias funções¹⁴⁵. Diz-nos o n.º 5 do art. 86º CDADC que “Se o editor produzir exemplares em número superior ao convencionado, poderá o titular do direito de autor requerer a apreensão judicial dos exemplares a mais e apropriar-se deles, perdendo o editor o custo desses exemplares”. Oliveira Ascensão entende que no n.º 5 do art. 86º CDADC consta uma

¹⁴² Não é um direito privado especial, como é o caso do direito do trabalho ou o direito comercial, pois estes especializam os princípios do direito comum, o direito comercial adapta o direito civil às situações especiais do comércio e o direito de autor não se adapta, ele cria de novo (Oliveira Ascensão, 1992, p. 28 à 30).

¹⁴³ Este trabalho incide apenas sobre os direitos de autor no âmbito da função punitiva.

¹⁴⁴ Oliveira Ascensão aduz que “direito moral” significa o direito pessoal, por oposição ao direito patrimonial. Enuncia também um elenco de possíveis direitos pessoais de autor: inédito; retirada; nome; paternidade; integridade e modificação, sendo que a lei apenas especifica dois, o direito de reivindicar a paternidade e o direito de assegurar a genuinidade e integridade (Oliveira Ascensão, 1992, p. 168). O núcleo do direito patrimonial é constituído pelo exclusivo de exploração económica da obra, mas não se esgota nela. Oliveira Ascensão entende que “o direito de autor representa um direito de participação financeira e não mais um exclusivo de exploração económica” (Oliveira Ascensão, 1992, p. 198). A lei no seu art. n.º 56 estipula a definição para direitos morais em que refere no seu n.º 1 que são independentes dos direitos de carácter patrimonial e que o autor goza durante toda a sua vida do direito de reivindicar a paternidade da obra e de assegurar a genuinidade e integridade da mesma. O seu n.º 2 estipula que é um direito inalienável, irrenunciável e imprescindível, perpetuando-se após a morte do autor (enquanto a obra não cair no domínio público, o direito compete aos seus sucessores, n.º 1 art. 57º CDADC).

¹⁴⁵ Significando que a ação de responsabilidade civil pode ou não aderir ao procedimento criminal (Leitão, 2006, p. 49).

pena civil¹⁴⁶ cuja finalidade é reagir contra uma infração, impondo um castigo ao infrator tendo por base um juízo de reprovação sobre o seu comportamento. Esta pena sendo civil não corresponde a uma reparação devida à comunidade, o beneficiário dela é um particular, neste caso é o autor. Ele entende que o que orienta a lei é a função punitiva, desinteressando-se do enriquecimento eventualmente trazido ao autor (Oliveira Ascensão, 1992, p. 630 e 631). Também Paula Lourenço tem esse entendimento esclarecendo que o editor que produz exemplares em número superior ao convencionado viola a confiança das partes e as legítimas expectativas da contraparte (Paula Lourenço, 2006, p. 317). Já no que concerne ao art. 209º CDADC, o autor pode requerer a apreensão da totalidade das receitas, contudo, isto não significa que o autor possa fazer suas tais receitas, uma vez que esta é apenas uma medida cautelar. As receitas serão apreendidas pelas autoridades policiais e administrativas do lugar onde se verifique a violação do direito, mas não serão entregues ao lesado¹⁴⁷ (Paula Lourenço, 2002, p. 1069). Como esclarece Oliveira Ascensão, as receitas são apreendidas não porque o autor tenha direito a elas, mas sim para garantia de seus direitos e, por força dessa garantia, o autor tem uma posição privilegiada no pagamento, há, pois, uma forma de garantia; mas não há uma pena civil” (Oliveira Ascensão, 1992, p. 631).

Relativamente ao art. 211º do CDADC, Ribeiro de Almeida entende haver uma dimensão punitiva da responsabilidade civil. O artigo estabelece no seu n.º 2 um conjunto de critérios para o cálculo do montante da obrigação de indemnização que se aplicam ao cálculo da compensação por danos não patrimoniais. Também no seu n.º 4 surgem mais alguns critérios nomeadamente as circunstâncias da infração, a gravidade da lesão sofrida e o grau de difusão ilícita da obra ou da prestação, evidenciando assim o carácter punitivo da responsabilidade civil (Ribeiro de Almeida, 2014, p. 186). Graça Trigo questiona-se se poderemos entender a consagração de *punitive damages* no n.º 6 do art. 211º CDADC que estabelece “Quando, em relação à parte lesada, a conduta do infractor constitua prática reiterada ou se revele especialmente gravosa, pode o tribunal determinar a indemnização que lhe é devida com recurso à cumulação de todos ou de alguns dos critérios previstos nos n.ºs 2 a 5”. Mesmo se reportando a situações especialmente censuráveis, pois consubstancia em

¹⁴⁶ O autor explica que nem todas as penas são criminais, dando o exemplo da indignidade sucessória cuja sanção tem carácter de pena, que não pretende reparar, compelir ou prevenir, tem apenas o objetivo de punir (Oliveira Ascensão, 1992, p. 630).

¹⁴⁷ Cf Oliveira Ascensão, acrescentando que essas receitas poderão garantir o pagamento da indemnização (Oliveira Ascensão, 1992, p. 626).

práticas reiteradas ou especialmente gravosas, ela conclui que não, estamos sim, perante o núcleo essencial previsto na Diretiva 2004/48/CE, relativo ao respeito da propriedade intelectual, do n.º 1 do seu art. 13º¹⁴⁸ cuja epígrafe é “Indemnizações por perdas e danos”, em que consubstancia uma alternativa entre a al. a) e a b), não sendo assim um cumulativo de indemnizações com o intuito de sancionar o infrator. O comportamento do infrator releva apenas para a determinação equitativa do montante da indemnização por danos não patrimoniais (Graça Trigo, 2012, pp. 542-543). Diz-nos Ribeiro de Almeida que a interpretação do art. 13º deverá ser efetuado em dois momentos: o seu n.º 1, que é obrigatório para todos os Estados-Membros, diz respeito aos critérios de imputação subjetiva; e o segundo, que prescinde dessa imputação subjetiva e que é facultativo para os Estados-Membros. O n.º 1 do art. 13º consagra o princípio da adequação (“indemnização por perdas e danos adequada ao prejuízo efectivamente sofrido”), o que indica que o montante da indemnização não tem de ser igual ao prejuízo ou sequer estar limitado por este. Ribeiro de Almeida entende que conjugando este com o n.º 2 do art. 3º da Diretiva que não é a teoria da diferença que está presente, afastamo-nos assim da função reparadora da responsabilidade civil. A Diretiva 2004/48/CE, mormente a al. b) do n.º 1 do art. 13º estabelece que “Em alternativa à al. a)¹⁴⁹, podem, se for caso disso, estabelecer a indemnização por perdas e danos como uma quantia fixa, com base em elementos como, no mínimo, o montante das remunerações ou dos direitos que teriam sido auferidos se o infrator tivesse solicitado autorização para utilizar o direito de propriedade intelectual em questão”. O autor explica que se trata da *lizenzanalogie*, o recurso a uma ficção, o preço da licença ou da autorização. Porém a lei designa “no mínimo” significando que, e nas palavras do autor, “não se querará que o infrator pague a mesma quantia que um utilizador tem de pagar quando obtém a autorização devida”. Esta ficção permite afastar a necessidade da prova de dano e o nexo causal. O autor questiona se será possível o recurso a esta ficção quando o titular do direito não teria qualquer intenção ou possibilidade de concluir qualquer contrato de licença. Já o n.º 2 do art. 13º, consubstancia numa imputação objetiva, sendo uma responsabilidade

¹⁴⁸ Quanto aos danos não patrimoniais, podemos ver que o legislador nacional restringiu-os no art. 496ºCC, limitando a indemnização apenas àqueles que “pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito”, o que na Diretiva isso já não sucede, a sua admissibilidade é sem restrição. (Ribeiro de Almeida, 2014, p. 174).

¹⁴⁹ Na al. a) do n.º 1 do art. 13º da Diretiva os elementos relevantes para aferir o *quantum* indemnizatório são: os lucros cessantes, sofridas pela parte lesada, quaisquer lucros indevidos obtidos pelo infrator, assim como outros elementos para além dos fatores económicos, como os danos morais causados pela violação ao titular do direito.

independentemente de culpa e prescinde também do dano, o que permitirá uma indemnização elevada. Conclui-se que o n.º 1 e n.º 2 do art. 13º da Diretiva¹⁵⁰ demonstram um carácter sancionatório no intuito de sancionar o infrator e impedir que este enriqueça à custa do lesado. O autor acrescenta que na questão observada das indemnizações pré-determinadas consta uma clara função punitiva da responsabilidade civil, que se manifesta especialmente quando não é possível determinar o dano que o lesado sofreu. Conclui que na Diretiva, não consta apenas “a função reconstitutiva, mas em especial a função punitiva e preventiva”. (Ribeiro de Almeida, 2014, p. 173 e ss). Esse facto é notório pois o art. 13º da Diretiva 2004/48CE veio permitir que no *quantum* indemnizatório consubstanciasse não apenas os lucros cessantes ou os danos morais, mas também os lucros indevidamente obtidos pelo infrator. “O englobar no cálculo do montante da obrigação de indemnização o lucro obtido pelo infrator permite-se uma indemnização superior ao montante do dano” (Ribeiro de Almeida, 2013, pp. 95-96).

3. O lucro do lesante

Quanto ao lucro do lesante, Paula Lourenço entende que a função punitiva da responsabilidade civil permite a restituição do lucro do agente à semelhança dos *restitutionary damages*¹⁵¹ do direito anglo-saxónico, porque só assim é possível evitar raciocínios económicos para aferir se a conduta ilícita compensa ou não. Todavia terá de ser articulada com as funções prosseguidas pelo instituto do enriquecimento sem causa (art. 473º CC) e a gestão de negócios¹⁵² (art. 464º CC) (Paula Lourenço, 2006, p. 426).

¹⁵⁰ Ribeiro de Almeida entende que um comportamento culposos, pois versa sobre o comportamento do infrator um juízo de censurabilidade, deverá, por isso, ser mais punido do que um comportamento não culposos, como previsto no n.º 2 do art. 13º da Diretiva (Ribeiro de Almeida, 2014, p. 177 nota 42).

¹⁵¹ Sousa Antunes esclarece que esta figura é moldada à restituição dos benefícios patrimoniais obtidos com a prática de facto injustificado, em sede de enriquecimento sem causa e também em consequência de facto ilícito extracontratual. Há lugar à restituição total ou parcial do proveito obtido, sempre que a conduta do lesante demonstre um desrespeito consciente e chocante pelos direitos do lesado em que a solução é sustentada por um argumento de maioria de razão em face do regime previsto para a condenação em *punitive damages*. Sendo o comportamento sancionado pela aplicação de danos punitivos não se pode excluir a obrigação menos gravosa do dever de restituir (Sousa Antunes, 2011, pp. 214 - 215).

¹⁵² Almeida Costa ensina que a gestão de negócios tem determinados requisitos, a saber: a direcção de negócio (em sentido amplo, assunto ou interesse) alheio; a atuação no interesse e por conta do dono do negócio, ou seja a intencionalidade, mas não é imperativo que o gestor conheça o dono do negócio, dado que este pode ser até uma pessoa futura v.g. um nascituro ou uma pessoa coletiva em constituição; a falta de autorização, ou seja, entre o agente e o dono do negócio não deve existir uma relação jurídica legal ou convencional, que o gestor não tenha o direito ou a obrigação de assumir a direcção do negócio alheio; o problema da necessidade ou utilidade, apesar de mesmo esta não se verificando, decorre dela efeitos próprios da gestão, obrigações do gestor para com o dono do negócio nos termos do art. 466ºCC (Almeida Costa, 2016, pp. 475 - 478).

O n.º 4 do art. 498º CC confirma a possibilidade de concurso de pretensões, sendo assim, e como entende Paula Lourenço, “no caso de concurso entre a responsabilidade civil e o enriquecimento, a indemnização-punição¹⁵³, a compensação punitiva e a punição civil¹⁵⁴ não substituem a restituição por enriquecimento, atenta às suas diferentes finalidades, pois enquanto aquelas têm por escopo prevenir a adoção desse tipo de conduta pelo agente e punir o agente, o instituto do enriquecimento sem causa visa a repressão do enriquecimento injustificado, mas sem este escopo preventivo-punitivo” (Paula Lourenço, 2006, p. 427). Sousa Antunes, entende que estes últimos institutos, também fonte de obrigações, são limitados e que “é tempo de chamar à responsabilidade civil extracontratual a restituição do lucro ilícito e de fazer aquela fonte de obrigações partilhar competências com o direito contraordenacional” (Sousa Antunes, 2018, p. 171). Este autor entende que, nos dias de hoje, o regime das contraordenações¹⁵⁵ tutela bens jurídicos prevalentemente individuais rompendo com a sua competência à atividade da Administração e, nesse sentido, se há uma delegação do legislador penal às suas funções, Sousa Antunes, entende que também o poderá fazer em benefício do direito privado¹⁵⁶, considerando a preponderância da natureza individual dos bens ofendidos (Sousa Antunes, 2018, p. 179).

¹⁵³ A indemnização-punição corresponde a uma quantia que o lesante é obrigado a pagar ao lesado, com um duplo escopo: reparar o dano causado, que só nasce se o agente agiu com culpa (a indemnização) e punir a conduta do agente (montante punitivo ou punição). Paula Lourenço esclarece que a “punição esconde-se por detrás do véu indemnizatório”. O montante punitivo visa punir o agente e são montantes que acrescem à indemnização, são um *plus*, todavia, têm limites, pois estes são um múltiplo da indemnização (duplo, triplo, etc). O montante punitivo “não se esconde atrás do véu indemnizatório”, está antes ao seu lado, porque depende do *quantum* indemnizatório, e, nesse sentido, é previsível. A compensação punitiva como já referido encontra-se na questão dos danos não patrimoniais, danos de difícil determinação, até mesmo irreparáveis, mas um dano compensável. Nessa medida, o seu intuito é atribuir ao lesado um montante de compensação punitiva, “pois a sua dupla função é compensar o lesado, desagravá-lo e punir o agente. (Paula Lourenço, 2006, p. 415 e ss).

¹⁵⁴ A punição civil não se encontra escondida pelo véu indemnizatório, não é um múltiplo do dano, nem tem uma dupla função de compensar o lesado e punir o agente, ainda que tenha subjacente um dano, “é independente do dano, da indemnização e do próprio lesado”. Ela pode ser legal, como a sanção pecuniária compulsória, quando assume uma função compulsória e punitiva, ou o pagamento de juros de mora, art. 806ºCC; e pode ser convencional como é exemplo a cláusula penal, pois é estipulada ao abrigo da autonomia privada (Paula Lourenço, 2006, pp. 419 - 421).

¹⁵⁵ A aplicação da coima em virtude de uma contraordenação visa conferir eficácia às disposições violadas pelo agente, sem qualquer pretensão socializadora, trata-se, pois, de dissuadir o infrator e terceiros da reiteração de determinados comportamentos. Podemos afirmar que serve como uma admonição, como especial advertência no que concerne à observância de certas proibições ou imposições legislativas. O pagamento da coima surge como o preço que a sociedade exige para prevenir outras condutas que desrespeitem a proibição legal, podendo assim reconhecer, ainda que de forma acessória, um fim retributivo àquela sanção, uma ideia de prevenção (Sousa Antunes, 2011, pp. 587 - 588).

¹⁵⁶ Relembramos que uma das características do direito penal é que é um direito de *ultima ratio*.

O enriquecimento sem causa¹⁵⁷ tem três requisitos cumulativos, nomeadamente a existência de um enriquecimento; que esse enriquecimento se obtenha à custa de outrem; e a falta de causa justificativa (Almeida Costa, 2016, p. 491). No que respeita ao lucro do lesante poderá ser uma solução. Podemos também referir o instituto da gestão de negócios¹⁵⁸, nomeadamente a imprópria¹⁵⁹, que corresponde à situação em que o gestor gere por conta própria um negócio que sabe ser alheio, em que há ausência de *animus aliena negotia gerendi*, pois atua no seu próprio interesse. Para Menezes Leitão, a solução deverá residir na aplicação analógica do art. 472º CC à gestão de negócios imprópria¹⁶⁰ “atribuindo-se ao *dominus* a possibilidade de sujeitar também esta situação ao regime da gestão de negócios, mediante a aprovação da gestão. No caso contrário, aplicar-se-á à situação o regime do enriquecimento por intervenção ou da responsabilidade civil (Menezes Leitão, 2017, p. 495). Graça Trigo entende que trata-se de “uma solução algo artificial”, mas entende a sua aplicabilidade, pois tem a vantagem de resolver o problema da falta de meios da responsabilidade civil para abranger situações em que alguém tenha tido proveito pela invasão da esfera alheia sem ter causado dano ou sem que o dano seja cabalmente reparado pelo regime da obrigação de indemnizar. Nesse sentido, compreende-se as potencialidades desta via de solução no domínio da violação dos direitos de autor, permitindo que o titular do direito, reclame para si os proveitos obtidos pelo infrator de forma ilegítima (Graça Trigo, 2012, pp. 530-531). Paula Lourenço, sufraga o entendimento de Menezes Leitão, aplica

¹⁵⁷ É uma fonte de obrigações e advém do princípio da restituição do enriquecimento injustificado, princípio já expresso por Pomponius no direito romano, com uma formulação semelhante em dois momentos do Digesto (D.12.6.14. e D.50.17.206). No primeiro indica que é, na verdade, justo por natureza, que ninguém se enriqueça à custa de outrem e no segundo, indica que é justo, por direito natural, que ninguém se enriqueça pelo seu ilícito e à custa de outrem. Este princípio, apesar de vago na sua formulação era tutelado por uma ação destinada a reagir contra esse enriquecimento, princípio esse que está hoje manifestado no n.º 1 do art. 473ºCC (Menezes Leitão, 2017, p. 52). Existem quatro modalidades de enriquecimento sem causa: o enriquecimento por prestação; o enriquecimento por intervenção; o enriquecimento resultante de despesas efetuadas por outrem; e o enriquecimento por desconsideração de património (Menezes Leitão, 2017, p. 417 e ss). Apesar de não ser objeto deste trabalho devemos adicionar algumas palavras sobre o enriquecimento por intervenção. O n.º 2 do art. 473ºCC omite situações em que alguém obtém um enriquecimento através de uma ingerência não autorizada em património alheio, como nos casos de uso, consumo, fruição ou disposição de bens alheios. A doutrina tem classificado como enriquecimento por intervenção (*Eingriffskondiktio*) e que subsume na cláusula geral do n.º 1 do art. 473ºCC, sempre que essa pretensão não seja excluída pela aplicação de outro regime jurídico (v.g. na atribuição de frutos ao possuidor de boa-fé, art. 1270ºCC). A sua finalidade é a recuperação da vantagem patrimonial obtida pelo interventor, se considere como pertencente ao titular do direito (Menezes Leitão, 2017, p. 426).

¹⁵⁸ O enriquecimento sem causa será sempre o instituto a aplicar como *ultima ratio*.

¹⁵⁹ A gestão de negócios imprópria não se encontra prevista entre nós, ao contrário do código alemão, no §687, II, ou do suíço, art. 423 (Menezes Leitão, 2017, p. 495).

¹⁶⁰ Ou seja, falha o segundo requisito, a atuação no interesse e por conta do dono do negócio.

analogicamente o disposto no art. 472º CC, à gestão de negócios imprópria, ou seja, como a autora esclarece “uma gestão por conta própria de um negócio que sabe ser alheio, realizada com a consciência da alienidade, por parte do interventor, caso contrário gerar-se-ia uma contradição valorativa, privilegiando-se aquele que agiu de má-fé”. Mas como refere também, a função punitiva da responsabilidade civil, é mais conveniente para o lesado, porque este não precisa de aprovar a gestão pelo *dominus*. O lesado, pode não concordar e a ordem jurídica estaria a compeli-lo para ele adotar o instituto da gestão de negócios, o instituto que até hoje é o único que permitir-lhe-ia obter os lucros obtidos pelo agente (Paula Lourenço, 2006, p. 428). Na esteira desse pensamento, Sousa Antunes questiona se será razoável conceder a exigência do assentimento à atuação ilícita do infrator, “o lesado verga-se a uma atuação ilícita e dolosa do lesante com o propósito utilitarista da restituição das vantagens obtidas. Pode o Direito conformar-se com esse método tortuoso?”. Questiona ainda se serão sensatas as consequências da aprovação da gestão, pois o art. 469º CC enuncia que “a aprovação da gestão implica a renúncia ao direito de indemnização pelos danos devidos a culpa do gestor e vale como reconhecimento dos direitos que a este são conferidos no n.º 1 do art. anterior.” Pode a ordem jurídica permitir que o autor de um comportamento ilícito e culposos “exigir que a restituição do lucro seja compensada com a isenção de responsabilidade?” Sousa Antunes também entende que cabe à responsabilidade civil, no que concerne à entrega do lucro. Nos termos do art. 562º CC “quem estiver obrigado a reparar um dano deve reconstituir a situação que existiria, se não tivesse verificado o evento que obriga à reparação”. Este artigo consubstancia a teoria da diferença estipulada como regra pelo legislador, mas que foi demonstrado que os danos não patrimoniais e os danos futuros escapam a esta teoria. O lesante obteve um benefício patrimonial com o seu comportamento e o legislador diz expressamente que o lesante deve recriar a situação hipotética que a sua intervenção impossibilitou: “Se o lesante obteve um benefício patrimonial com o seu comportamento, é uma ficção dizer-se que a restituição escapa à reconstituição da situação que existiria”. O resgate do lucro é objeto da obrigação de indemnização, mesmo que aparentemente o lesado não tenha sofrido nenhum prejuízo. Caso contrário, estamos a restringir o dano à dimensão patrimonial e “silencia o refluxo que o lucro tem na esfera não patrimonial do lesado” (Sousa Antunes, 2018, p. 172 e 173). Conforme referido anteriormente, para Sousa Antunes, o cálculo do lucro do autor do facto ilícito é efetuado através dos mesmos critérios da indemnização de danos não patrimoniais (Sousa Antunes, 2011, p. 284) e ele considera-o como um dano não patrimonial autónomo

(Sousa Antunes, 2011, p. 241 e 308). O autor aduz também que é um dano não patrimonial relevante, sempre que do sacrifício censurável de bens do lesado, advém para terceiro um benefício económico, sendo “um dano que deriva da rutura do justo relacionamento patrimonial entre indivíduos” e que “a compensação desse dano só pode, naturalmente, dar-se com a deslocação para a esfera do lesado das vantagens que o terceiro ilegítimamente obteve” (Sousa Antunes, 2011, p. 246 e 247). O autor acrescenta que a satisfação da vítima pressupõe uma carência que, por si só, constitui um dano (Sousa Antunes, 2011, p. 241). Sousa Antunes entende que a restituição do lucro é uma consequência da responsabilidade civil, à semelhança dos *restitutionary damages* “mais não é do que dar cumprimento à necessidade de satisfazer o lesado, quer a respeito da fixação da indemnização de outros danos não patrimoniais, quer como autónoma reconstituição da situação anterior a esta lesão” (Sousa Antunes, 2011, p. 246 e 247). Este autor defende também que é indemnizável nos termos do art. 496º CC, nos mesmos termos dos danos não patrimoniais, sempre que do sacrifício censurável de bens do lesado advém para terceiro um benefício económico. E a compensação desse dano só acontece com a deslocação para a esfera do lesado das vantagens obtidas pelo agente de forma ilícita. O autor explica que “o enriquecimento censurável de terceiro fere o sentimento de justiça do lesado” e que “na ausência de consentimento deste à intervenção na sua esfera jurídica, o comportamento do agente rompe a justa ordenação das coisas” e, nesse sentido, deve o juiz “presumir o dano não patrimonial e indemnizar a vítima de acordo com a gravidade do facto”, e o autor não precisa de provar a ofensa do seu sentimento de justiça pois ela é demonstrada pela existência do lucro do lesante (Sousa Antunes, 2011, p. 302 e ss). Há uma lesão de natureza não patrimonial (Sousa Antunes, 2011, p. 299). É a ofensa do sentimento de justiça que legitima a inclusão da aquisição de vantagens nos termos já enunciados, na categoria de danos não patrimoniais (Sousa Antunes, 2011, p. 309).

Em suma, para Sousa Antunes, se existir uma ingerência na esfera jurídica alheia e, que dessa ingerência advenha um lucro, proveito ou vantagem, significa que originou uma rutura do justo relacionamento patrimonial entre as partes. E, essa rutura, é um dano não patrimonial autónomo, suscetível de indemnização. O autor também entende que o 562º CC, que exige um dano numa perspetiva clássica, pode ser interpretado numa dimensão relacional, lesante – lesado, e essa interpretação, por si só, é revolucionária. Esse artigo, interpretado dessa forma, permite abarcar o lucro para o ressarcimento do lesado, mas caso, persistam na interpretação clássica do art. 562º CC, ainda é possível a inclusão do lucro

ilícito na indemnização do lesado, se conciliarmos este artigo com o art. 496º CC. É verdade que não houve uma perda, de acordo com a interpretação clássica, mas há um proveito, uma vantagem do agente que é ilícita. Acima de tudo, esta situação revela uma injustiça. O autor entende que a satisfação da vítima pressupõe uma carência e esse facto constitui um dano (Sousa Antunes, 2011, p. 241 e ss). A vantagem patrimonial do lesante, como provém de um facto ilícito imputável ao agente, alimenta-se da utilidade alheia, o lucro é uma lesão e impõe que o lesado possa resgatar o lucro. O autor esclarece que a satisfação do lesado não consubstancia qualquer escopo punitivo, embora que a vindicta do lesado seja indissociável à satisfação do lesado e, portanto, um efeito punitivo secundário, no sentido de ser acessório da compensação (Sousa Antunes, 2011, p. 14) e (Sousa Antunes, 2011, p. 33) O autor esclarece que “o lesante perde as vantagens que ilegitimamente adquiriu, nada mais”. Ainda assim, esse efeito poder-se-á verificar, na situação do lesante desprezando o direito alheio, “coisificou a pessoa” (Sousa Antunes, 2019, p. 182) e (Sousa Antunes, 2011, p. 651). A ausência de qualquer efeito punitivo no resgate do lucro, pressupõe que, no cálculo do enriquecimento, o julgador vai relacionar as perdas e as despesas. O autor concretiza com um caso jurisprudencial americano, *Sheldon v. Metro-Goldwyn-Mayer* de 1939, esta última, a produtora foi condenada por violação dos direitos de autor com o filme *Letty Lynton* e o tribunal, subtraiu aos lucros as despesas que o tribunal entendeu terem contribuído para o sucesso do filme (Sousa Antunes, 2011, p. 281). A regra será que não tem escopo punitivo, todavia, o autor entende que poderá existir esse escopo punitivo e a superação do limite constituído pelo proveito líquido, em face da gravidade da conduta do agente (Sousa Antunes, 2011, p. 282). Em situações de elevada censurabilidade, admite-se a aplicação do critério das receitas brutas (Sousa Antunes, 2011, p. 651).

Já Oliveira Ascensão entende que o lucro não corresponde a um dano¹⁶¹ e que o enriquecimento sem causa poderá ser uma solução, enquanto exige a contrapartida do enriquecimento do interventor no empobrecimento do autor, mas como já referimos, esta figura é subsidiária. O autor acrescenta que quando não houver ilícito, o enriquecimento sem

¹⁶¹ Oliveira Ascensão questiona “E haverá aqui um dano do autor? Em sentido técnico, decerto que não. O que o terceiro recebeu não equivale ao que o autor perdeu. Utilizemos a teoria da diferença: se confrontarmos a situação patrimonial do autor após a violação com a que se verificaria se violação não tivesse havido, não encontramos qualquer relevância sobre aquela do enriquecimento obtido por terceiro. Este enriquecimento não poderá nunca ser considerado um dano” (Oliveira Ascensão, 1992, p. 628). O autor acrescenta que esse facto é ainda mais notório no caso em que o autor nem usaria a obra (Oliveira Ascensão, 1992, p. 628 nota 1).

causa, permite restabelecer o equilíbrio, podendo inclusive levar o autor a exigir o preço da licença que teria podido obter em condições normais, assim como o lucro obtido, se se demonstrar que foi à custa do titular e que o autor teria obtido se não fosse a intervenção do terceiro (Oliveira Ascensão, 1992, p. 628 e 629). Na violação de direitos de propriedade intelectual é difícil de existir uma correlação em que o enriquecimento sem causa corresponde ao empobrecimento de outra, mas a vantagem patrimonial obtida pelo lesante foi obtida à custa do direito intelectual do lesado, era uma vantagem que estava reservada ao titular do direito e, como aduz Ribeiro de Almeida, “a obrigação de restituir deve englobar tudo o que foi obtido à custa do titular do direito” (Ribeiro de Almeida, 2013, p. 96 nota 73).

Relativamente ao caso decidido pela jurisprudência alemã relativamente à princesa Carolina do Mónaco, um caso de utilização do direito à imagem de personalidades conhecidas, sem autorização, para fins publicitários e sempre que o lucro do agente seja superior à compensação ou ao preço da licença¹⁶² que se prevê atribuir ao lesado, Paula Lourenço entende que a indemnização sancionatória deve incluir o lucro do lesante. No que refere à atribuição do lucro a autora entende que, na impossibilidade da criação de um Fundo de Garantia, ela entende que o lucro deverá ser integralmente entregue ao lesado, pois foi ele que teve o impulso processual inicial, e também com o intuito de punir o lesante. (Paula Lourenço, 2008, p. 27).

É importante relembrar a jurisprudência americana em relação ao *contractual bypass*, o curto-circuito do contrato que impõe danos punitivos pois o agente decidiu violar os direitos de outrem e não celebrar um contrato com o lesado, por saber que a indemnização a pagar seria inferior aos lucros que obteria com a prática do facto ilícito. A ordem jurídica não pode permitir este tipo de pensamento, puramente económico, com desrespeito pelos valores e bens jurídicos tutelados. Em Inglaterra defende-se a noção de *restitutionary damages*, abrindo a possibilidade de se admitir, em certos casos, que o facto ilícito tenha como consequência a restituição do lucro ilegítimo.

Entendemos que a posição de Sousa Antunes parece-nos mais justa e tutela com maior eficácia o lesado. A função punitiva manifesta-se quando haja elevada censurabilidade admitindo-se a aplicação do critério das receitas brutas ou como indica Paula Lourenço inclui o lucro do lesante

¹⁶² *Lizenzanalogie*. A ideia é a do pagamento de uma quantia correspondente à utilização dos direitos, como se tivesse celebrado um contrato de licença (Paula Lourenço, 2006, p. 119).

A restituição do lucro terá um efeito dissuasor para o lesante, posto que vê frustrada a possibilidade de manter o lucro da conduta ilícita e violadora de direitos de outrem e impede que o lesante tenha o raciocínio económico, dessa forma, a ilicitude não compensa.

4. Os *punitive damages*

São uma figura do *tort law*¹⁶³ pertencente ao modelo da *common law*¹⁶⁴ que encerra uma função retributiva, característica da justiça corretiva¹⁶⁵, e uma função preventiva, referente à justiça distributiva¹⁶⁶, verifica-se que tem características idênticas ao *criminal law*. Há assim uma permeabilidade nas fronteiras entre o direito penal e o direito civil (Paula Lourenço, 2006, p. 189) e (Paula Lourenço, 2002, p. 1087). Os danos punitivos consubstanciam uma das manifestações da pena privada¹⁶⁷, com raízes históricas muito remotas (Paula Lourenço, 2002, p. 1025). São uma criatura antiga do direito e o seu habitat situa-se entre o direito civil e o direito penal, contudo são sanções civis contra agentes com comportamentos culposos que violaram os direitos alheios. Eles estão enraizados nos objetivos de prevenção e retribuição “*is rooted in the goals of retribution and deterrence*”

¹⁶³ Em “A Folha”, boletim da língua portuguesa nas instituições europeias, sobre o significado da expressão enuncia o seguinte: “A *tort law* é, em consequência, aquela parte do direito que se ocupa dos atos ilícitos cometidos por pessoas singulares e coletivas que, porém, não podem ser considerados crimes (*crimes*) nem incumprimentos de contratos (*breach of contract*)”. “Este conceito poderia ser equiparado, com as devidas reservas, ao direito de danos espanhol, ou à responsabilidade civil extracontratual. Fazendo um exercício de acrobacia terminológica poderíamos traduzir *tort law* como «direito de danos extracontratuais», adotando, no entanto, todas as precauções necessárias para não confundir o leitor, nomeadamente deixando o termo original em inglês entre parêntesis e em itálico na primeira vez que ocorra no texto. Na tradução para espanhol dos *Principles of European Tort Law* (elaborados pelo *European Group on Tort Law*), os referidos princípios foram traduzidos como «Princípios de Direito europeu da responsabilidade civil», sem mais qualificativos” (Gámez & Cuñado, 2018, pp. 1 - 5).

¹⁶⁴ Ao qual pertencem os EUA, Inglaterra, Austrália, Canadá e Nova Zelândia (Miranda Barbosa, 2017, p. 97 nota 197).

¹⁶⁵ Comutativa ou sinalagmática. Pertence ao direito privado, assegura a equivalência entre prestações ou entre dano e indemnização atribuindo a cada um o que é seu, nos termos do brocardo jurídico “*suum cuique tribuere*”. Visa corrigir os desequilíbrios que se verifiquem nas relações contratuais e nos atos involuntários e ilícitos interpessoais (Santos Justo, 2009, p. 69).

¹⁶⁶ É a justiça própria das relações de subordinação e pertence ao direito público. Rege a repartição dos bens comuns pelos membros da sociedade, de acordo com um critério de igualdade proporcional que atende à finalidade da distribuição e à situação dos sujeitos, no que refere aos méritos e necessidades (Santos Justo, 2009, p. 69).

¹⁶⁷ Pinto Monteiro esclarece que a pena privada constitui “uma alternativa civil à tutela penal, e que supera a via indemnizatória” (Pinto Monteiro, 1990, p. 667 nota 1537). Pinto Monteiro explora a figura dos danos punitivos, explorando alguns casos, os mais notórios e aduz que os danos punitivos são um dos principais apoios da doutrina que vem mencionando a necessidade de redescobrir a pena privada como medida de tutela complementar ao modelo reparatório (Pinto Monteiro, 1990, pp. 651 - 655 nota 1525).

que notoriamente têm características do direito penal, contudo, são atribuídos aos lesados em processo civil (Owen, 1989, p. 705).

De acordo com o *Legal Information Institute da Cornell Law School*, os danos punitivos, também conhecidos como *exemplary damages* são os danos reconhecidos e concedidos independentes dos danos reais sucedidos, sendo atribuídos quando há uma conduta particularmente grave do lesante. *“The type of harmful behavior that would award punitive damages would be serious misconduct of the defendant that was grossly and wantonly negligent or reckless. If the court or the jury determines that there should be punitive damages, the court usually awards the punitive damages on top of the initial compensatory damages. Therefore, awarding of punitive damages serves as a deterrence measure against specific misconduct. Punitive damages indicate to the general public that the courts will not tolerate such misconduct”* (Legal Information Institute, Wex - punitive damages, s.d.). A definição na lei americana¹⁶⁸ estabelece a seguinte definição: *“punitive damages are damages, other than compensatory or nominal damages, awarded against a person to punish him for his outrageous conduct and to deter him and others like him from similar conduct in the future”*; *“punitive damages may be awarded for conduct that is outrageous, because of the defendant’s evil motive or his reckless indifference to the rights of others. In assessing punitive damages, the trier of fact can properly consider the character of the defendant’s act, the nature and extent of the harm to the plaintiff that the defendant cause or intended to cause and the wealth of the defendant”* (Meurkens, 2019, p. 3). Apesar de haver alguma controvérsia quanto à sua figura e aplicabilidade das suas funções quanto aos fins de ordem pública, podemos atribuir-lhe cinco, em que as primeiras três não apresentam qualquer resistência e as últimas duas são alvo de controvérsia, não sendo aceites por todos, a saber: *“deterrence of similar egregious acts by the defendant and others in the future”*; *“punishment of the defendant for his wrongdoing”*; *“incentive for plaintiffs to bring claims on the society behalf”*; *“compensation for non-pecuniary losses to the victim”*; e *“compensation for attorney’s fees”* (Stevens, 1994, p. 860).

Surgiram no Reino Unido, no século XVIII, “o amor inglês à liberdade” esteve na origem da figura. Surgiu devido às constantes violações do direito da reserva da vida privada, abusos de poder e de autoridade por parte de funcionários públicos e entes privados,

¹⁶⁸ *Restatement (Second) of Torts* 1979, s 908 (Meurkens, 2019, p. 3 nota 2).

evidenciados nos casos *Huckle v. Money*¹⁶⁹ e *Wilkes v. Wood*¹⁷⁰ ambos de 1763, nos quais se reconheceu que o *tort law* comportava uma função punitiva, de pena privada, e ainda hoje o *Huckle v. Money*¹⁷¹ é invocado em casos de abuso de poder de autoridade pública (Paula Lourenço, 2008, pp. 2 - 3). Estes casos são considerados como *fons et origo*, a fonte e origem dos danos punitivos. Passados mais ou menos 30 anos os danos punitivos foram reconhecidos nos EUA, no caso *Genay v. Norris*¹⁷², decidido no Supremo Tribunal de Carolina do Sul em 1784, em que o lesado recebeu a indemnização a título de danos punitivos por ter sido envenenado, ficando doente após ter bebido um vinho que continha substâncias tóxicas (Meurkens, 2014, p. 41). Nos EUA, em 1849, com o caso *Graham v. Roder*, o Supremo Tribunal do Texas afirmou “*the common law loses sight of the principle of compensation and gives damages by way of punishment (...) damages not only to recompense the sufferer, but to punish the offender*”. Mais uma evidência dos danos punitivos e da sua finalidade (Paula Lourenço, 2008, p. 3) e (Paula Lourenço, 2006, p. 170). Os danos punitivos consubstanciam numa quantia atribuída ao lesado e que não tem como razão ou limite o dano, ou seja, são independentes do dano, e podem coexistir com a indemnização reparadora, pois “o dano do lesado é uma condição, e não a razão, da condenação em *punitive damages*” (Sousa Antunes, 2011, p. 16). A atribuição de *punitive damages* preenchia o espaço vazio entre a prossecução de interesse público e a satisfação do interesse privado (Sousa Antunes, 2011, p. 355).

A jurisprudência e a doutrina anglo-saxónica atribuem diversos termos, nomeadamente: *at large*, *aggravated*, *retributory*, *vindictive*, *punitive*, *deterrent*, *penal*, *smart money*, *swingeig*, *indignan*, *exemplary damages*. Para Júlio Gomes, esta terminologia compreende duas situações distintas, uma em que a indemnização atribuída tem também a

¹⁶⁹ É de realçar o comentário de Lord Chief Justice “*(i) think (the jury) have done right in giving exemplary damages. To enter a man’s house by virtue of a nameless warrant, in order to procure evidence, is worse than the Spanish Inquisition; a law under which no Englishman would wish to live an hour; it was a most daring public attack made upon the liberty of the subject.*” (Paula Lourenço, 2006, p. 165).

¹⁷⁰ Chief Justice Pratt explica a razão de ser dos danos punitivos: “*the award of punitive damages satisfies the injured person, punishes the guilty, deters such actions in the future, and shows the jury’s detestation of the wrongful conduct*” (Gotanda, 2003, p. 8). Foram concedidos danos punitivos a um editor depois do secretário de Estado do Rei suspeitar que editor teria imprimido um panfleto sobre o Rei e, nesse sentido, foram feitas buscas domiciliárias e confiscaram bens sem um mandado judicial (Gotanda, 2007, pp. 324-325).

¹⁷¹ O acórdão do STJ de 25 de fevereiro de 2014, processo n.º 287/10.0 TBMIR.S1, cuja relatora foi Maria Clara Sottomayor, menciona jurisprudência internacional e consta este caso, assim como o *Wilkes v. Wood*, *Rookes v. Barnard* e o caso da Princesa Carolina do Mónaco, do BGH.

¹⁷² Vide 4.5.

finalidade de reparação do dano e outra em que a finalidade é essencialmente punitivo-preventiva, dado que é referente a condutas dolosas, em que versa sobre o lesante um especial juízo de censura (Júlio Gomes, 1989, p. 107). Como Lord Devlin, afirmou no caso *Rookes v. Barnard*, e foi referido por Júlio Gomes: “*the object of damages in the usual sense of the term is to compensate. The object of exemplary damages is to punish and deter*” (Júlio Gomes, 1989, p. 109). Nessa medida entende-se que os *punitive damages* têm dois elementos, o subjetivo e psicológico que é a má-fé do lesante e o objetivo, que é uma conduta do lesante particularmente grave (Ponzanelli *apud* Júlio Gomes, 1989, p. 110).

Como já foi referido, os danos punitivos, são reconhecidos também nos EUA e existem diferenças de Estado para Estado, sendo atribuídos a título de negligência grosseira (*gross negligence*¹⁷³), responsabilidade objetiva do comitente (*vicarious liability*¹⁷⁴), responsabilidade civil do produtor¹⁷⁵ (*products strict liability*), curto-circuito do contrato¹⁷⁶ (*contractual bypass*) e incumprimento contratual (*breach of contract*¹⁷⁷) (Paula Lourenço, 2008, p. 3 e 4). Para Júlio Gomes, é possível a extensão a condutas negligentes, desde que seja de forma flagrante e grosseira¹⁷⁸. Júlio Gomes critica os casos de responsabilidade do produtor no ordenamento jurídico norte-americano, *products liability*, em que é *strict*

¹⁷³ Vide o caso *Burk Royalty Co v. Walls* no ponto 4.6.

¹⁷⁴ O caso *Goddard v. Grand Trunk Railway*, reflete a lógica que está na génese da responsabilidade objetiva do comitente. O *Superior Court of Maine* afirmou o seguinte: “*If a brakeman, employed on a railway passenger train, assault and grossly insult a passenger thereon, and the company retain the offending servant in their service after his misconduct is known to them, they will be liable to exemplary damages.*” (...) “*A railway company*” (...) “*selects its own agents at its own pleasure, and it is bound to employ none except capable, prudent, and humane men.*” (...) “*We confess that it seems to us that there is no class of cases where the doctrine of exemplary damages can be more beneficially applied than to railroad corporations in their capacity of common carriers of passengers; and it might as well not be applied to them at all as to limit its application to cases where the servant is directly or impliedly commanded by the corporation to maltreat and insult a passenger, or to cases where such an act is directly or impliedly ratified; for no such cases will ever occur. A corporation is an imaginary being. It has no mind but the mind of its servants; it has no voice but the voice of its servants; and it has no hands with which to act but the hands of its servants*” (...) “*All attempt, therefore, to distinguish between the guilt of the servant and the guilt of the corporation; or the malice of the servant and the malice of the corporation; or the punishment of the servant and the punishment of the corporation, is sheer nonsense, and only tends to confuse the mind and confound the judgment. Neither guilt, malice, nor suffering is predicable of this ideal existence called a corporation.*” (I.F.R., 1871, p. 17 e ss).

¹⁷⁵ Vide o caso *Grimshaw v Ford Motor Co.* também conhecido por *Pinto Case* ou por *Exploding Pinto* no ponto 4.7.

¹⁷⁶ Vide o caso *Midler v. Ford Motor Co.*, *contractual bypass*, no ponto 4.8.

¹⁷⁷ A incursão no domínio da responsabilidade civil obrigacional ocorre nas seguintes situações: quebra de promessa de casamento (ocorreu no séc. XIX); conduta maliciosa ou opressiva; conduta fraudulenta; contratos de seguro e concorrência desleal. *V.g. Welborn v. Dixon* (1904) e *Wetherbee v. United Ins. Co. of America* (1968) (Paula Lourenço, 2006, pp. 181 - 183).

¹⁷⁸ “*Evincing a reckless disregard of human life or of the safety of persons exposed to his dangerous effects*” (Júlio Gomes, 1989, p. 115).

*liability*¹⁷⁹ desde que o produtor tenha colocado no mercado um produto “*unreasonably dangerous or defective*” admitindo-se a atribuição de *exemplary damages*. Para muitos autores “trata-se de tentar conciliar o inconciliável, aplicando a um caso de responsabilidade sem culpa uma figura concebida e moldada, tendo em atenção situações culposas e de culpa grave”, mas restringem a aplicação aos casos em que se verifica, de forma flagrante uma insegurança do público (Júlio Gomes, 1989, p. 115). Nesta matéria, Júlio Gomes aduz que Ponzanelli enumera duas situações, nomeadamente, em casos de condutas comerciais fraudulentas e a violação de regras legais respeitando a segurança dos produtos, o incumprimento flagrante do dever de controlar a qualidade do produto mesmo depois de comercialização e eliminando os seus defeitos assim que conhecidos ou pelo menos advertir os potenciais utilizadores dos perigos (Ponzanelli *apud* Júlio Gomes, 1989, p. 115). A maioria dos Estados¹⁸⁰ permite que os lesados obtenham indemnizações a título de danos punitivos com algumas limitações em ações civis. No entanto, os métodos e especificações sobre como o lesado pode solicitar indemnizações punitivas diferem de jurisdição para jurisdição.

Ainda que a conduta do agente não se tenha traduzido num dano efetivo, poderá haver lugar a danos punitivos, em razão do carácter ofensivo da ação ou omissão, ou intenção (Patrícia Guimarães, 2001, p. 170), ou seja, em abstrato, os *punitive damages*, não estão limitados ao dano e poderá nem ser um requisito obrigatório. Os *punitive damages* foram, e

¹⁷⁹ *In tort law, there are two broad categories of activities for which a plaintiff may be held strictly liable - possession of certain animals and abnormally dangerous activities. Additionally, in the area of torts known as products liability, there is a sub-category known as strict products liability which applies when a defective product for which an appropriate defendant holds responsibility causes injury to an appropriate plaintiff.* (Legal Information Institute, Wex - strict liability, s.d.).

¹⁸⁰ Os EUA têm característica muito próprias, mas uma que sobressai é o individualismo e comparando com outros Estados, nomeadamente os europeus que são ativistas, entende-se que são um país reativo, apesar de não serem puramente reativos, pois o Estado intervém em algumas áreas, como foi o caso da intervenção na crise económica e financeira de 2006 ou o *Affordable Care Act* conhecido como o *Obamacare*. Os países ativistas tendem procurar as melhorias a nível socioeconómicas através da implementação de políticas apropriadas, já um estado reativo, desempenha um papel mais reservado na sociedade e atribui imensa responsabilidade ao próprio indivíduo, o que corresponde a uma ideia clássica do liberalismo, o *laissez-faire*. A ideia é favorável aos direitos e liberdades individuais porque limita a ação do Estado, a ideia de liberdade é a pedra de toque. Essa ideia de liberdade é que os cidadãos não devem interferir com os direitos alheios pertence ao direito civil, o que incluiu o *tort law* (Meurkens, 2014, p. 24). Diferente visão sobre o papel do Estado, influencia como ele se organiza, incluindo a nível judicial e esse entendimento faz transparecer a razão dos danos punitivos. A lógica do sistema judicial civil americano, em especial o *tort*, é que o lesado não vai tentar apenas obter a compensação pelos seus danos, essa litigância prossegue os interesses do próprio Estado, o interesse público na medida em que revela e previne perigos na sociedade. Como Koenig e Rustad afirmam: “*tort law, like sunlight, acts as a disinfectant by exposing hidden threats to the public welfare*” (Koenig e Rustad *apud* Meurkens, 2014, p. 29).

ainda são, alvo de muitas críticas, desde a violação do princípio *nullum crimen sine lege*, pois é possível sancionar qualquer conduta dolosa com desrespeito pelos direitos alheios (Júlio Gomes, 1989, p. 110); a inexistência de um limite prévio para a quantia a ser paga a título de sanção; a questão da dupla sanção e quando há censura civil e censura penal sobre o mesmo facto. No caso *Fay v. Parker*, de 1873, o *Supreme Court of New Hampshire* não aceitando a doutrina dos danos punitivos declara o seguinte: "*The idea is wrong. It is a monstrous heresy. It is an unsightly and unhealthy excrescence, deforming the symmetry of the body of the law*". Já o *Supreme Court of Wisconsin*, entende que a doutrina dos danos punitivos está confortavelmente "*sandwiched between the law of torts and crimes*" quando afirma "*it is an outgrowth of the English love of liberty regulated by law. It tends to elevate the jury as a responsible instrument of government, discourages private reprisals, restrains the strong, influential, and unscrupulous, vindicates the right of the weak, and encourages recourse to, and confidence in, the courts of law by those wronged or oppressed by acts or practices not cognizable in, or not sufficiently punished, by the criminal law*" (Owen, 1989, p. 705 nota 2).

Sousa Antunes, refere que nos EUA, há uma "tendência de os tribunais substituírem à condenação em *punitive damages* a alçada da indemnização dos danos não patrimoniais, em especial com o propósito de evitar a sujeição dessa quantia ao pagamento de imposto sobre os rendimentos." Esta situação tem como possível consequência a possível restrição de casos "em que um tribunal estrangeiro nega o reconhecimento e a execução de sentença norte-americana com fundamento na contrariedade à ordem pública da atribuição de *punitive damages*." (Sousa Antunes, 2011, p. 220 e 221)¹⁸¹. Também Stevens enuncia alguns defensores dos danos punitivos, que entendem que estes servem para compensar o lesado pelos danos não patrimoniais, danos esses que são de difícil determinabilidade, contudo, a maioria da doutrina discorda devido à própria natureza e objetivo dos danos punitivos, desvirtuando-os (Stevens, 1994, p. 864). A doutrina "*stand in virtual unanimity that punitive damage awards serve the purpose of either punishment or deterrence, but not compensation*" (Breslo *apud* Stevens, 1994, p. 864 nota 50). No caso *Gertz v. Robert Welch*, o tribunal

¹⁸¹ Francesco Quarta menciona isso mesmo: "*there is a mounting risk of the improper use of pain and suffering awards in the United States aimed at fully replacing punitive damages and purporting punitive aims. This recent trend may represent a misleading pathway to the recognition and enforcement of U.S. punitive damages awards in civil law systems, where pain and suffering awards are totally legitimate and do not raise any public policy questions*" (Francesco Quarta *apud* Sousa Antunes, 2011, p. 221 nota 566).

clarificou que os danos punitivos não servem para compensar o lesado “*instead, they are private fines levied by civil juries to punish reprehensible conduct and to deter its future occurrence*” (Stevens, 1994, p. 864 nota 51).

Os *punitive damages* são estranhos, por regra, à família romano-germânica porque consubstanciam uma violação da ordem pública, não sendo reconhecidas, nem executadas pelos tribunais europeus. A razão de ser dessa contrariedade da ordem pública, advém da afirmação do carácter penal ou quase-penal dos danos punitivos. Sousa Antunes menciona um exemplo em que o BGH não reconheceu a sentença do tribunal dos EUA¹⁸² ao pagamento de *exemplary* e *punitive damages*, apesar do tribunal da primeira instância ter decidido que era executável a sentença que condenava o réu ao pagamento de danos punitivos no valor de 400.000 dólares. Em recurso, o tribunal de segunda instância, reduziu o montante indemnizatório, mas foi colocada a questão, sobre o reconhecimento e execução da sentença norte-americana, pois o réu opunha-se com o fundamento na contrariedade da condenação em *punitive damages* à ordem pública alemã. O BGH apenas reconheceu as indemnizações dos danos não patrimoniais e patrimoniais e não os danos punitivos. O BGH esclareceu que a punição do agente e a prevenção do facto associadas aos *punitive damages*, são funções que o direito civil moderno desconhece, porque a ilicitude civil obriga apenas à reparação dos danos, a punição da conduta do agente pertence apenas ao Estado. Esse facto deve-se à aplicabilidade obrigatória das garantias processuais, que não sendo observadas consubstanciam numa violação da ordem pública¹⁸³ (Sousa Antunes, 2011, pp. 333-334). No que refere aos danos punitivos, o direito italiano, assim como o direito alemão, não os reconhece. Sousa Antunes exemplifica um caso de um produtor italiano de fivelas de aperto, destinadas a capacetes utilizáveis em motocicletas, que foi condenado a indemnizar os herdeiros de uma vítima pelos danos imputados ao defeito do produto por um tribunal norte-americano. Como o réu só tinha bens em Itália, os autores pretendiam obter a execução da sentença em Itália. O tribunal, a *Corte d'Appello* de Veneza decidiu e a *Corte de Cassazione* confirmou que a sentença, condenando o réu em *punitive damages*¹⁸⁴ era contrária à ordem

¹⁸² Para descrição do caso *vide* (Sousa Antunes, 2011, pp. 332-333).

¹⁸³ Nesse mesmo sentido pronunciou-se a *Corte d'Appello* de Veneza em 15 de novembro de 2001, decidiu que a condenação em *punitive damages* era contrária à ordem pública e afirmando que o autor beneficiária, gozaria de um enriquecimento injustificado (Sousa Antunes, 2011, p. 336).

¹⁸⁴ A atribuição de danos punitivos resultou de uma dedução da *Corte d'Appello* de Veneza, visto a sentença norte-americana não fazer qualquer referência nesse sentido de forma explícita (Sousa Antunes, 2011, p. 335 nota 796).

pública, visto o instituto dos danos punitivos ter características de uma sanção penal e o enriquecimento injustificado por parte do autor da ação (Sousa Antunes, 2011, pp. 335-336). Apesar de, em regra, a família romano-germânica, não permitir danos punitivos e não reconhecer sentenças estrangeiras que condenem em *punitive damages*, a verdade é que o Supremo Tribunal Espanhol a 13 de novembro de 2001, em que opunha em litígio uma empresa americana e uma empresa italiana a uma empresa espanhola (*Alabastres Alfredo, S.A.*), ré, reconheceu a sentença. Esta última, fora condenada em tribunal norte-americano ao pagamento de *punitive damages* no triplo do valor dos danos por violação da propriedade intelectual e a prática de concorrência desleal. Como a decisão respeitara o princípio da proporcionalidade, foi reconhecida e executada em Espanha. A razão fora também pela “ténue fronteira entre a compensação dos danos não patrimoniais e a aplicação de uma sanção retributiva e, também, pela identificação do propósito, comum a diferentes Estados, de proteger os direitos intelectuais” (Sousa Antunes, 2011, pp. 331-332 nota 788). Este pensamento pertence apenas à família romano-germânica, pois na família anglo-saxónica o pensamento é distinto e uma manifestação disso mesmo são as declarações do juiz no caso *Goddard v. Grand Trunk Railway*, de 1869 “*This brief review of the doctrine of exemplary damages is not so much for the purpose of establishing its existence, as to correct the erroneous impression which some members of the legal profession still seem to entertain, that it is a modern invention, not sanctioned by the rules of the common law. We think every candid-minded person must admit that it is no new doctrine; that its existence as a fundamental rule of the common law has been recognised in England for more than a century.*” (I.F.R., 1871, pp. 27-28).

O TEDH não acolhe pedidos em que conste a figura dos *punitive damages*. Nas regras do próprio tribunal, na “*Practice Directions*”, onde consta o “*Just satisfaction claims*”, do respetivo documento enuncia o seguinte “*It is also not intended to punish the Contracting Party responsible. The Court has therefore considered it inappropriate to accept claims for damages with labels such as “punitive”, “aggravated” or “exemplary”; nor does the Court make symbolic awards*”¹⁸⁵.

Em relação à UE deve ser mencionado o Regulamento Roma II, no seu considerando n.º 32, segunda parte, que estabelece o seguinte: “a aplicação de uma disposição da lei

¹⁸⁵ Disponível em: https://prd-echr.coe.int/documents/d/echr/rules_court_eng (consultado a 24-06-2024).

designada pelo presente regulamento que tenha por efeito dar origem à determinação de indemnizações não compensatórias exemplares ou punitivas de carácter excessivo pode, em função das circunstâncias do caso e da ordem jurídica do Estado-Membro do tribunal em que a acção é proposta, ser considerada contrária à ordem pública do foro”. No que refere ao TJUE podemos referir o acórdão processo n.º C-407/14, um reenvio prejudicial que teve como objeto a interpretação do art. 18º Diretiva 2006/54/CE¹⁸⁶ do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de julho de 2006, relativa à aplicação do princípio da igualdade de oportunidades e igualdade de tratamento entre homens e mulheres em domínios ligados ao emprego e à atividade profissional. O órgão jurisdicional de reenvio interrogou-se¹⁸⁷ se em aplicação do art. 18º da respetiva Diretiva, o prejuízo deve ser indemnizado de forma dissuasiva, se a indemnização a atribuir deverá ir para além da reparação integral dos prejuízos sofridos, sob a forma de danos punitivos, até para servir como exemplo tanto para a sua entidade patronal como para outros. A resposta foi negativa, no sentido de o mencionado artigo obrigar os Estados-Membros a escolher a forma pecuniária de introduzir na respetiva ordem jurídica interna medidas que prevejam o pagamento à pessoa lesada de uma indemnização que cubra integralmente o prejuízo sofrido, mas não prevê o pagamento de danos punitivos. Acrescenta ainda que resulta da letra do artigo 25º da diretiva que confere aos Estados-Membros a faculdade de adotarem medidas destinadas a punir a discriminação em razão do sexo sob a forma de indemnização atribuída à vítima. Assim, o artigo 25º da Diretiva 2006/54 permite, mas não impõe¹⁸⁸, aos Estados-Membros que adotem medidas que prevejam o pagamento de danos punitivos à vítima de uma discriminação em razão do sexo. No ordenamento jurídico espanhol não existe a figura de danos punitivos e

¹⁸⁶ Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32006L0054> (consultado a 24-06-2024).

¹⁸⁷ A questão prejudicial foi a seguinte: “Pode o artigo 18.º da Diretiva 2006/54, ao atribuir caráter dissuasivo (além de real, efetivo e proporcional ao prejuízo sofrido) à indemnização da pessoa lesada por um ato discriminatório em razão do sexo, ser interpretado no sentido de que autoriza o juiz nacional a aplicar uma condenação efetivamente complementar por danos punitivos razoáveis: isto é, um montante complementar que, embora exceda a reparação integral dos danos e prejuízos reais sofridos pela pessoa lesada, funcione como exemplo para terceiros (para além do próprio autor do dano), desde que esse montante seja proporcionado e mesmo que este conceito de danos punitivos não faça parte da tradição jurídica do juiz nacional?”

¹⁸⁸ As Diretivas, que estão previstas no art. 288ºTFUE, distinguem-se dos regulamentos, pois impõem aos Estados-Membros a realização de certos objetivos concretos, mas deixam a estes uma margem, maior ou menor, na escolha dos meios para a sua implementação. Esta implementação de resultados, objetivos concretos, podem consubstanciar em meras obrigações de *facere*. Permitem aos Estados-Membros, através da transposição para a ordem jurídica nacional, adaptar o texto da diretiva à realidade jurídica, económica, e social do Estado. Por essa razão a diretiva é o meio preferencial de harmonização legislativa e administrativa (Gorjão-Henriques, 2014, p. 298 e ss).

sendo assim, conclui que nestas condições, na falta de disposição do direito nacional que permita o pagamento de danos punitivos a uma pessoa lesada por uma discriminação em razão do sexo, o artigo 25º da Diretiva 2006/54¹⁸⁹ não prevê que o próprio tribunal nacional possa condenar o autor dessa discriminação ao pagamento dos referidos danos. Nesse mesmo sentido encontra-se o acórdão processo n.º C-367/15, também um reenvio prejudicial cujo cerne da questão era o art. 13º da Diretiva 2004/48/CE, Propriedade Intelectual, no seu n.º 2 explica que a diretiva em questão não comporta uma obrigação para os Estados-Membros de preverem indemnizações por perdas ou danos ditas punitivas, mas isso não quer dizer que deva ser interpretado como uma proibição para os Estados-Membros legislarem nesse sentido.

Todavia, apesar de toda a controvérsia inerente, a verdade é que, os *punitive damages*, têm uma relevância acrescida no direito anglo-saxónico e gozam de uma vantagem essencial que é a sua eficácia.

4.1. Críticas aos *punitive damages*

4.1.1. A incerteza do *quantum* a título de danos punitivos, a arbitrariedade e a inexistência de um limite prévio

A incerteza do *quantum* indemnizatório é justamente a razão da sua eficácia. É a razão que impede o lesante de aferir se “compensa” praticar a conduta ilícita (por ação ou omissão) por critérios de racionalidade económica, uma comparação entre o que poderá lucrar e o que terá de pagar a título de reparação do dano e como sanção. Como refere Paula Lourenço “esta é uma das lições que podemos retirar da análise económica do direito: uma das funções da lei é garantir a internalização de todos os custos sociais da atividade do agente” (Paula Lourenço, 2006, p. 193 e 194).

Esse *quantum* poderá ser atribuído por um júri, que é composto por pessoas sem formação jurídica e podem ser preconceituosos, seja para com o demandado seja para com o demandante. E como um dos critérios do *quantum* é a situação financeira do lesante, os danos punitivos podem atingir valores altíssimos, como se o lesado ganhasse a lotaria ou

¹⁸⁹ Neste acórdão consta ainda, no ponto 44, que se um Estado-Membro decidir adotar a figura de danos punitivos à pessoa vítima de discriminação terão de ser fixados critérios que permitam determinar o alcance da sanção e que sejam respeitados os princípios da equivalência e da efetividade (v., por analogia, acórdãos Manfredi e o., C-295/04 a C-298/04, EU:C:2006:461, n.º 92; Donau Chemie e o., C-536/11, EU:C:2013:366, n.os 25 a 27; e Hirman, C-174/12, EU:C:2013:856, n.º 40).

podem ser reduzidos no caso de o infrator ter menos recursos financeiros. Essa indeterminação do *quantum* cria uma situação de insegurança e incerteza no direito, colmatada no arbítrio descontrolado do júri. Todavia, ainda que o montante dos danos punitivos seja decidido pelo júri, essa decisão é apenas indicativa para o juiz, pois ele pode aplicar o princípio do *remittitur*, reduzindo o montante concedido, ou até emitindo uma sentença contrária, segundo a fórmula do *non obstante veredicto*¹⁹⁰ (Patrícia Guimarães, 2001, p. 175).

Apesar da inexistência de limites para aferir um *quantum* indenizatório-punitivo *ab initio* a título de *punitive damages*, ou até da existência de critérios estabelecidos pelo legislador, alguns estados norte-americanos fixaram o limite máximo, denominado *the absolute dollar cap*¹⁹¹. Muitos Estados limitam a quantidade de danos punitivos que podem ser concedidos. Alguns Estados estabelecem uma *ratio* entre os *actual damages* no caso e os *punitive damages* correspondendo estes ao dobro ou ao triplo (*the fixed ratio cap*). No Colorado o montante máximo dos *punitive damages* é um montante igual aos *compensatory damages*. No Texas, existe um limite em casos de negligência no quádruplo dos *compensatory damages*, ou 200.000,00 dólares. No Nevada, os *punitive damages* podem ascender os 300.000,00 dólares se os danos efetivamente sofridos pelo lesado forem inferiores a 100.000,00 dólares, todavia, se estes últimos ultrapassarem este valor, então, os *punitive damages* podem ir até ao triplo. Em Oklahoma, o *quantum* máximo dos danos punitivos é o *quantum* dos danos efetivamente sofridos pelo lesado, não obstante, não é imperativo, o tribunal poderá não aplicar esse limite se as circunstâncias do caso concreto assim o exigirem. (Paula Lourenço, 2006, p. 187). Existe um teto constitucional nos EUA, uma *ratio* de 9:1, no sentido de *punitive damages* para *compensatory damages*. O sistema legal americano entendeu que *double-digit ratios* entre os *punitive damages* e os *compensatory damages* são constitucionalmente inaceitáveis. Em *State Farm Mutual Automobile Insurance v Campbell*, houve a estipulação dessa *ratio* entre os *punitive damages* e os *compensatory damages*, o tribunal entendeu que “*in practice, few awards exceeding a*

¹⁹⁰ Pinto Monteiro menciona esse princípio, aduzindo que o juiz pode decidir contrariamente ao júri, não concedendo a indemnização, assim como o princípio do *remittitur*, a faculdade do juiz poder reduzir a indemnização atribuída pelo júri (Pinto Monteiro, 1990, p. 654 nota 1525).

¹⁹¹ O júri é incentivado a conceder a quantia que consideram justa, e o *quantum* a atribuir por danos punitivos é modificado posteriormente, de acordo com o limite do Estado, se houver (Gotanda, 2003, p. 2 e ss). Mais de quarenta Estados aprovaram o chamado “*Model Jury Instructions*”, que é usado para explicar a lei de modo que o júri entenda (Meurkens, 2014, p. 65).

single-digit ratio between punitive and compensatory damage, to a significant degree, will satisfy due-process” (Vanleenhove, 2019, p. 251). Neste caso foram atribuídos a título de *punitive damages* 145 milhões de dólares americanos e a título de *compensatory damages* 1 milhão de dólares americanos, tendo sido declarado excessivo e que violava “*the due process clause of the 14th Amendment of the US Constitution*” (Stadler, 2019, p. 129 nota 6). Outro caso que se revelou muito importante nos EUA foi *BMW of North America, Inc. v Gore*, de 1996, em que é considerado o primeiro caso em que se invalidou uma decisão do júri na atribuição de danos punitivos e estabeleceram-se critérios para determinar se a atribuição de danos punitivos são “*grossly excessive under the Constitution’s Due Process Clause*”, nomeadamente: 1) *the reprehensibility of the defendant’s conduct*; 2) *the ratio between the punitive and compensatory damages awarded*; 3) *a comparison of punitive damages to the criminal penalties that could be imposed for similar misconduct*” (Gotanda, 2007, pp. 346-347).

É importante referir que os EUA e o Reino Unido, têm algumas divergências no que refere aos *punitive damages*, em que, este último, tem uma atuação mais tímida dos *punitive damages* e o *quantum* é mais modesto, em comparação.

Como é notório, os danos punitivos têm variáveis, como é o caso do juízo de censurabilidade da conduta do agente (elemento subjetivo), a condição financeira do agente¹⁹², poderá ter-se em conta a relação entre os danos efetivamente sofridos pelo lesado e os danos punitivos, a *ratio* (elementos objetivos) e uma indeterminabilidade originária. Não obstante, existem limites em alguns Estados, mas podem ser excecionados, quando o juízo de censurabilidade é elevado, vai depender sempre do caso concreto.

A indeterminação do *quantum* a título de danos punitivos e a sujeição a montantes muito elevados, pode ter efeitos perversos, nomeadamente, o *overdeterrence*¹⁹³; o que acaba por suceder é que em vez de ser uma sanção, os *punitive damages*, repercutem-se nos consumidores, através do aumento dos preços. Não obstante, este pensamento estar correto, a lógica da sua legitimidade é a mesma que a empregue pela doutrina que entende que os

¹⁹² “*The California Supreme Court recently dealt with the issue of a defendant’s wealth in Adams v. Murakami. The court held that evidence of a defendant’s financial condition is a prerequisite to a punitive damages award and that the plaintiff bears the burden of production and proof of such evidence. The court determined this evidence was necessary for appellate review of the award when a defendant claims the award is excessive.*” (Buchanan, 1993, p. 735 e 736).

¹⁹³ Diminuição da atividade económica. O juiz O’Connor, no caso *Browning-Ferris Indus. Inc v. Kelco Disposal Inc.*, em que se atribuiu 6 milhões de dólares como danos punitivos, entendeu que estes valores impedem a investigação e desenvolvimento de novos produtos. (Paula Lourenço, 2006, p. 188).

danos punitivos também se aplicam à responsabilidade objetiva. Por uma questão de eficácia da função preventiva, desta forma é possível dissuadir os agentes a ter critérios puramente de racionalidade económica, de modo a aferir se “compensa” praticar a conduta ilícita ou não. Mesmo faltando a aprovação ou ratificação¹⁹⁴ há lugar a danos punitivos e danos compensatórios, pois para além do que já foi referido, obriga o empregador a exercer um maior controlo nos seus funcionários. A legitimidade da responsabilidade objetiva, nomeadamente do comitente, também denominada de *vicarious liability* também poderá estar cimentada no princípio do *ubi commodum ibi incommodum*, isto é, quem tem os benefícios, suporta os encargos. Desta forma, existe uma tutela efetiva do lesado, pois presume-se que o comitente terá mais património e o lesado poderá ser plenamente ressarcido, o que poderia não suceder se a responsabilidade ficasse apenas a cargo do comissário. Todavia, Paula Lourenço¹⁹⁵ refere que nos EUA, os danos punitivos só podem ser imputados ao comitente por atos praticados pelo comissário se ocorrer alguma destas situações: o comitente autorizou a prática do facto; o comissário era incompetente e o comitente foi negligente na sua contratação; o comissário estava a agir no âmbito das suas funções; e o comitente ratificou ou aprovou o ato (Paula Lourenço, 2006, pp. 171 - 173). Se pensarmos *a contrario*, caso não fosse assim, uma pluralidade de casos geradores de danos punitivos ficariam fora do âmbito de aplicação, visto que grande parte dos demandados, dos réus, são sociedades comerciais e estas fugiriam à responsabilidade civil e poderiam manter a racionalidade económica própria, uma comparação entre o que poderão lucrar e o que terão de pagar a título de reparação do dano e como sanção. O que poderia suceder é que o próprio administrador, gerente, ou colaborador romperia quaisquer vínculos com a sociedade comercial para que esta não fosse responsável e geraria também injustiça.

Os danos punitivos são uma forma de punição, mas mesmo assim, devem ser usados de forma justa. Os *punitive damage* e os seus *caps* também existem para reformar o *tort law*, tornando mais difícil para os demandantes a procura de indemnizações exorbitantes por atos ilícitos e tornando o sistema jurídico mais previsível, mas sem descurar a função preventiva e punitiva.

¹⁹⁴ Por atos que o empregador não autorizou nem ratificou, sendo o empregador uma sociedade anónima quem vai arcar com a retribuição dos danos punitivos hão-de ser os acionistas; ou sendo o Estado o empregador, os danos punitivos recairão sobre os contribuintes. Isto gera injustiça, condenar alguém inocente (Patrícia Guimarães, 2001, p. 177).

¹⁹⁵ Cf Patrícia Guimarães (Patrícia Guimarães, 2001, p. 171).

4.1.2. A questão da dupla sanção, quando há censura civil e censura penal sobre o mesmo facto

Como já foi referido anteriormente há uma permeabilidade nas fronteiras entre o direito penal e o direito civil. A responsabilidade civil e a responsabilidade penal apesar de serem distintas não se excluem¹⁹⁶, por vezes, pode existir apenas uma delas, outras vezes, um único facto, pode ser um facto ilícito civil e um facto ilícito penal, gerando ambas responsabilidades¹⁹⁷. É o exemplo de um homicida em que a lei civil obriga-o a reparar os prejuízos que causou aos familiares da vítima e a lei penal aplica-lhe uma pena privativa da liberdade, nessa medida, a responsabilidade civil é conexa com a criminal (Almeida Costa, 2016, p. 522). A atribuição de danos punitivos não tem de ser precedida pela condenação criminal do ato, e também não previne a subsequente condenação criminal. Tradicionalmente distinguia-se a responsabilidade civil da responsabilidade criminal, apesar de ambas serem produto de opções político-legislativas, em que a primeira abarca as condutas ilícitas, que dão lugar à obrigação de indemnizar o lesado pelos danos causados¹⁹⁸ e a segunda abarca as condutas ilícitas merecedoras de aplicação de uma pena. A distinção da responsabilidade civil e responsabilidade criminal, afirmando que a primeira encarava o passado e a segunda olhava para o futuro, ou reparação do dano e pena, não é mais possível (Júlio Gomes, 1989, p. 105). O autor acrescenta ainda que as sanções civis podem revelar-se as mais eficazes e que devemos aproveitar as suas potencialidades¹⁹⁹. O ordenamento não renuncia em qualquer dos seus ramos à afirmação e defesa da sua autoridade servindo-se dos meios mais idóneos para esse mesmo efeito num misto de interesses públicos e privados (Júlio Gomes, 1989, p. 112). Em todas as condutas ilícitas de um agente é possível individualizar um determinado momento sancionatório e o ordenamento jurídico reagir a essa mesma conduta ilícita.

¹⁹⁶ Cf Mota Pinto que explica que ambas as responsabilidades podem coexistir e ser desencadeadas pelo mesmo facto (Mota Pinto, 2005, p. 131).

¹⁹⁷ Art. 7º e 71º e seguintes, do CPP, onde se consagra o princípio da suficiência discricionária da ação penal ou da devolução facultativa e, como seu corolário, o princípio de adesão do pedido de indemnização civil que poderá ser efetuado em ação penal ou separado em ação civil (art. 82º e 377º CPP) (Almeida Costa, 2016, p. 522).

¹⁹⁸ Entende-se que no caso do ilícito civil lesa apenas um interesse particular e no caso do ilícito penal os bens são predominantemente públicos, mas como se sabe não é sempre assim, é o caso dos delitos contra a propriedade (Patrícia Guimarães, 2001, p. 166).

¹⁹⁹ A título exemplificativo, em casos de difamação pela imprensa, em que procuram o lucro através da criação de escândalos ou certas formas de criminalidade económica e concorrência desleal.

O direito penal é um direito de *ultima ratio*²⁰⁰ e vigora sobre os princípios da tipicidade, da necessidade e da subsidiariedade²⁰¹, quer isto dizer que só é ilícito criminal, o que a lei prevê, sendo assim, existem ilícitos que escapam ao direito penal, pela sua própria natureza. Como consta no acórdão do TRC processo n.º 586/05.3TAACB- C1 de 24 de junho de 2009, Isabel Valongo, relator, sumariou que “o Direito Penal só deve intervir quando a tutela conferida pelos outros ramos do ordenamento jurídico não for suficientemente eficaz para acautelar a manutenção desses bens considerados vitais ou fundamentais à existência do próprio Estado e da sociedade”. Desta forma, não há violação do princípio *ne bis in idem*, pois os danos punitivos, não concorrem com o direito penal. Poderão haver condutas, ou omissões, ilícitas que não consubstanciam em ilícitos criminais e que mereçam punição, é aí que se encontram os danos punitivos. Patrícia Guimarães entende que existem figuras que hoje são consideradas ilícitos civis que eram originariamente ilícitos penais e foram sofrendo mutações. Entende ainda que as sanções punitivas coexistentes com as prevalentemente reintegradoras não podem ser consideradas uma anomalia “uma vez que se todas as sanções civis podem ser (em parte) penas, nem todas as penas são sanções penais.” (Patrícia Guimarães, 2001, p. 175). No que refere à dupla sanção, essa resposta surgiu no Estado de Indiana, onde depois da declaração da responsabilidade penal, no seu processo próprio, não há lugar a uma punição no processo civil (*exemplary damages*). Relembra-se que a natureza pública da pena levou os Supremos Tribunais do Colorado, do Indiana²⁰² e do Nebraska a rejeitar a condenação em *punitive damages* (Sousa Antunes, 2011, p. 349). Exclui-se o incumprimento do princípio *ne bis in idem* pois “*punitive damages do not implicate double jeopardy concerns, not because they are intended as punishment at all, but rather because they are intended as punishment for the wrong to the individual victim. To these courts, the damages allowed in a civil case by way of punishment (...) have no necessary relation to the penalty incurred for the wrong done to the public, but rather are imposed as a punishment for the wrong done to the individual*” (Thomas B. Colby *apud* Antunes, 2011, p. 354). O

²⁰⁰ Destinado a punir as violações graves dos valores considerados pela comunidade como fundamentais, ou seja, do mínimo ético jurídico fundamental (Júlio Gomes, 1989, p. 113). Patrícia Guimarães acrescenta que o direito penal apresenta-se como um “direito fragmentário e lacunoso” (Patrícia Guimarães, 2001, p. 167). Surge quando as outras ordens falham na tutela de bens jurídicos, bens axiologicamente relevantes, caracterizadores de uma determinada sociedade e tempo.

²⁰¹ O regime das contraordenações é uma manifestação desse mesmo princípio (Sousa Antunes, 2011, p. 652).

²⁰² O Estado de Indiana estabeleceu que a imposição de danos punitivos só seria permitida quando não tivesse existido a declaração da responsabilidade penal do agente (Paula Lourenço, 2002, p. 1090 nota 218)

desagravo da vítima constitui o objetivo da condenação em *punitive damages*. De acordo com o Supremo Tribunal de Wisconsin em *Brown v. Swineford* de 1878, Thomas B. Colby entendeu que “*judgment for the criminal offense is for the offense against the public; judgment for the tort is for the offense against the private sufferer; (...) though punitive damages go in the right of the public for example, they do not go by way of public punishment, but by way of private damages; for the act as a tort and not as a crime, to the private sufferer and not to the State*” (Sousa Antunes, 2011, p. 353 e 354). Nesse mesmo sentido encontra-se Renée Meurkens. A autora enuncia algumas críticas dos danos punitivos: a sanção ser aplicada sem as garantias que o direito penal estabelece, tais como “*proof beyond reasonable doubt*”, o direito à não autoincriminação e o *double jeopardy principle*, o equivalente ao nosso princípio *ne bis in idem*. Renée Meurkens esclarece que “*the criminal sanction is mainly imposed for the wrong done to society, whereas civil sanction is primarily imposed for the wrong done to the individual plaintiff. The double jeopardy principle cannot prevent the imposition of additional civil sanctions, as this principle protects only against multiple criminal punishments for the same offence that occur in successive proceedings. Because of this general rule, the civil sanction can function as a complement to criminal sanction*”. A autora acrescenta que “*the defendant who is also charged with a crime, is usually protected from self-incrimination by a suspension of the civil procedure. This obliges the plaintiff to wait until the criminal procedure is closed*” (Meurkens, 2019, pp. 5-6). Mas as críticas existem, como a de W. V. H. Rogers que declara “*they confuse the purposes of the civil law and criminal law, import the possibility of punishment into civil litigation without the safeguards of the criminal process and provide an unmerited windfall for the plaintiff*.” (W. V. H. Rogers *apud* Guimarães, Patrícia, 2001, p. 174 nota 31). Nessa medida, entende-se, que os *punitive damages* têm uma natureza híbrida, pois distinguem-se do direito privado “puro”, pois à compensação do dano substitui-se a punição do facto ilícito. E também distinguem-se do direito público “puro”, visto a sanção reprimir o ilícito privado e não o ilícito público (Sousa Antunes, 2011, p. 355). Existe o entendimento que a condenação em danos punitivos, dentro da *common law*, não consubstancia numa dupla sanção, apesar de não ser pacífica esta questão, a doutrina divide-se. Nos EUA tem-se suscitado a constitucionalidade da figura jurídica pelas razões já exploradas e como refere Dias e Markesinis “*the plaintiff’s burden of proof is much lighter in a civil case than it is in a criminal case, so it is in the defendant’s interest to be tried by a criminal court*” (Dias e Markesinis *apud* Júlio Gomes, 1989, p. 110). Apesar de todas as críticas, na verdade, os

danos punitivos continuam a ser aplicados nos tribunais da *common law*, pois a razão da elevada proteção no direito penal é a ameaça da sanção penal e a invasão na privacidade e liberdade do agente, logo, havendo menos violação na privacidade deste, os direitos e garantias serão proporcionais, entenda-se, inferiores. Na esteira desse pensamento, depreende-se que as sanções civis, que inclui os danos punitivos, são consideradas geralmente como menos severas e menos estigmatizantes do que as sanções penais (Meurkens, 2019, p. 16).

4.1.3. O enriquecimento do lesado

Uma das muitas críticas que os danos punitivos têm, é efetivamente o enriquecimento do lesado, *windfall*, pois traduz-se num enriquecimento “que o lesado obtém, o qual converteria o sistema de justiça numa espécie de roleta ou lotaria, ao que acresce o caráter indeterminado, à párida dos *punitive damages*”²⁰³ (Patrícia Guimarães, 2001, p. 175). Eric kades define *windfalls* como “*economic gains independent of work, planning, or other productive activities that society wishes to reward*” (Kades, 1999, p. 1491). Foi devido a este pensamento que alguns estados norte-americanos estabeleceram alguns limites. Também se critica que, devido a este enriquecimento, em que os danos punitivos podem atingir valores astronômicos, pode gerar alguma negligência por parte do lesado, que poderão preferir deixar acontecer, a evitar o dano. O lesado tem uma posição privilegiada nas negociações e o lesante muitas vezes cede aos valores que o lesado pretende, para evitar os danos punitivos devido à indeterminação do seu *quantum*. Apesar dessas críticas, a verdade é que houve um dano e devido ao duplo escopo da responsabilidade civil preventivo-punitivo, para além da função reparatória ou compensatória, a conduta do agente, violadora de direitos de outrem não pode ficar sem sanção, a ordem jurídica perderia toda a razão de ser. A razão da atribuição dessa quantia advém de juízos de censurabilidade à conduta do lesante, ou nos casos em que não há culpa, será por questões de prevenção especial e geral. Nesse sentido o enriquecimento do lesado será apenas uma eventualidade. Paula Lourenço defende a atribuição ao lesado de um montante punitivo constituído pelo lucro do lesante, pois será a única forma de prevenir e punir a repetição da conduta. Entende-se que o montante atribuído

²⁰³ Os *punitive damages* são atribuídos ao lesado e são acrescentados à indemnização dos danos que o lesado realmente teve ou irá ter, devido aos danos futuros previsíveis.

a título de danos punitivos seja atribuído ao lesado, pois a pena privada é uma medida sancionatória e representa toda a reação social à conduta do agente, mas regulamentada, cuja gênese emana da própria autonomia privada (Paula Lourenço, 2002, p. 1089). “O lesado não renuncia ao seu espaço de autodecisão em favor do Estado” (Paula Lourenço, 2006, p. 193). James B. Sales e Kenneth B. Cole esclarecem que *citizens are more likely to institute suits to protect their rights and enforce the civil law if punitive damages provide an economic incentive to litigate*” (B. Sales e Kenneth B. Cole *apud* Lourenço, 2006, p. 193 nota 550). Outra razão é que há sempre um interesse público na realização dos interesses privados, porque o Estado tem interesse que as relações entre particulares se realizem licitamente. Não obstante, em 1987, a *American Bar Association*²⁰⁴ propôs que o montante atribuído a título de *punitive damages* fosse dividido entre o lesado e o restante ser direcionado a “*public purposes*”, denomina-se de *split-recovery*, que “*denotes the practice of allocating a portion of a punitive damage award to someone other than the plaintiff*” (Stevens, 1994, p. 859 nota 14). O lesado receberia uma quantia destinada ao pagamento das custas do processo e dos honorários do seu advogado e o remanescente ficaria para o Estado ou para instituições públicas, como é o caso de Illinois em que o tribunal decide a percentagem que vai para o advogado do lesado, o próprio lesado e para o *Departement of Rehabilitation Services*. Na Florida, é atribuído ao *Public Medical Assistance Trust Fund* “*in personal injury and wrongful death cases*”²⁰⁵ em que, nesses casos, o Fundo Público recebe 60% do valor dos danos punitivos, nos restantes casos, 60% do valor vai para o “*state general fund*”, ficando o lesado com os 40% (kirgis, 1993, p. 874). É possível evitar o enriquecimento do lesado através da repartição do lucro em partes iguais pelo lesado e por um terceiro, uma entidade pública, o Estado v.g. um Fundo de Garantia, que assegurasse o pagamento a outros lesados, se em processo judicial, se verificar que o lesante não é titular de direitos ou proprietário de bens penhoráveis ou até mesmo não ter capacidade financeira. A função punitiva da responsabilidade civil conseguiria financiar o Fundo de Garantia, que suportariam a função reparatória, da responsabilidade civil, isto é, nas palavras de Paula Lourenço “a socialização do lucro aliava-se à socialização do dano” (Lourenço, 2006, p. 406). Como conclui Clay R. Stevens o “*split-recovery diminishes windfall recoveries, promotes judicial use of collected*

²⁰⁴ É uma associação de advogados e estudantes de direito dos EUA.

²⁰⁵ *Personal injuries include every variety of injury to a person's body, emotions, or reputation, as contradistinguished from injury to property rights.* Definição disponível em: https://www.law.cornell.edu/wex/personal_injury (consultado a 23-05-2024).

funds, and discourages unnecessary litigation. Additionally,” (...) “split-recovery does not substantially interfere with the three legitimate functions of punitive damages: punishments, deterrence, and incentive to sue” (Stevens, 1994, p. 908). Essa divisão da indemnização entre o Estado e o lesado faz sentido, quando a indemnização reporta a valores muito elevados e sendo os danos "*quasi-criminal*" são por natureza "*quasi-public*;" por esse motivo aceita-se esse facto. Todavia, não nos esqueçamos que o intuito dos danos punitivos deverá ser a realização da justiça entre as partes em direito privado, nesse sentido, o lesado terá de ser inteiramente, completamente compensado tanto a nível de danos como retribuição, antes de ser atribuído qualquer valor ao Estado. Se o valor da indemnização for relativamente modesta, o valor deverá ser entregue totalmente ao lesado (Owen, 1994, pp. 410 - 411).

4.2. Função punitiva *v* punitive damages

Os danos punitivos têm uma função punitiva e preventiva, com um escopo retributivo do comportamento do lesante, a função punitiva da responsabilidade civil tem um carácter sancionatório. O tribunal ao condenar o lesante ao pagamento de danos punitivos está a colocar a função punitiva em evidência, em primeiro plano e não como acessória ou secundária. Como foi sendo apontado, alguma doutrina denota alguma pena privada dentro da responsabilidade civil, manifestações que são exceções ao regime jurídico. Entende-se que os danos punitivos consubstanciam numa manifestação da pena privada, tendo características que o nosso ordenamento jurídico atribui ao direito penal, fronteira essa que se encontra atualmente inultrapassável. Esta é a principal distinção que deve ser estabelecida.

Júlio Gomes refere que na responsabilidade civil há uma finalidade “preventivo-punitiva, uma vez que prevenção e punição são duas faces de uma mesma medalha” (termo usado por Hans Stoll) “expressões de um único princípio”, em que a função punitiva sanciona o infrator e a função preventiva, impede a repetição desses comportamentos (prevenção geral e especial). Todavia, há quem entenda que só se pode falar em função punitiva quando o quantum indemnizatório é superior ao dano, para controlo de condutas ilícitas (Hans Stoll apud Júlio Gomes, 1989, p. 106 e nota 2). Apesar de tal ser verdade, estes conceitos não são sinónimos, mas também não são antónimos. São distintos, nomeadamente, na consideração do dano e do *quantum*. Na função punitiva da responsabilidade civil os critérios para a atribuição do *quantum* indemnizatório são o grau de culpabilidade do lesante, a situação económica do lesante e do lesado e as demais circunstâncias do caso, todavia está

limitado ao dano²⁰⁶ e esse dano é a razão da existência da função punitiva. Nos danos punitivos, estes podem exceder o dano e podem até mesmo ser atribuídos independentemente da existência de dano. Conforme enunciado no ponto anterior, nos danos punitivos “o dano do lesado é uma condição, e não a razão, da condenação em *punitive damages*” (Sousa Antunes, 2011, p. 16). Os danos punitivos advêm da responsabilidade civil cuja função principal é a punitiva ao lado da reparatória, já a função punitiva, como a do ordenamento jurídico português, e no direito romano-germânico, a função punitiva, assim como a preventiva, são acessórias à função de reparação, sendo esta a função primordial, assim como a indemnização é subsidiária em referência à reconstituição *in natura*. Não podemos fazer da exceção, a regra.

Miranda Barbosa entende que à questão da admissibilidade de danos punitivos no nosso ordenamento jurídico, mesmo que se reconheça uma finalidade punitiva à responsabilidade civil, “a resposta é perentoriamente negativa”. A autora relembra que os *punitive damages* estão presentes em ordenamentos jurídicos que não reconhecem a possibilidade de ressarcimento dos danos morais, como forma de suprir esse obstáculo, cumprindo assim um escopo reparador (Miranda Barbosa, 2017, pp. 62 - 63). Nesse mesmo sentido, encontramos Júlio Gomes que esclarece que “a atribuição de uma quantia mais elevada a título de indemnização” (...) “é ainda susceptível de ser explicada pela necessidade de reparar integralmente o dano causado” (Júlio Gomes, 1989, p. 108). Como relembra Miranda Barbosa, uma situação especialmente grave no caso dos danos punitivos é a submissão do agente a um montante punitivo sem a prévia tipificação do mesmo (Miranda Barbosa, 2017, p. 57). No ordenamento jurídico português não se encontra positivado a imposição de danos punitivos, mas existe, como já foi demonstrado neste trabalho, em que a maioria da doutrina aceita que há manifestações da função punitiva da responsabilidade civil, assim como o montante punitivo, um múltiplo de indemnização; a compensação punitiva, como é exemplo os danos não patrimoniais; a indemnização-punição, em que o lesado tem direito à reparação do dano se o agente tiver agido com culpa; sem esquecer a punição civil como é exemplo a sanção pecuniária compulsória e a cláusula penal.

²⁰⁶ Conforme já densificado a montante, algumas exceções, como é exemplo os danos não patrimoniais, a que o legislador considerou atribuir um tratamento especial, de modo a possibilitar o apaziguamento do lesado, assim como os montantes punitivos.

Renée Meurkens explica algumas diferenças entre *civil law systems* e *common law systems*²⁰⁷, que norteia os danos punitivos nos países da *common law* e a ausência dos mesmos nos países da *civil law*. A autora aduz que o sistema da *common law* funciona bem devido ao papel reservado a outros mecanismos compensatórios e reguladores “*such as public enforcement, social security and private insurance*. Desempenha funções que noutros sistemas jurídicos modernos, no caso o da *civil law*, são desempenhadas por instituições estaduais. “*This explains why public policy is mostly privately enforced in the US. Civil litigation plays an importante role in American policy-making, and the punitive damages sanction fits well into that. The law enforcement function is considered a valuable aspect of the sanction which allegelly gives an incentive to private litigants to star civil lawsuits as private attorneys general. The sanction thereby relieves the pressures on the criminal justice system and forms a useful complement to public enforcement mechanisms*” (Meurkens, 2019, pp. 3-4). A *common law* é distinta da *civil law*, a barreira entre o direito civil e o direito penal é mais evidente e menos permeável na *civil law*. Como declara Gotanda os países da *civil law* geralmente limitam as indemnizações, no intuito de reparar ou de compensar o dano, de colocar o lesado na situação anterior ao dano, sem o intuito de punir, pois essa condição está adstrita ao direito penal. Ele acrescenta que “*the prohibition on punitive damages in private actions reflects the strict separation of damages in civil law and punishment in criminal law*” (Gotanda, 2007, p. 334). Nesse sentido, se consideramos que os danos punitivos consubstanciam uma sanção de índole penal não poderemos admitir essa figura no nosso ordenamento jurídico. Por mais atraente que sejam os danos punitivos, não nos podemos deslumbrar cegamente por eles. Poder-se-ia adotar essa figura no nosso ordenamento jurídico, visto existirem manifestações de pena privada no nosso ordenamento jurídico. Nessa medida, teriam de sofrer alterações mais significativas que aquelas que já sofreram e, se assim fosse, teríamos de questionar se eles conseguiriam sobreviver a tais alterações.

4.3. Rookes v. Barnard

Este caso, que remonta ao século XX, em 1964, no Reino Unido, cujo relator foi Lorde Devlin, foi um passo importante, no sentido de ter delimitado a fronteira entre

²⁰⁷ Como elucida Pinto Monteiro, o *common law* é um sistema que se desenvolveu em Inglaterra a partir do século XII, assente no “direito comum”, oposto aos costumes locais, de cada região. O direito é de índole jurisprudencial e judiciário (*judge-made-law*), baseado na regra do precedente, *precedent rule*. Ao lado do direito comum há o *statute law*, ou seja, o direito de formação legislativa que ganha cada vez mais importância (Pinto Monteiro, 1990, p. 123 nota 275).

compensatory damages ou *aggravated damages*²⁰⁸ e os *punitive damages* ou *exemplary damages*, Estipulou-se também, relativamente a estes últimos, determinados limites de aplicabilidade, designadamente, em três situações: aos casos de exercício arbitrário de poder²⁰⁹; em situações em que o lesante com a sua conduta espera obter com o facto ilícito, um lucro superior ao dano que eventualmente terá de reparar²¹⁰ (Júlio Gomes, 1989, p. 109); e casos previstos expressamente na lei, v.g. quando está em causa direitos de personalidade (Paula Lourenço, 2008, p. 2) “*to these two categories...must be... added any category in which exemplary damages are expressly authorised by statute*” (Paula Lourenço, 2006, p. 168).

De forma abreviada este caso tratou-se de um trabalhador da *British Airways* que fora despedido após ter retirado a sua inscrição de membro do sindicato, apenas porque o sindicato tinha ameaçado a empresa empregadora com a realização de uma greve, caso esta não despedisse o referido trabalhador. Este intentou uma ação contra o sindicato por terem utilizado meios ilegais para induzir a *British Airways* ao seu despedimento. Para além de ter estabelecido a diferença entre *punitive damages* (cuja função seria prevenir condutas graves e punir o agente, por isso as quantias impostas não tinham nenhuma relação com o prejuízo sofrido pelo lesado) e *aggravated damages*, que resultariam do impacto da conduta do lesante na dignidade do lesado e serviriam para o compensar (Paula Lourenço, 2008, p. 2 e 3) e (Paula Lourenço, 2006, p. 167 e 168).

4.4. Cassel & Co v. Broome

É relativo aos direitos de personalidade, nomeadamente ofensa ao bom nome e foi em 1972, também no Reino Unido. O autor de um livro, sobre um desastre ocorrido num navio que se dirigia para a Rússia, sob o comando de um antigo comandante da Marinha, dava a entender que este último era responsável pelo mesmo. Antes da publicação, o comandante da Marinha, o lesado, disse à editora que tal descrição ofendia o seu bom nome,

²⁰⁸ *Aggravated damages* distinguem-se dos *punitive damages* por prosseguirem uma finalidade reparadora (Miranda Barbosa, 2017, p. 64)

²⁰⁹ “*Oppressive, arbitrary, or unconstitutional action by the servants of the Government*” (Dias e Markesinis *apud* Júlio Gomes, 1989, p. 109).

²¹⁰ Nas palavras de Lorde Devlin citado por Júlio Gomes “*it is necessary for the law to show that it cannot be broken with impunity...it is necessary to teach a wrongdoer that tort does not pay...*” (Júlio Gomes, 1989, p. 109). “*The second category are those in which the defendant’s conduct has been calculated by him to make a profit for himself which may well exceed the compensation payable to the plaintiff*” (Paula Lourenço, 2006, p. 168).

mas a editora, não relevou e publicou o livro, mas com uma pequena alteração, todavia ainda se revelava ofensivo. O tribunal atribuiu 25000 libras a título de *punitive damages*, justamente pela segunda categoria estipulada pelo caso *Rookes v. Barnard*, apesar do livro não ter tido o sucesso esperado. O objetivo da editora era obter lucro pela publicação, independentemente dos direitos de personalidade do lesado. Neste caso, os *punitive damages* foram atribuídos não pelo lucro que correspondeu na realidade, mas pelo lucro expectável, porquanto a editora atuou baseada nessa expectativa, em detrimento dos direitos do lesado. Esta decisão, para além de punir o lesante, também previne condutas análogas, nomeadamente, impede que o lesante baseie as suas condutas unicamente por uma racionalidade económica (Paula Lourenço, 2006, p. 168 e 169).

4.5. Genay v. Norris e Coryell v. Colbaugh

Ainda no século XVIII, os *punitive damages* foram exportados para os EUA, surgindo o primeiro caso em 1784, *Genay v. Norris*, no qual um médico havia colocado uma droga no copo do seu doente, causando-lhe enormes dores. Os tribunais deram uma imensa importância à conduta do agente, à malícia, à opressão e à crueldade, que este caso evidenciou (Paula Lourenço, 2006, p. 169 e 170). O lesado e o agente decidiram dirimir um conflito através de um duelo e pouco tempo antes do duelo o agente, que era um médico, propôs um brinde de reconciliação, porém, apesar da sua aparente boa vontade, ele colocou veneno no vinho. O tribunal decidiu atribuir uma indemnização ao lesado denominada de “*very exemplary damages*” contra o médico e agente por ter causado de forma intencional, ao lesado, “*extreme and excruciating pain*”. A razão, para além do que já foi aclarado, foi a condição do agente, na medida em que ele era um médico e, por essa razão, aquele ato ainda é mais censurável. O tribunal instruiu o júri “*a very serious injury to the plaintiff*” (...) “*entitled him to very exemplar damages, especially from a professional character, who could not plead ignorance of the operation, and powerful effects of this medicine*”. A partir deste caso os EUA servem-se dos danos punitivos para proteger “*the weak and powerless from the aggression of the powerful – either economic, intelectual, or social – by allowing courts to exact from them greater monetary punishment for intentional wrongdoing* (Reddington, 2016, p. 211).

O caso *Coryell v. Colbaugh*, em 1791, o agente, o nubente, quebrou a promessa de casamento e engravidou a nubente. Esta conduta foi considerada um insulto tal e uma ofensa tão grave à honra da lesada e do nascituro, estigmatizando-a para sempre a sua posição na sociedade e ao seu filho que seria considerado ilegítimo, que à data teria efeitos,

nomeadamente legais e sociais, extremamente nefastos. Foram atribuídos *punitive damages* também com o duplo escopo, para punir e prevenir (para que outros membros da sociedade não adotassem tal comportamento) (Paula Lourenço, 2006, p. 169 e 170) e (Paula Lourenço, 2008, p. 3).

4.6. Burk Royalty Co v. Walls

No final do século XIX alargou-se o âmbito de aplicação dos *punitive damages*, visto ser inicialmente apenas em condutas dolosas e a partir deste caso, o Supremo Tribunal de Texas, considerou aplicar esta figura a casos de negligência grosseira, *gross negligence*. Para isso o lesado apenas teria de provar que os danos foram resultantes da conduta do agente e não relevava que o agente tivesse intenção daquele resultado. Este caso distinguiu a *ordinary negligence* de *gross negligence* e o Supremo Tribunal do Texas esclareceu, na fundamentação, que os *punitive damages* poderão ser devidos porque há um desvalor na conduta do agente, por ação ou omissão, reveladora da indiferença consciente em relação aos direitos, bem-estar e segurança do lesado (Paula Lourenço, 2006, p. 170 nota 483). O direito anglo-saxónico é um direito em que existe o precedente e, nessa medida, aplicou-se a outros casos, nomeadamente no que concerne a acidentes de trabalho, acidentes de viação²¹¹ e em casos de negligência médica (*medical malpractice*) (Paula Lourenço, 2006, p. 170).

4.7. Grimshaw v. Ford Motor Co

Este caso de 1981 nos EUA, também conhecido como *Pinto Case*, ou *Exploding Pinto*, é considerado um paradigma em casos da atribuição de *punitive damages* à responsabilidade civil do produtor. Refere-se ao fabrico de um carro pela empresa Ford, em que o carro era na forma de um pintainho, mas que explodiu imediatamente após colidir com um obstáculo, provocando a morte do proprietário e ferimentos graves nos passageiros (Paula Lourenço, 2008, p. 4) e (Paula Lourenço, 2006, p. 176). Perícias evidenciaram que a explosão se deveu à violação das regras de segurança de fabrico de automóvel. O tanque de gasolina do Pinto era feito de um material extremamente delicado e estava numa posição no veículo que violava essas mesmas regras de segurança. Apurou-se também que esse facto

²¹¹ A negligência grosseira pela vida ou segurança dos passageiros ou de terceiros aferida pelas circunstâncias em concreto de cada caso, v.g. excesso de velocidade, circulação sem luzes, e manobras perigosas (Paula Lourenço, 2006, p. 170 nota 484).

era do conhecimento da Ford, tendo esta, na verdade, encomendado um estudo sobre este mesmo problema para também apurar qual o montante necessário para resolver o problema e imagine-se que o valor para proceder às alterações necessárias era de apenas 4 dólares por carro. Uma das soluções era alterar o design original do veículo, o qual a Ford não quis alterar, pois era único e isso era um fator distintivo em relação à sua concorrência e esperavam obter um grande número de vendas, o que se traduziria num lucro muito desejável. O dono da Ford disse em tribunal que preferia pagar as eventuais indemnizações pelos danos causados, do que alterar o design do veículo, ou proceder às alterações, porque os lucros seriam sempre superiores a qualquer indemnização²¹². Este caso foi a tribunal de júri e, para este, foi notório e chocante o raciocínio puramente económico que a Ford teve, a busca pelo lucro em detrimento da segurança e os direitos das pessoas, *maxime* a vida. Nessa medida, o Tribunal da Califórnia condenou a Ford a pagar aos lesados o valor de 4,5 milhões de dólares a título de *compensatory damages* e 125 milhões de dólares a título de *punitive damages*. Este caso permitiu a atribuição de danos punitivos na responsabilidade civil do produtor, sempre que este se recuse a eliminar defeitos conhecidos ou cognoscíveis, mesmo que o produto já esteja em circulação (Paula Lourenço, 2008, pp. 4-6). Entendimento que foi de encontro com um estudo de Owen de 1976, onde o autor esclarece que “*if a manufacturer consciously withholds information of a substantial hazard from consumers to protect its general reputation and its marketing of the product, a punitive damages assessment would appear necessary both to punish the defendant and to make it clear that such behaviour will be neither tolerated by society nor profitable for the manufacturer*” (Owen, 1976, p. 1352).

Ponzanelli tipificou os casos de responsabilidade civil do produtor em que se admitia *punitive damages*, a saber: condutas comerciais fraudulentas; violação de normas legais relativas à segurança dos produtos; inadequada verificação ou controlo de qualidade do produto; desrespeito pelo dever de aviso acerca dos perigos da utilização do produto; incumprimento da obrigação de eliminar os defeitos conhecidos ou cognoscíveis, mesmo depois do produto estar em circulação (Ponzanelli *apud* Paula Lourenço, 2006, pp. 174-175). A atribuição de um montante a título de *punitive damages* ao produtor potencia a tutela dos direitos do consumidor e incentiva o aumento do nível de segurança dos produtos presentes

²¹² A responsabilidade do produtor nos EUA é aferida objetivamente, denominada de *products strict liability*, decorre do facto de se colocar no mercado um produto.

no mercado (o objetivo é a internalização dos custos e dessa forma é possível). O que pode perturbar a função preventivo-punitiva, neste caso, é a admissibilidade de contratos de seguro que prevejam a cobertura dos *punitive damages*.

4.8. Midler v. Ford Motor Co – *contractual bypass*

Contractual bypass significa curto-circuito do contrato e é utilizado na jurisprudência e doutrina americanas quando o agente, voluntariamente, prefere sujeitar-se às regras da responsabilidade aquiliana do que à celebração de negócios jurídicos, preferindo apropriar-se do bem que pertence a outrem. Isto porque o lucro esperado com a conduta ilícita e culposa será sempre superior ao pagamento da indemnização e às despesas relativas à negociação do contrato. Neste caso, a cantora Bette Midler recusou participar num anúncio publicitário televisivo da Ford, para a viatura Mercure Sable, não aceitando celebrar qualquer contrato. A Ford não alterou a campanha e apenas substituiu-a por uma cantora que atuava com a Bette Midler, para que ela imitasse a voz da Bette Midler e usaram a música da mesma cantora, “*Do you wanna dance*”. A maioria do público ficou convencido de que Bette Midler tinha participado nesse anúncio. O tribunal considerou que houve um curto-circuito do contrato e entendeu que a Ford comportou-se como um verdadeiro ladrão, que decidiu “*if we can’t buy it we’ll take it*” e por essa razão foi atribuído à Ford *punitive damages* que acrescentou à indemnização compensatória. Amelia J. Toy esclareceu que a voz de Bette Midler é um bem infungível, e não se consegue estabelecer um valor de mercado. Considerou-se que houve um *contractual bypass* e esta figura é esclarecedora que a função meramente ressarcitória da responsabilidade civil não é suficiente para demover o agente a escolher o caminho culposos da ilicitude ao invés do consenso negocial (Paula Lourenço, 2006, pp. 179-181) e (Paula Lourenço, 2008, p. 6 e 7). Paolo Gallo defende que na violação do direito à imagem, ao provocar-se um curto-circuito do contrato, o agente económico devia ser obrigado a restituir o lucro integral obtido, pelo menos quando atuou de má-fé ou com culpa grave (Paolo Gallo *apud* Paula Lourenço, 2006, p. 135).

5. Os danos punitivos poderão ser objeto de seguro?

Tem-se entendido que os *punitive damages* não devem ser objeto de seguro, que estes não devem ser pagos pela seguradora, pois frustra-se a finalidade punitiva e preventiva dos mesmos. A exceção é se os danos punitivos forem atribuídos para pagar os custos do processo, nesse caso a cobertura é possível. Outra questão é saber quando o pedido visa cobrir danos punitivos por responsabilidade delegada no segurado. Apesar da doutrina não

ser unânime, entende-se que, nessas situações, o seguro poderá ser totalmente eficaz contra qualquer responsabilidade delegada, todavia, se o delito tiver sido do delegado já não será assim (Patrícia Guimarães, 2001, p. 177). Júlio Gomes aduz que parte da doutrina e jurisprudência norte-americanas admitem a validade do contrato de seguro que cobre os *punitive damages* (Júlio Gomes, 1989, p. 116). Ponzanelli, entende que não deverá ser admissível que os contratos de seguro consubstanciem cobertura dos danos punitivos, todavia, levanta dúvidas quando o agente é uma pessoa coletiva, quando estamos perante uma responsabilidade civil objetiva do comitente (*vicarious liability*) pois a empresa assume a responsabilidade de pessoas físicas que tomaram decisões erradas acerca da segurança dos produtos (Ponzanelli apud Paula Lourenço, 2006, p. 178 e 179). Paula Lourenço entende que os contratos de seguro poderão não retirar toda a eficácia punitiva aos *punitive damages* pois o agente terá de suportar o pagamento deles, sempre que estes excedam o montante máximo de cobertura do contrato de seguro e terá sempre de suportar o aumento do prémio. Sabendo que também as razões explanadas não corporizam numa conclusão de que o efeito dissuasor da figura se manteria (Paula Lourenço, 2006, p. 178 nota 503). Renée Meurkens esclarece que essa questão não é pacífica nos EUA, depende “*upon the importance attached to public policy considerations, the type of the defendant (direct or vicarious), and the type of tort (intentional or accidental)*”. Em 2008 a maioria dos Estados permitiam o seguro de alguma forma de danos punitivos, em questão de *vicarious liability* só dois estados é que não permitiam, já a *direct liability* era proibida em vinte estados, pois os efeitos dos danos punitivos seriam absorvidos pela seguradora (Meurkens, 2019, pp. 11-12).

Outra questão que se poderá colocar é que, mesmo que seja permitido, terá de haver interesse pelas seguradoras para fazerem esse tipo de seguro e o prémio certamente teria de ser elevadíssimo, dado que as seguradoras têm como finalidade a prossecução do lucro, estipulando também um montante máximo de cobertura e o restante montante ficaria sempre a cargo do lesante ou do segurado, como já referimos. Sabendo também que as seguradoras podem sempre excluir a cobertura de danos punitivos, quando existe premeditação e intencionalidade no ato ilícito. A responsabilidade civil abarca cada vez mais situações que foram surgindo paralelamente na sociedade, seja devido a novas profissões, que comportam um risco, seja devido às novas energias, *maxime* a nuclear e a elétrica, seja a poluição industrial, as atividades espaciais, a título exemplificativo. O contrato de seguro (obrigatório) mais comum é o seguro de automóvel em que é efetuado entre o segurado e a companhia de seguros em que o primeiro transfere o risco para a segunda. A pedra de toque

é aferir se existe a socialização do dano que, ao verificar-se, frustra-se ou enfraquece a própria finalidade da função preventivo-punitiva dos próprios danos punitivos. Mesmo que o agente suporte o valor que excede o máximo da apólice, a título de danos punitivos e o aumento do prémio expectável, poderá não garantir as suas finalidades e eficácia.

Mesmo a figura não sendo reconhecida no nosso ordenamento jurídico, quase todas as cláusulas aludidas aos danos punitivos nos seguros nacionais estão excluídas, a título meramente exemplificativo, uma das exclusões da apólice de seguro é da Fidelidade em que estão excluídas indemnizações atribuídas a título de danos punitivos (*punitive damages*), danos de vingança (*vindictive damages*), danos exemplares (*exemplary damages*) ou de quaisquer outros tipos de danos que não sejam indemnizáveis ao abrigo da ordem jurídica portuguesa”²¹³.

²¹³ https://www.fidelidade.pt/PT/empresas/ofertaempresas/Responsabilidades/Responsabilidade-Civil/Documents/CG_RCExploracaoHotelaria.pdf consultado a 03-03-2024 e https://www.cgd.pt/Empresas/Seguros/Documents/Seguro-RC-Exploracao-Estabelecimento_Informacoes-Pre-Contratuais.pdf consultado a 03-03-2024.

Conclusão

Como foi possível verificar-se pela exposição deste trabalho, a função punitiva da responsabilidade civil, está presente no ordenamento pátrio. Não só é necessária como é desejável para uma efetiva tutela da pessoa humana e há que aproveitar a eficácia da mesma. Na doutrina ainda existe alguma resistência em afirmar a sua presença, contudo, na questão da compensação dos danos não patrimoniais há o entendimento que a função punitiva da responsabilidade está presente, devido à necessidade do apaziguamento do lesado. Para além da culpa como critério para atribuição do montante indemnizatório, a culpa do lesado, a irrelevância da causa virtual, os danos presumidos, a mora do devedor, a cláusula penal, o sinal, a sanção compulsória e as punições civis, quando a lei fixa um montante de indemnização ou afasta os pressupostos da fixação do *quantum* indemnizatório, consubstanciam também manifestações da função punitiva da responsabilidade civil. No contrato de seguro encontramos a punição civil e no contrato de agência verificamos que poderá haver uma compensação punitiva na “indemnização de clientela” que pode acrescer a outras indemnizações. No direito do trabalho demonstrou-se que o empregador não tem de reparar os danos decorrentes do acidente se for dolosamente provocado pelo trabalhador, nos termos do n.º 1 al. a) e al. b) do art. 14º da Lei n.º 98/2009 de 4 de setembro. Ainda no direito do trabalho, no despedimento por justa causa, havendo culpa do trabalhador, esta forma de resolução prossegue uma função punitiva. O n.º 1 do art. 246º CT em que o trabalhador tem direito a compensação no valor do triplo da retribuição correspondente ao período em falta aquando da violação culposa do direito a férias por parte do empregador, este *quantum* traduz-se num montante punitivo. Na denúncia do trabalhador sem aviso prévio ao empregador, nasce na esfera jurídica deste um direito indemnizatório de igual valor à retribuição base e diuturnidades, do valor auferido pelo trabalhador, traduzindo-se também num montante punitivo, que poderá acrescer a outras indemnizações. No contrato de serviço doméstico, presente no DL 235/92, de 24 de outubro, está presente outro montante punitivo, no caso de se provar que o despedimento não foi com justa causa e não havendo reintegração do trabalhador, este tem direito a uma indemnização correspondente à retribuição de um mês por cada ano completo de serviço, mas se se provar que houve dolo do empregador, o valor da indemnização é agravada até ao dobro. No direito de autor também encontra-se a função punitiva da responsabilidade civil no art. 86º e no art. 211º ambos do CDADC e na Diretiva 2004/48/CE em que permite-se uma indemnização superior ao dano.

Como a realidade influencia o direito, e este diverge de latitude e longitude, do tempo e da sociedade em que se insere, aferindo outros ordenamentos jurídicos, é possível conhecer novas figuras jurídicas. Os danos punitivos são uma figura incontornável da *common law*, seja pelas polémicas que os rodeia, seja pela sua eficácia e, como diz a sabedoria popular, “não há bela sem senão”. Pela sua natureza híbrida, os *punitive damages* têm uma imprevisibilidade que os caracteriza e que os dota de uma extrema eficácia na tutela da pessoa humana, impedindo o lesante de ter um raciocínio puramente económico, no sentido de ajuizar se a ilicitude compensa, o custo/benefício do seu comportamento. Foi possível verificar que existe uma determinada imprevisibilidade, todavia, está limitada e tem critérios. Foi possível verificar ainda que os danos punitivos são independentes do dano, pois a sua razão de ser versa sobre o grau de censurabilidade atribuída ao comportamento do agente enquanto sanção civil. Já na função punitiva o dano continua a ser o requisito para a sua aplicação, apesar das exceções que foram enumeradas, visto ser apenas uma função acessória e não uma função principal da responsabilidade civil. O dano ainda é a chama que faz despertar a responsabilidade civil.

Apesar da evolução positiva, ainda temos um considerável caminho a percorrer no sentido da efetiva tutela da pessoa humana, atribuir um montante em dinheiro ao lesado a título de danos não patrimoniais significa que levantou-se o “véu reparatório”²¹⁴. A responsabilidade civil pode ser um instrumento para essa mesma tutela, desde que assuma o seu duplo escopo, a função preventivo-punitiva, para além da função primordial, a reparatória. Importa também reforçar as indemnizações por danos não patrimoniais que são os danos de maior dificuldade de determinação. A jurisprudência, assim como a doutrina, admitem a função compensatória ou reparatória, a função punitiva e a função preventiva, mas enquanto os valores dessa compensação punitiva forem diminutos e for possível ao lesante efetuar o raciocínio económico para aferir se a ilicitude “compensa” jamais será possível uma efetiva tutela da pessoa humana. Na esteira do pensamento de Paula Lourenço, se é possível diminuir a compensação pelo grau de culpa do agente, quando há apenas negligência, também deveria ser possível aumentar esse mesmo montante em caso de um elevado grau de culpa do agente. O juízo de censurabilidade deverá acompanhar o montante

²¹⁴ Expressão usada por Paula Lourenço (Paula Lourenço, 2006, p. 384).

da compensação punitiva. A ordem jurídica em toda a sua extensão, não pode fazer transparecer que a ilicitude compensa e que os direitos, não estão tutelados plenamente.

A responsabilidade civil é o alicerce da tutela civil e é um instituto que pode e deve evoluir, no sentido de uma maior garantia e nessa medida é imprescindível para a restituição da confiança da pessoa, como cidadão, dotado de liberdade e responsabilidade, no direito e na lei.

Bibliografia

- ALMEIDA, Alberto Ribeiro de (2013). A proteção dos direitos de propriedade em especial a acção de responsabilidade civil por violação de direitos de propriedade intelectual. *Direito e Informação que responsabilidade(s)?*, pp. 75-103.
- ALMEIDA, Alberto Ribeiro de (2014). Responsabilidade civil pela violação de direitos subjetivos de propriedade intelectual - as influências anglo-saxónicas. *Revista de direito intelectual*(2), pp. 165 - 187.
- ANTUNES, Henrique Sousa (2011). *Da Inclusão do lucro ilícito e de efeitos punitivos entre as consequências da responsabilidade civil extracontratual: a sua legitimação pelo dano* (1ª ed.). Coimbra Editora.
- ANTUNES, Henrique Sousa (2018). Das Funções Reconstitutiva e Punitiva da Responsabilidade Civil Extracontratual [Em linha]. Em Centro de Estudos Judiciários, *Novos Olhares sobre a Responsabilidade Civil* (atualizada setembro de 2019 ed., pp. 169-182). Lisboa: Centro de Estudos Judiciários. Obtido em 20 de junho de 2024, de Centro de Estudos Judiciários: <https://cej.justica.gov.pt/LinkClick.aspx?fileticket=HW198NqmZeY%3d&portalid=30>.
- ANTUNES, Henrique Sousa (2019). Das funções reconstitutiva e punitiva da responsabilidade civil: propostas de reforma do Código Civil português [Em linha]. *Revista de Direito Civil IV*(2), pp. 213 - 252. Obtido em 2024 de março de 20, de <https://www.revistadedireitocivil.pt/Archive/Docs/f486529416776.pdf>.
- ANTUNES, José Engrácia (2019). *Direito dos Contratos Comerciais*. Almedina.
- ASCENSÃO, José de Oliveira (1992). *Direito de Autor e Direitos Conexos*. Coimbra: Coimbra Editora.
- BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda (2017). *Lições de responsabilidade civil* (1ª ed.). Cascais: Princípia.
- BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda (2023). Danos Não Patrimoniais: Apontamentos [Em linha]. *Revista de Direito da Responsabilidade, Ano 5*. Obtido em 25 de maio de 2024, de <https://revistadireitoresponsabilidade.pt/2023/danos-nao-patrimoniais-apontamentos-mafalda-miranda-barbosa/>.
- BUCHANAN, Barbara Eckert (1993). Santa Clara Law Review [Em linha]. *New Limits, New Licenses: The Impact of Adams v. Murakami on the California Punitive*

- Damages System*, 33(3), pp. 735 - 763. Obtido em 3 de fevereiro de 2024, de <https://digitalcommons.law.scu.edu/lawreview/vol33/iss3/6/>.
- COELHO, Francisco Pereira (1998). *O problema da causa virtual na responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina.
- CORDEIRO, António Menezes (1997). *Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais*. Lisboa: Lex.
- CORDEIRO, António Menezes (1998). Embargos de Terceiro, Reintegração do de Trabalhador e Sanções Pecuniárias Compulsórias [Em linha]. *Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 4 de novembro de 1998, ROA, Ano 58*, pp. 1209-1232. Obtido em 16 de junho de 2024, de <https://portal.oa.pt/upl/%7Bef9cc38c-a929-4ebd-97fb-801a93c20a60%7D.pdf>.
- COSTA, Mário Júlio de Almeida (2016). *Direito das Obrigações* (12ª Edição 4ª Reimpressão ed.). Coimbra: Almedina.
- DIAS, Jorge de Figueiredo (2012). *Direito Penal Parte Geral Tomo I Questões Fundamentais A Doutrina Geral do Crime* (2ª ed.). Coimbra: Coimbra Editora.
- FERNANDES, António Monteiro (2023). *Direito do Trabalho* (22ª ed.). Coimbra: Almedina.
- FERNANDES, Luís Alberto Carvalho (2009). *Teoria Geral do Direito Civil - I - Introdução Pressupostos da Relação Jurídica* (5ª ed.). Lisboa: Universidade Católica Editora.
- FERNANDES, Luís Alberto Carvalho (2017). *Teoria Geral do Direito Civil - II - Fontes, Conteúdo e Relação Jurídica* [Em linha]. (5ª ed. revista e atualizada). Lisboa: Universidade Católica Editora. Obtido em 20 de maio de 2024, de <http://hdl.handle.net/10400.14/36594>.
- GÁMEZ, Ruth, & CUÑADO, Fernando (2018). A responsabilidade civil no direito inglês: terminologia e comparação com o direito espanhol [Em linha]. *A folha - Boletim da língua portuguesa nas instituições europeias*(57), pp. 1-7. Obtido de https://ec.europa.eu/translation/portuguese/magazine/documents/folha57_pt.pdf.
- GOMES, Júlio (1989). Uma função punitiva para a responsabilidade civil e uma função reparatória para a responsabilidade penal? *Revista de Direito e Economia*, pp. 105-144, Coimbra, ano 15.
- GORJÃO-HENRIQUES, Miguel (2014). *Direito da União - História, Direito, Cidadania, Mercado Interno e Concorrência* (7ª ed.). Coimbra: Almedina.

- GOTANDA, John Y. (2003). Punitive damages: a comparative analysis. *Working paper series* 8. Obtido de <https://digitalcommons.law.villanova.edu/wps/art8>.
- GOTANDA, John Y. (2007). Damages in Private International Law. *Recueil des Cours - Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Tome 326, pp. 77-407.
- GUIMARÃES, Patrícia Carla Monteiro (2001). Os danos punitivos e a função punitiva da responsabilidade civil. *Direito e Justiça*, v15.1, pp. 159-206
- HÖRSTER, Heinrich Ewald (2016). *A Parte Geral do Código Civil Português Teoria Geral do Direito Civil*. Almedina.
- I.F.R. (1871). The American Law Register (1852-1891) [Em linha]. *Supreme Judicial Court of Maine. Charles W. Goddard v. The Grand Trunk Railway*, 19(1), pp. 17-36 [Em linha]. Obtido em 10 de fevereiro de 2024, de <https://doi.org/10.2307/3303296>
- JUSTO, António Santos (2004). As acciones do daño aquiliano [Em linha]. *Fundamentos romanísticos del Derecho contemporáneo VI. Derecho de obligaciones*, p. 1149 a 1184 do anuário. Obtido em 7 de fevereiro de 2024, de https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-R-2021-60114901184.
- JUSTO, António Santos (2008). *Direito Privado Romano - II (Direito das Obrigações)* (3ª ed.). Universidade Coimbra: Coimbra Editora.
- JUSTO, António Santos (2009). *Introdução ao Estudo do Direito* (4ª ed.). Coimbra Editora.
- KADES, Eric (1999). Windfalls [Em linha]. *Yale Law Journal*, 108, pp. 1489 - 1568. Obtido em 21 de junho de 2024, de https://openyls.law.yale.edu/bitstream/handle/20.500.13051/9197/68_108YaleLJ1489_May1999_.pdf?sequence=2&isAllowed=y.
- KIRGIS, Paul F. (1993). The Constitutionality of State Allocation of Punitive Damage Awards [Em linha]. *Washington and Lee Law Review*, 50. Obtido em 26 de maio de 2024, de <https://scholarlycommons.law.wlu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1762&context=wlulr>.
- Legal Information Institute. (s.d.). *Wex - punitive damages* [Em linha]. Obtido em 13 de outubro de 2023, de Cornell Law School: https://www.law.cornell.edu/wex/punitive_damages.
- Legal Information Institute. (s.d.). *Wex - strict liability* [Em linha]. Obtido em 20 de março de 2024, de Cornell Law School: https://www.law.cornell.edu/wex/strict_liability

- LEITÃO, Adelaide Menezes (2006). A Tutela dos Direitos de Propriedade Intelectual na Diretiva 2004/48/CE. (F. d. Lisboa, & Coimbra, Edits.) *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcelo Caetano - No Centenário do Seu Nascimento, Volume I*, pp. 25-54.
- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes (2011). *Direito das Obrigações - Transmissão e extinção das obrigações. Não cumprimento e garantias do crédito* (8ª ed., Vol. II). Coimbra: Almedina.
- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes (2017). *Direito das Obrigações - Introdução. Da constituição das Obrigações* (Vol. I). Coimbra: Almedina.
- LOURENÇO, Paula Meira (2002). Os danos punitivos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 43(2), pp. 1019-1111.
- LOURENÇO, Paula Meira (2006). *A Função Punitiva da Responsabilidade Civil*. Coimbra: Coimbra Editora.
- LOURENÇO, Paula Meira (2008). A indemnização punitiva e os critérios para a sua determinação. pp. 1-31 [Em linha]. Obtido em 3 de setembro de 2023, de https://www.academia.edu/37199605/MEIRA_LOURENCO_P._A_indemniza%C3%A7%C3%A3o_punitiva_e_os_crit%C3%A9rios_para_a_sua_determina%C3%A7%C3%A3o_03.2008_.
- MARTINEZ, Pedro Romano (2017). *Da Cessação do Contrato* (3ª ed.). Almedina.
- MEURKENS, Renée Charlotte (2014). Punitive damages: the civil remedy in American law, lessons and caveats for continental Europe [Em linha]. [Doctoral Thesis, Maastricht University]. Obtido em 24 de 06 de 2024. doi:<https://doi.org/10.26481/dis.20141219rm>.
- MEURKENS, Renée Charlotte (2019). Punitive damages: foundations to start with. *Punitive damages and private international law : state of the art and future developments, Studi e pubblicazioni della Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 83, pp. 1-31.
- MONCADA, Luís Cabral de Oliveira de (1955). *Filosofia do Direito e do Estado* (2ª ed., Vol. 1). Coimbra: Coimbra Editora.
- MONTEIRO, António Pinto (1984). *Inflação e Direito Civil*. Coimbra: Almedina.
- MONTEIRO, António Pinto (1990). *Cláusula penal e indemnização*. Coimbra: Almedina.

- MONTEIRO, António Pinto (2017). Dano e acordo das partes. *Responsabilidade civil, cinquenta anos em Portugal, quinze anos no Brasil*, pp. 11 - 30. Obtido em 26 de 06 de 2024, de https://ucpages.uc.pt/site/assets/files/660585/resp_civil_vol_i.pdf.
- MORAIS, Fernando de Gravato (2009). *Contrato-Promessa em Geral Contratos-Promessa em Especial*. Coimbra: Almedina.
- OWEN, David G. (1976). Punitive Damages in Products Liability Litigation [Em linha]. *Michigan Law Review*, 74(7), pp. 1257-1371. Obtido de <https://repository.law.umich.edu/mlr/vol74/iss7/2>.
- OWEN, David G. (1989). The Moral Foundations of Punitive Damages [Em linha]. *Alabama Law Review*, 40, pp. 705 - 739. Obtido em 24 de julho de 2024, de https://scholarcommons.sc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1988&context=law_fac_pub.
- OWEN, David G. (1994). A punitive damages overview: functions, problems and reform [Em linha]. *Villanova Law Review*, 39, pp. 363 - 413. Obtido em 24 de julho de 2024, de <https://digitalcommons.law.villanova.edu/vlr/vol39/iss2/3/>.
- PINTO, Carlos Alberto da Mota (2005). *Teoria Geral do Direito Civil* (4ª ed.). (A. P. Monteiro, & P. M. Pinto, Edits.) Coimbra Editora.
- REDDINGTON, Justin A. (2016). To Caesar what is Caesar's: an audacious claim for punitive damage [Em linha]. *Liberty University Law Review: Vol. 10 : n. 2, Article 3.*, pp. 201 - 234. Obtido de https://digitalcommons.liberty.edu/lu_law_review/vol10/iss2/3.
- SILVA, João Calvão da (1995). *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória* (2ª ed.). Coimbra.
- SILVA, João Calvão da (2010). *Sinal e Contrato Promessa* (13ª revista e aumentada ed.). Coimbra: Almedina.
- STADLER, Astrid (2019). Recognition of punitive damages in Germany and Switzerland. (S. Bariatti, L. Fumagalli, & Z. C. Reghizzi, Edits.) *Punitive damages and private international law : state of the art and future developments, Studi e pubblicazioni della Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 83, pp. 127 - 154.
- STARCK, Boris (1947). *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée* [Em linha]. Paris: L. RODSTEIN. Obtido em 20 de março de 2024, de <https://www.babordnum.fr/items/show/4451>.

- STEVENS, Clay R. (1994). Split-Recovery: A Constitucional Answer to the Punitive Damage dilemma [Em linha]. *Pepperdine University*, 21. Obtido em 27 de maio de 2024, de <https://digitalcommons.pepperdine.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1585&context=plr>.
- TELLES, Inocência Galvão (1997). *Direito das Obrigações* (7ª ed.). Coimbra: Coimbra Editora.
- TELLES, Inocência Galvão (2010). *Manual dos Contratos em Geral* (4ª ed.). (Wolters Kluwer Portugal, Ed.) Coimbra: Coimbra Editora.
- TRIGO, Maria da Graça (2012). Responsabilidade civil por violação de direito intelectual [Em linha]. *Direito e Justiça, (Especial): direito comercial e das sociedades*, pp. 529-547. doi:<https://doi.org/10.34632/direitojustica.2012.9870>.
- VANLEENHOVE, Cedric (2019). A helicopter overview of the recognition and enforcement of punitive damages. (S. Bariatti, L. Fumagalli, & Z. C. Reghizzi, Edits.) *Punitive damages and private international law : state of the art and future developments*(Studi e pubblicazioni della Rivista di diritto internazionale privato e processuale, 83), pp. 235 - 252.
- VARELA, João de Matos Antunes (1996). *Das Obrigações em geral Vol. I* (9ª ed.). Coimbra: Almedina.
- VARELA, João de Matos Antunes, & LIMA, Fernando Andrade Pires de (2010). *Código Civil Anotado - volume II* (4ª ed.). (W. K. Portugal, Ed.) Coimbra: Coimbra.
- VARELA, João de Matos Antunes, & LIMA, Fernando Andrade Pires de (2011). *Código Civil Anotado - Volume III* (2ª ed.). (W. K. Portugal, Ed.) Coimbra: Coimbra.

Jurisprudência Citada

Portugal

- STJ de 30 de janeiro de 1968, processo n.º 062044, relator Lopes Cardoso
<https://jurisprudencia.csm.org.pt/eccli/ECLI:PT:STJ:1968:062044.3A>
(consultado a 19-03-2024);
- STJ, no acórdão de 23 de maio de 1985, processo n.º 072623, relator Góis Pinheiro
<https://juris.stj.pt/eccli/ECLI:PT:STJ:1985:072623.2A?search=tleNrjE6ajKJet9eWqY> (consultado a 19-03-2024);
- STJ de 5 de março de 1996, processo n.º 087677. Relator Roger Lopes
<https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/171a0fd3d835540e802568fc003afec4?OpenDocument> (consultado a 03-02-2024);
- STJ de 16 de abril de 1996, processo n.º 088143. Relator Fernando Fabião
<https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/d4da1c2bac007e54802568fc003b1a4c?OpenDocument> (consultado a 03-02-2024);
- TRC, de 18 de julho de 2006, processo n.º 522/06. Relator Jorge Arcanjo
<https://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/e85add72014f6a4d802571e200558f18?OpenDocument> (consultado a 05/03/2024);
- TRL de 19 de dezembro de 2007, processo n.º 10344/2007-6. Relator Pereira Rodrigues
<http://www.gde.mj.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/f8f3d28109eda9ab802573cd00586ec3?OpenDocument> (consultado a 05-03-2024);
- TRC de 24 de junho de 2009, processo n.º 586/05.3TAACB- C1. Relator Isabel Valongo
<https://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/642c7e9fe1082235802575f200350792?OpenDocument> , (consultado em 20-06-2024);
- STJ de 26 de junho de 2012, processo n.º 631/1999.L1.S1. Relator Salazar Casanova
<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/272f66d7635b865980257a40003c43ed?OpenDocument> consultado a 05-05-2024;
- STJ, de 23 de abril de 2013, processo n.º 198/06TBPMS.C1.S1. Relator Pereira da Silva

<https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/a4756777dc8ab78880257b6e00538443?OpenDocument> (consultado a 05-05-2024);

- STJ de 25 de fevereiro de 2014, processo n.º 287/10.0 TBMIR.S1. Relator Maria Clara Sottomayor
<https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/5ed9a82a69e6b5d380257c91003a2285?OpenDocument> (consultado a 16-09-2023);
- TRE, de 30 de março de 2017 processo n.º 298/14.7TTFAR.E1 .Relator João Nunes
<https://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/52d8a69d639a7b2f8025810800326854?OpenDocument> (consultado a 05/04/2024);
- STJ de 22 de fevereiro de 2018, processo n.º 33/12.4GTSTB.E1.S1. Relator Manuel Braz
<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/7d48d43c2b24f26480258240005741db?OpenDocument> (consultado a 03-04-2024);
- TRL, de 15 de maio de 2018, processo n.º 4188/16.0T8LSB.L1-1. Relator Manuel Ribeiro Marques <https://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/-/153E026B4E9DBBED802582D00030A832> (consultado a 12-01-2024);
- TRG, de 19 de dezembro de 2023, processo n.º 2105/22.8T8CHV.G1. Relator Conceição Sampaio
<https://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/970f490d3fcc861680258aa5003dde48?OpenDocument> (consultado a 05-03-2024).

União Europeia

- TJUE, 17 de dezembro de 2015, processo n.º C407/14, ECLI:EU:C:2015:831
<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=173120&pageIndex=0&doclang=PT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=7219525>
(consultado a 24-05-2024);
- TJUE, 25 de janeiro de 2017, processo n.º C-367/15, ECLI:EU:C:2017:36
<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:62015CJ0367>
(consultado a 24/05/2024).

Reino Unido

- Huckle v. Money, de 1763;
- Wilkes v. Wood, de 1763;

- Rookes v. Barnard de 1964;
- Cassel & Co v. Broome de 1972.

EUA

- Genay v. Norris, de 1784, *Supreme Court of South Carolina*;
- Coryell v. Colbaugh, de 1791;
- Graham v. Roder, de 1849, *Supreme Court of Texas*;
- Goddard v. Grand Trunk Railway, de 1869, *Supreme Judicial Court of Maine*;
- Fay v. Parker, de 1873, *Supreme Court of New Hampshire*;
- Gertz v. Robert Welch, de 1974, *United States Supreme Court*;
- Burk Royalty Co. v. Walls, de 1981, *Supreme Court of Texas*;
- Grimshaw v. Ford Motor Co., de 1981, *Court of Appeals of California, Fourth Appellate District, Division Two*;
- Midler v. Ford Motor Co., de 1988, *United States District Court for the Central District of California*;
- Browning-Ferris Industries Inc. v. Kelco Disposal Inc. de 1989, *United States Supreme Court*;
- Adams v. Murakam, de 1991, *California Supreme Court*;
- BMW of North America, Inc. v. Gore, de 1996 *United States Supreme Court*
- State Farm Mut. Automobile Ins. Co. v. Campbell, de 2003, *Dupreme Court of Utah*.