

RESPONSABILIDADE CIVIL
CINQUENTA ANOS EM PORTUGAL,
QUINZE ANOS NO BRASIL

VOLUME II

Coordenadores
Mafalda Miranda Barbosa
Francisco Muniz



O presente livro foi realizado no âmbito das actividades do Grupo Risco-Transparência-Litigiosidade do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito de Coimbra, integradas no projecto «Desafios sociais, incerteza e direito» (UID/DIR04643/2013).

EDIÇÃO

Instituto Jurídico
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

COORDENAÇÃO EDITORIAL

Instituto Jurídico
Faculdade de Direito
Universidade de Coimbra

CONCEPÇÃO GRÁFICA

João Rijo Madeira

CONTACTOS

geral@fd.uc.pt
www.ij.f.d.uc.pt
Pátio da Universidade | 3004-528 Coimbra

ISBN

978-989-8891-40-2

ÍNDICE

Mafalda Miranda Barbosa / Francisco Muniç

A Responsabilidade Civil por violação de normas de protecção
no âmbito do código de valores mobiliários 7

Adelaide Menezes Leitão

A Responsabilidade dos Auditores
(«Auditing is an Art, not a Science») 27

Alexandre de Soveral Martins

Responsabilidade Civil do Estado: Tendências originárias
e perspetivas de evolução 71

Ana Raquel Gonçalves Moniz

A Responsabilidade Civil dos intermediários financeiros
O artigo 304.º-A do CVM 83

A. Barreto Menezes Cordeiro

A primazia da reconstituição natural sobre a indemnização
por equivalente contributos jurídico-históricos para a análise
do direito português 105

David Magalhães

Breves reflexões sobre o método de determinação do regime
de responsabilidade civil aplicável o caso da responsabilidade
civil do advogado 117

Hong Cheng Leong

A perda de oportunidade como dano no direito português 141

Luís Menezes Leitão

Decisões empresariais e responsabilidade civil
dos administradores 153

Maria Elisabete Ramos

A responsabilidade dos administradores de sociedades comerciais e a desconsideração da personalidade jurídica, em Portugal e no Brasil	163
<i>Maria de Fátima Ribeiro</i>	
Dano da privação do uso.....	199
<i>Paulo Mota Pinto</i>	
O cuidado entre a ilicitude e a culpa.....	243
<i>Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas Ataíde</i>	
Seguro de responsabilidade civil: O “dente” da responsabilidade civil ou a distribuição do risco	255
<i>Pedro Pais de Vasconcelos</i>	
Reflexão conclusiva	
Responsabilidade civil extracontratual em Portugal e no Brasil: Modelos e pontos de divergência.....	269
<i>Mafalda Miranda Barbosa</i>	

Por ocasião da comemoração dos cinquenta anos do Código Civil Português e dos quinze anos do Código Civil Brasileiro, considerou-se oportuno assinalar tais datas com a publicação de um volume que, compilando estudos de autores portugueses e brasileiros, nos desse a conhecer alguns dos problemas que enervam atualmente o instituto de direito privado. Tal obra, já editada, serviu de mote à organização das I Jornadas Luso-Brasileiras de Responsabilidade Civil, momento privilegiado de partilha de experiências judicativas e doutrinárias entre os dois países irmãos, em matéria de responsabilidade civil. Muitas das investigações vertidas nos artigos científicos publicados no volume a que nos referimos foram, oportunamente, apresentadas nesse colóquio. Mas, rapidamente se constatou que a dimensão do mesmo tinha ultrapassado – pelo interesse que despertou no mundo académico e forense – os contornos com que inicialmente tinha sido pensado. O debate afigurou-se muito rico e contou com as conferências de insígnis juristas que, por um motivo ou por outro, não tinham podido prestar o seu contributo para publicação da obra *Responsabilidade Civil: cinquenta anos em Portugal, quinze anos no Brasil*. Eis, portanto, a razão de ser da publicação de um segundo volume da mesma obra. Este integra, agora, as intervenções que, tendo sido proferidas nas I Jornadas Luso-Brasileiras de Responsabilidade Civil, não ficaram ainda registadas para a posteridade por escrito. Contará ainda com um artigo que procurará resumir, de forma necessariamente simplificada, as principais diferenças na modelação dos sistemas ressarcitórios português e brasileiro e funcionará como uma reflexão conclusiva. É esse volume que aqui se traz à estampa!

Os coordenadores
Mafalda Miranda Barbosa
Francisco Muniz

A RESPONSABILIDADE CIVIL POR VIOLAÇÃO DE NORMAS DE PROTECÇÃO NO ÂMBITO DO CÓDIGO DE VALORES MOBILIÁRIOS*

ADELAIDE MENEZES LEITÃO

1. Enquadramento geral

O antecedente legislativo do artigo 483.º/1, parte final, do Código Civil é o §823 II do Código Civil Alemão (BGB). Torna-se, por isso, indispensável no debate jurídico sobre a origem e o conceito das normas de protecção uma breve apresentação das fundamentais posições jurídicas alemãs que se foram desenvolvendo em torno desta situação básica de responsabilidade delictual¹. O BGB não estabeleceu um princípio geral no sentido de que a actuação ilícita e culposa obrigaria à indemnização dos danos, à semelhança das codificações de inspiração francesa, preferindo circunscrever o ilícito a determinadas hipóteses de facto. Procu-

* O presente texto resultou de uma conferência que teve lugar no dia 9 de Novembro, intitulada “A responsabilidade civil por violação de normas de protecção no âmbito do Código dos Valores Mobiliários”, nas I Jornadas Luso-brasileiras de Responsabilidade Civil, 50 anos em Portugal, 15 anos no Brasil, organizadas pelo Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Pelo convite para a sessão gostaríamos de deixar consignada uma palavra de agradecimento à Professora Doutora Mafalda Miranda Barbosa.

¹ Sobre esta evolução, MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, VIII: *Direito das Obrigações*, Coimbra: Almedina, 2014, 448 s.

rava-se, assim, fornecer linhas firmes aos juízes e impedir uma extensão excessiva da responsabilidade civil. O BGB corresponde ainda à tradição pandectística que originou nas codificações de influência germânica uma referência expressa e autónoma à ilicitude e à culpa².

As normas de protecção, apesar de configurarem um solução típica do enquadramento pandectístico do instituto da responsabilidade delitual, em especial na recusa da consagração de uma cláusula geral de tipo napoleónica contrária à tipicidade delitual romana e na conceptualização da ilicitude inscrita no § 823 I e II BGB e na sua separação da culpa, evoluiu, ao longo do século XX, de acordo com diferentes coordenadas de investigação e doutrinas que se foram sucedendo³.

Ao longo do século XX, a doutrina alemã estudou as normas de protecção procurando sobretudo descortinar os seguintes critérios: *i*) delimitação das normas de protecção; *ii*) delimitação do âmbito de protecção nas normas de protecção; *iii*) delimitação do direito à indemnização por violação de normas de protecção; e *iv*) delimitação dos titulares do direito à indemnização por violação das normas de protecção. Para além destas questões, outras de carácter mais geral têm sido abordadas neste contexto, a saber: *i*) a interpretação jurídica que permite aferir o escopo de protecção das normas de protecção; *ii*) a compatibilização das normas de protecção com o sistema delitual; e *iii*) os pressupostos da responsabilidade delitual por violação de normas de protecção⁴.

A doutrina alemã procura vectores de delimitação das normas de protecção, defendendo quase unanimemente uma concep-

² O nosso *Normas de Protecção e Danos Puramente Patrimoniais*, Coimbra: Almedina, 2009, 85.

³ *Normas de Protecção e Danos Puramente Patrimoniais*, 97. Salientam-se, entre outros, os seguintes estudos: Robert KNÖPFLE, “Zur Problematik des Beurteilung einer Norm als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB”, *NJW* (1967) 697-702; Thomas HONSELL, “Der Verstoß gegen Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB”, *JA* 15/3 (März 1983) 102-109; Claus-Wilhelm CANARIS, “Schutzgesetze-Verkehrspflichten-Schutzpflichten”, *Festschrift für Karl Larenz*, 1983; e ANDREAS SPICKHOFF, *Gesetzesverstoß und Haftung*, Carl Heymanns, 1998.

⁴ Para outros desenvolvimentos, o nosso *Normas de Protecção e Danos Puramente Patrimoniais*, 102-103.

ção ampla de norma de protecção assente num conceito material de lei. Em matéria dos pressupostos da responsabilidade delitual constrói-se ao longo do século XX uma dogmática própria, que tende a fazer uma leitura dos pressupostos da responsabilidade delitual no contexto específico e diferenciado das situações básicas delituais, aproximando, neste domínio, normas de protecção e deveres do tráfego, e que desenvolve pontes entre a elaboração central do sistema delitual e outros campos periféricos⁵.

A título de exemplo, Knöpfle considera que o § 823 II BGB configura, pelo seu recurso a outras normas jurídicas, um corpo estranho (*Fremdkörper*) ou um enclave (*Enklave*) no sistema delitual. No § 823 I BGB acentua-se o desvalor de resultado; no § 823 II BGB o desvalor da acção. Assim, quanto mais dignos de protecção são os bens jurídicos ou interesses protegidos pela disposição, mais condenável é a acção que os viola⁶. A admissibilidade de uma modelação da ordem jurídica por jurisprudência uniformizada é também reconhecida geralmente⁷.

Segundo a jurisprudência e a doutrina alemãs, uma norma jurídica tem carácter de protecção quando serve para proteger o indivíduo ou círculos de pessoas isoladas. Portanto, não é suficiente que a norma vise a protecção da generalidade. A protecção individual tem que ser intencional e não estar apenas prevista objectivamente. Todavia, a protecção individual não precisa de constituir o fim principal da lei, sendo suficiente que, para além do objectivo primariamente perseguido, também proteja individualmente. O objecto desta protecção podem ser não só direitos e bens jurídicos absolutos, mas também meros interesses⁸, designadamente interesses puramente patrimoniais. O § 823 II BGB só é aplicável quando a disposição legal pretende a protecção jurídica à qual se recorre em razão da violação alegada. É necessário, por isso, que o dano figure dentro do âmbito dos interesses protegidos pela disposição de protecção, i.e. que o prejuízo tenha surgido da violação de um bem jurídico para cuja protecção foi

⁵ *Normas de Protecção e Danos Puramente Patrimoniais*, 103.

⁶ KNÖPFLE, *Zur Problematik des Beurteilung*, 700.

⁷ *Normas de Protecção e Danos Puramente Patrimoniais*, 124.

⁸ *Normas de Protecção e Danos Puramente Patrimoniais*, 124.

criada a norma jurídica e que a norma de protecção proteja o lesado contra este tipo de prejuízo, falando-se, neste ponto, de “relação de ilicitude”⁹.

No recorte das normas de protecção o fim da norma adquire, por consequência, uma importância particular. Com efeito, enquanto, em geral, o fim da norma é relevante para a interpretação teleológica, o § 823 II BGB relaciona o fim de protecção com a consequência jurídica. O fim de uma norma torna-se, assim, elemento do tipo legal de outra norma. Porém, o fim de protecção de uma norma pode ser problemático. Caso se recorra à vontade do legislador histórico para determinar o escopo normativo, este cinge-se normalmente ao objectivo do legislador, permanecendo muitas vezes em aberto a questão de saber se um efeito secundário, favorável a pessoas isoladas ou a um certo círculo de pessoas, foi igualmente abrangido pela intenção de protecção do legislador. Com efeito, faltam, frequentemente, nos trabalhos preparatórios, justificações sobre o fim de protecção da lei. Mesmo seguindo a teoria objectivista da interpretação, é igualmente problemático retirar do conteúdo da disposição legal os seus objectivos, uma vez que, na maioria dos casos, não existe qualquer indicação sobre essa protecção. Acresce que só em casos excepcionais as normas concedem inequivocamente pretensões aos protegidos¹⁰.

Se uma norma visar objectivamente a protecção de pessoas ou círculos isolados de pessoas, essa protecção deve ser intencionada, a não ser que a sua origem, o seu teor ou o conjunto da ordem jurídica indiquem o contrário. Assim, o fim de protecção das normas não oferece qualquer garantia de um resultado correcto. A insegurança comunica-se ainda à delimitação do círculo das pessoas com direito a indemnização, e aos interesses dos lesados atingidos, ou seja, quando é que se verifica a “relação de ilicitude” necessária¹¹.

A avaliação sobre o fim de protecção do indivíduo ou da generalidade é, por consequência, muito incerta¹². Muitas vezes,

⁹ KNÖPFLE, *Zur Problematik des Beurteilung*, 697.

¹⁰ *Normas de Protecção e Danos Puramente Patrimoniais*, 125.

¹¹ KNÖPFLE, *Zur Problematik des Beurteilung*, 698.

¹² KNÖPFLE, *Zur Problematik des Beurteilung*, 698-699.

a protecção individual ou da generalidade depende da escolha da motivação relativa ao objectivo da lei. Em regra, o interesse comum não é senão a soma dos interesses individuais: se todos os lesados forem protegidos individualmente, então os interesses da generalidade estão ao mesmo tempo garantidos e vice-versa¹³.

Frequentemente chega-se a resultados errados quando o carácter de protecção se resume ao fim de protecção da norma, que é averiguado através da interpretação teleológica. Na verdade, seria incorrecto admitir a indemnização em todos os casos de violação de uma disposição legal que tem por fim uma protecção individual. Knöpfle distingue, nos termos assinalados, disposições legais de protecção individual que justificam a indemnização dos danos causados com a sua violação e outras que não a justificam. Por precisão terminológica o conceito de norma de protecção deve restringir-se às que admitem a resposta indemnizatória aos danos causados com a sua violação¹⁴.

No seguimento das teses de Knöpfle, Thomas Honsell analisa o papel das normas de protecção no contexto do direito delitual alemão tentando delimitar as normas que podem ter esse carácter e delineando, igualmente, algumas propostas nesta matéria¹⁵. Mais uma vez encontra-se neste Autor a tendência para equiparar as normas de protecção a uma concepção material de lei. Com efeito, a doutrina e a jurisprudência alemãs consideram como normas de protecção as leis em sentido material e não só em sentido formal. Tal significa que pode ser qualificada como norma de protecção qualquer disposição que proíba ou imponha uma determinada conduta e vise a protecção de determinados indivíduos¹⁶.

Para que uma norma seja considerada de protecção é decisivo que a sua finalidade resida na protecção de um indivíduo ou de um círculo mais ou menos determinado de pessoas, excluindo-se as normas que tutelam os interesses públicos e a colectividade (*Allgemeinheit*), ainda que algumas normas que pro-

¹³ *Normas de Protecção e Danos Puramente Patrimoniais*, 126.

¹⁴ Neste sentido, o nosso *Normas de Protecção e Danos Puramente Patrimoniais*, 127.

¹⁵ THOMAS HONSELL, *Der Verstoß gegen Schutzgesetz*, 153 s.

¹⁶ *Normas de Protecção e Danos Puramente Patrimoniais*, 153.

tegem a colectividade também se destinem, simultaneamente, a tutelar interesses particulares (*Einzelner Verkehrsteilnehmer*)¹⁷. De acordo com a jurisprudência, os interesses particulares não devem ser tutelados de forma indirecta ou reflexa. O indivíduo deve dispor de meios próprios para a tutela do seu círculo de interesses contra aquele que infringe a proibição legal e lesa o seu interesse legítimo¹⁸.

Um outro ponto fundamental consiste na articulação do âmbito pessoal e material de protecção: só são protegidas certas pessoas em relação a determinado tipo de danos. No âmbito material de protecção encontram-se, por vezes, interesses puramente patrimoniais. Os pressupostos da responsabilidade delitual são os que resultam da norma de protecção, o que significa que a ilicitude e a culpa devem ser analisadas em função desta¹⁹.

Para Honsell, o § 823 II BGB visa colmatar algumas insuficiências da não adopção pelo legislador alemão de um sistema de cláusula geral. Em vários comentários ao Código Civil Alemão encontram-se numerosas listas de normas cujo carácter de protecção foi afirmado ou negado jurisprudencialmente. Com efeito, o reconhecimento das normas de protecção tem sido praticamente deixado aos tribunais. Não é, porém, suficiente que um tribunal afirme o carácter de protecção de uma disposição para que este se torne indiscutível. Na realidade as sentenças têm que permanecer criticáveis, sobretudo em sistemas em que não vigora o precedente. Por outro lado, estão constantemente a ser criadas novas normas cuja qualidade de protecção tem de ser fundamentada²⁰.

Quando a qualidade de norma de protecção é averiguada através da interpretação de critérios delituais, cai-se facilmente em círculos viciosos²¹, pois seria circular fundamentá-la no facto de o § 823 II BGB ter por fim a protecção do prejudicado. Neste

¹⁷ Neste sentido, BISTRITZKI, *Voraussetzungen für die Qualifikation einer Norm als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB*, Diss. München, 1981, 44.

¹⁸ *Normas de Protecção e Danos Puramente Patrimoniais*, 153.

¹⁹ *Normas de Protecção e Danos Puramente Patrimoniais*, 154.

²⁰ *Normas de Protecção e Danos Puramente Patrimoniais*, 154-155.

²¹ Esta ideia da compatibilização com o sistema delitual encontra-se igualmente em KNÖPFLE, *Zur Problematik des Beurteilung*, 702; e BISTRITZKI, *Voraussetzungen für die Qualifikation einer Norm*, 38.

ponto, o Bundesgerichtshof (BGH) (Supremo Tribunal de Justiça Alemão) teve de utilizar a fórmula cuidadosa da “compatibilidade” com o direito delitual (“*Vereinbarkeit mit dem Deliktsrecht*”)²². Como o carácter de protecção de uma norma não é de fundamentar com a ajuda das normas delitativas, a teleologia da própria norma de protecção tem que visar o benefício de indivíduos ou círculos de pessoas. Não se trata ainda da apreciação da tutela do lesado, com respeito ao direito à indemnização, mas apenas do facto de se determinar se o cumprimento da norma tem por fim a sua protecção e beneficia os seus interesses²³.

Não obstante a doutrina e jurisprudência alemãs tenham ao longo do século XX contribuído para o aprofundamento das normas de protecção tendo-se evidenciado entre outros os estudos já referidos de Knöpfle e Honsell, não se pode deixar de referir autores que construíram uma visão restritiva da relevância das normas de protecção no contexto da responsabilidade delitual. Salientam-se, nesta linha, as teses de Canaris²⁴. A construção restritiva quanto à função indemnizatória na responsabilidade delitual das normas de protecção, defendida por Canaris, assenta em diferentes argumentos. O primeiro relaciona-se com a não adopção por parte do legislador de uma grande cláusula geral de tipo napoleónico. O segundo concerne ao facto de não estar consagrada uma protecção ampla do património, *verbi gratia* dos interesses puramente patrimoniais. Por sua vez, o equilíbrio do sistema exige que a natureza dos bens jurídicos e o conteúdo do ilícito sejam tomados em consideração na determinação do carácter de protecção de uma norma. A esta modalidade de ilicitude é atribuída, no essencial, uma função de complemento e concretização da primeira modalidade de ilicitude – a violação de direitos subjectivos –, mas também de abertura e alargamento nos delitos de perigo abstracto, bem como nas disposições sobre a lesão negligente de bens que não gozam de protecção absoluta. Assim, deve reconhecer-se mais facilmente o carácter de protec-

²² Thomas HONSELL, *Der Verstoß gegen Schutzgesetz*, 105.

²³ A favor da precedência desta questão também KNÖPFLE, *Zur Problematik des Beurteilung*, 700.

²⁴ Claus-Wilhelm CANARIS, *Schutzgesetz-Verkehrspflichten-Schutzpflichten*, 49 s.

ção a normas que concretizam um complemento de protecção da primeira modalidade de ilicitude – a violação de direitos subjectivos – do que propriamente quando estão em causa meros interesses patrimoniais²⁵.

Para além da linha restritiva que se desenvolve no pensamento de Canaris, cumpre ainda uma referência às teses de Spickhoff. No que concerne à relevância da violação normativa nos sistemas delituais estrangeiros, Spickhoff defende que o artigo 483.º, n.º 1 do Código Civil português se assemelha ao alemão, na medida em que nos direitos de outrem se integram apenas os direitos absolutos, pelo que os interesses puramente patrimoniais só se encontrariam protegidos por normas de protecção²⁶. Segundo Spickhoff, são critérios fundamentais de delimitação das normas de protecção que se trate de disposições de ordem ou de proibição e que visem a protecção de interesses individuais, pelo menos reflexamente²⁷, ainda que estes critérios constituam um filtro demasiado fraco pelo que deve seguir-se a concepção que preconiza a articulação das exigências da norma de protecção e do ramo do jurídico de onde esta provém nas tarefas de ordem e valorativas do direito delitual, defendendo ainda uma relação especial entre as normas de protecção e a Constituição²⁸.

As doutrinas alemãs anteriormente expostas vão influenciar de forma decisiva os estudos jurídicos portugueses em torno da problemática das normas de protecção.

Historicamente, a primeira referência expressa às normas de protecção surge com o Código Civil de 1966. O Código de Seabra, de 1867 não continha qualquer menção às normas de protecção. Daí que a construção dogmática em torno das disposições de protecção só tenha encontrado respaldo normativo no Código vigente. No entanto, a introdução no sistema de responsabilidade das “disposições legais destinadas à protecção de interesses alheios” (artigo 483.º, n.º 1) originou uma discussão, que alcança já quase cinco décadas de história na doutrina obriga-

²⁵ Para outros desenvolvimentos, *Normas de Protecção e Danos Puramente Patrimoniais*, 180-190.

²⁶ SPICKHOFF, *Gesetzesverstoß und Haftung*, 19, (2).

²⁷ SPICKHOFF, *Gesetzesverstoß und Haftung*, 154.

²⁸ *Normas de Protecção e Danos Puramente Patrimoniais*, 211.

cionista nacional, na sua maioria importada da doutrina alemã²⁹.

A doutrina e a jurisprudência portuguesas³⁰ têm sentido,

²⁹ *Normas de Protecção e Danos Puramente Patrimoniais*, 246.

³⁰ A violação ilícita de disposição legal destinada a proteger interesses alheios foi incorporada no sistema de responsabilidade delitual português pelo n.º 1 do artigo 483.º do Código Civil, enquanto variante da ilicitude, tendo originado dispersas referências doutrinárias e algum alheamento por parte da jurisprudência. Com efeito, o tratamento doutrinário nacional das normas de protecção foi deixado na sombra dos estudos sobre a responsabilidade civil delitual pela lesão de direitos subjectivos ou por abuso do direito, que conheceram um desenvolvimento importante. De igual modo, a jurisprudência portuguesa reflecte a mesma desproporção de tratamento. Compulsada a jurisprudência portuguesa no que toca à matéria das normas de protecção depara-se um conjunto de decisões jurisprudenciais que se relacionam com uma concessionária de auto-estradas e com acidentes com automóveis: RPt 6-Jul.-1995 (Diogo Fernandes) CJ XX, (1995), 174 e ss, RPt 24-Set.-1996 (Ferreira de Seabra) CJ XXI (1996), 4, 197 e ss, RLx 31-Out.-1996 (Cruz Broco) CJ XXI (1996), 4, 149 e ss, RCB 18-Mar.-1997 (Araújo Ferreira) CJ XXII (1997), 2, 32 e ss, RCB 18-Mai.-1999 (Távora Vitor), CJ XXIV (1999), 3, 22 e ss, RCB 12-Out.-1999 (Távora Vitor) CJ XXIV, (1999), 4, 25, RPt 18-Mai.-2000 (João Bernardo), CJ XXV (2000), 3, 185 e ss, RCB 8-Mai.-2001 (Pires da Rosa), www.dgsi.pt, RCB 28-Mai.-2002 (Quintela Proença) CJ XXVII (2002), 3, p. 22, REv 30-Out.-2003 (Afonso Correia), www.dgsi.pt, RPt 26-Fev.-2004 (Oliveira Vasconcelos) CJ XXIX, (2004), 1, 189 e ss, RPt 22-Abr.-2004 (Teles de Menezes), CJ XXIX, (2004), 1, 194 e ss, STJ 14-Out.-2004 (Oliveira Barros), www.dgsi.pt, STJ 2-Fev.-2006: (Noronha do Nascimento), CJ (2006), 1, 56 e ss, Ac. STJ de 21-Mar.-12 (MARIA DOS PRAZERES BELEZA) www.dgsi.pt, Ac. de 15-Nov.-11 (NUNO CAMEIRA), www.dgsi.pt, Ac. STJ de 8-Fev.-11 (PAULO SÁ), www.dgsi.pt, Ac. STJ de 2-Nov.-10 (FONSECA RAMOS), www.dgsi.pt, Ac. de 4-Mai.-10 (SEBASTIÃO PÓVOAS), www.dgsi.pt, Ac. STJ de 1-10-09 (SANTOS BERNARDINO), www.dgsi.pt, Ac. STJ de 9-Set.-08 (GARCIA CALEJO), www.dgsi.pt, Ac. de 16-Set.-08 (GARCIA CALEJO), Ac. STJ de 13-Nov.-07 (SOUSA LEITE), www.dgsi.pt, Ac. STJ de 14-Out.-07 (OLIVEIRA BARROS), www.dgsi.pt, Ac. do STJ 14-Mar.-2013 (ABRANTES GERALDES), www.dgsi.pt. Outras áreas em que se encontram algumas decisões nesta matéria relacionam-se com questões de segurança, designadamente do Regime Geral da Edificações Urbanas, acidentes de trabalho e com relações de vizinhança: STJ 5-Dez.-91 (Tato Marinho), www.dgsi.pt, RCB 5-Dez.-1995 (Francisco Lourenço), CJ XX (1995), 5, 52 e ss, RLx 14-Mar.-1996 (Luís Fonseca) CJ XXI, (1996), 2, 78, RLx 14-Nov.-1996 (Salazar Casanova), CJ XXI (1996), 5, 96 e ss, REv 16-Out.-1997 (Artur Miranda), CJ XXII (1997), 4, 277 e ss, STJ 02-Out.-2002 (Lucas Coelho), www.dgsi.pt, RGM 2-Out.-2002 (Rosa Tching), CJ, Ano XXVII, (2002), 4, 273 e ss, Ac. STJ 10-Jun.-2013 (MARIA CLARA SOTTOMAYOR), www.dgsi.pt, Ac. STJ 2-Jul.-2013 (ALVES VELHO), www.dgsi.pt. Um outro grupo de arestos respeita a comportamentos concorrenciais causadores de prejuízos, em relação aos quais é necessário determinar se dão origem e em que termos a responsabilidade delitual. STJ 8-Jul.-2003 (Afonso Correia), CJ XI, (2003), 2, 126 e ss, STJ 30-Set.-2004 (Noronha do Nascimento), CJ XII, (2004), 3, 37

desde há muito tempo, as maiores dificuldades e hesitações na definição do âmbito de antijuricidade que corresponde à infracção da norma destinada a proteger interesses alheios, fazendo-a corresponder à violação de leis que protegem interesses particulares, sem conferirem aos respectivos titulares um direito subjectivo, ou de leis que ao protegerem interesses colectivos não deixam de atender simultaneamente a interesses individuais. No caso de interesses particulares penalmente tutelados tem-se defendido haver lugar à obrigação de indemnizar³¹.

A concepção marcadamente restritiva, comum à globalidade da doutrina, é a que se constrói a partir de 1966 sobre as normas de protecção pela remissão restrita às normas penais e que limita a sua utilidade às situações em que o agente actuou dolosamente, na linha do defendido por Canaris.

A título de exemplo, para Sinde Monteiro, as normas de protecção podem ser leis em sentido formal e material, devendo provir de um órgão estadual. Esta matéria, desde a sua consagração no BGB, sempre suscitou alguma reserva e perplexidade, tendo tido pouco tratamento dogmático e sido deixada à jurisprudência a tarefa de identificação das normas com qualidade para serem de protecção. A jurisprudência portuguesa não tem recorrido nos casos de imputação de danos frequentemente à violação de normas de protecção, pelo que se tem subtraído ao ónus da qualificação e delimitação das normas de protecção³².

As dificuldades assentam na identificação do que seja visar a protecção de interesses alheios e de como se afere o preenchimento dos pressupostos desta modalidade de ilicitude, que, na maioria dos casos, dependerá essencialmente da perspectiva do intérprete a da opção entre considerar, no fim da norma, a mera

e ss, STJ 21-Mar.-1996 (Costa Marques), www.dgsi.pt, RPt 7-Fev-2006 (Cipriano Silva), www.dgsi.pt, RPt 9-Fev.-2006 (Fernando Oliveira), www.dgsi.pt, STJ 18-Abr.-2006 (Azevedo Ramos), www.dgsi.pt, RPt 8-Jul.-2002 (Caimoto Jácome), www.dgsi.pt, RPt 15-Nov.-2006 (Francisco Marcolino), www.dgsi.pt. Para outros desenvolvimentos sobre esta jurisprudência *vide Normas de Protecção e Danos Puramente Patrimoniais*, 279-295.

³¹ *Normas de Protecção e Danos Puramente Patrimoniais*, 251.

³² Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações e informações*, Coimbra: Almedina, 1989, 248; e IDEM, *Normas de Protecção e Danos Puramente Patrimoniais*, 261 s.

protecção de interesses colectivos ou a tutela concomitante de interesses individuais. A separação entre protecção institucional e individual é, não raras vezes, muito difícil de ser realizada. Daí a importância de não reduzir a interpretação ao âmbito da norma de protecção e de lançar mão de pontes para o sistema, evidenciando a necessidade de recorrer a uma ponderação da compatibilização com o sistema de responsabilidade civil e da praticabilidade, na linha do defendido por Knöpfle³³.

Em relação aos interesses patrimoniais puros, Sinde Monteiro segue a linha doutrinária de Canaris, propondo, como regra interpretativa, que a qualidade da disposição, nos casos de dúvida, só os proteja quando se registre reforço penal. Em princípio, o principal campo de protecção seria o dos crimes contra o património. No caso das contra-ordenações deveria haver alguma reserva no seu reconhecimento como normas de protecção³⁴.

Carneiro da Frada defende que o direito português contém uma imagem restritiva quanto à ressarcibilidade dos danos puramente patrimoniais, porquanto a norma central da responsabilidade delitual pressupõe a violação de um direito subjectivo³⁵. Porém, as disposições de protecção não se confinam à defesa de posições que já usufruem de defesa delitual pela primeira variante da ilicitude. No entanto, a conformidade com o artigo 483.º, n.º 1, 1.ª parte, exige uma leitura de não ressarcibilidade geral de danos puramente patrimoniais e a mera indemnizabilidade de interesses patrimoniais específicos. Em termos de técnica legislativa, a disposição de protecção tanto pode estabelecer e individualizar directamente certos interesses puramente patrimoniais, para lhes atribuir protecção, sem proscrever comportamentos concretos para os atingir, como, indirectamente, consagrar uma tutela de

³³ Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos*, 249.

³⁴ Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos*, 256.

³⁵ Carneiro da FRADA, “O problema e os limites da responsabilidade dos auditores”, *Direito e Justiça*, 16/1 (2002) 167, fala num *Tatbestand* central da responsabilidade que erige a lesão de direito de outrem, pelo que só limitadamente os *economic losses* ou *financial losses* seriam indemnizáveis. Tal seria o caso do prejuízo de adquirir uma empresa por um valor superior ao real em consequência de uma auditoria deficiente, por não haver um direito geral e absoluto a adquirir certa coisa por determinado montante. Cfr. *Normas de Protecção e Danos Puramente Patrimoniais*, 263.

litual pela imposição de condutas cuja observância visa precisamente a protecção desses interesses³⁶.

Carneiro da Frada situa-se numa linha de abertura relativamente ao futuro quanto à indemnização dos danos puramente patrimoniais, ainda que seja uma linha restritiva ao negar peremptoriamente a possibilidade de qualquer lesão negligente dos interesses puramente patrimoniais preencher os pressupostos da responsabilidade aquiliana³⁷.

A posição que se subscreve quanto às normas de protecção é que a sua relevância, numa avaliação sistemática do regime aquiliano nacional, deriva de representarem uma via de consagração e de ampliação da protecção delitual de interesses puramente patrimoniais. A protecção destes interesses tem de ser um objectivo da norma. As normas de protecção não podem, assim, ser reconduzidas à tutela reflexa de interesses, sob pena de se desequilibrar todo o edifício delitual e de se concederem pretensões indemnizatórias sem qualquer cobertura normativa³⁸.

Por outro lado, não há que defender uma teoria da interpretação *sui generis* para as normas de protecção com maior peso da interpretação histórica e subjectiva. Há que reconhecer, todavia, uma complexidade acrescida no processo interpretativo destas normas, na estrita medida em que a resolução do caso concreto pressupõe a justaposição e interpenetração de uma pluralidade de normas provenientes de conjuntos normativos distintos³⁹.

O carácter de norma de protecção não deve ser fundamentado com a ajuda do artigo 483.º, n.º 1 CC; a teleologia da própria norma tem que visar o benefício de interesses de indivíduos ou de círculos de indivíduos. Não se trata, neste aspecto, da apreciação da tutela do interesse violado em relação ao direito de indemnização, mas sim do facto da norma ter por fim a protec-

³⁶ *Normas de Protecção e Danos Puramente Patrimoniais*, 264.

³⁷ Carneiro da FRADA, *Teoria da Confiança e Responsabilidade civil*, Coimbra: Almedina, 2004, 250. Neste sentido, igualmente, Dário Moura VICENTE, *Da Responsabilidade Pré-contratual em Direito Internacional Privado*, Coimbra: Almedina, 2001, 124, (n. 362), recusando uma protecção delitual genérica do património “mobiliário”, devido a contender de forma intolerável com a liberdade individual e de iniciativa económica.

³⁸ *Normas de Protecção e Danos Puramente Patrimoniais*, 836.

³⁹ *Normas de Protecção e Danos Puramente Patrimoniais*, 721.

ção de outros e beneficiar os seus interesses, independentemente da justificação material de uma pretensão indemnizatória⁴⁰.

O que sejam normas destinadas a proteger interesses de outrem, no contexto da interpretação desta fórmula jurídica, há-de estar objectivado na própria norma, e deve, partindo dos textos, procurar reconstruir o pensamento legislativo, tendo sobretudo em conta a unidade do sistema jurídico e as condições específicas do tempo em que a norma é aplicada. No entanto, a maioria dos critérios que, ao longo do século xx, têm sido convocados pela doutrina alemã são inoperativos para permitir uma utilização indemnizatória indiscutível, tendo os mesmos que se sujeitar ao crivo da ciência jurídica⁴¹.

A segunda parte do n.º 1 do artigo 483.º cc configura uma proposição remissiva incompleta, em que parte da hipótese legal necessita de ser completada através de outra ou outras disposições. As proposições jurídicas incompletas, mediante a sua conexão, produzem a proposição jurídica completa. É preciso encontrar parte da hipótese legal, o que coloca o problema da qualificação jurídica do que sejam normas de protecção⁴².

A incompletude da norma que fundamenta a segunda situação básica delitual exige que se procurem na globalidade do sistema jurídico as normas primárias que permitem a sua articulação com a norma secundária e, sob este ponto de vista, o enunciado que se encontra tem propósitos e leituras claramente restritivos, na medida em que nem todo o sistema jurídico está à partida apto a desencadear efeitos indemnizatórios, devendo descortinar-se uma categoria de enunciados que viabilizem esse efeito, por contraposição ao resto do sistema em relação ao qual essa consequência jurídica é excluída⁴³.

É neste enquadramento que se impõe determinar se os artigos 7.º e 379.º do CVM podem ser qualificados como normas de protecção à luz das diferentes propostas que se têm apresentado.

⁴⁰ *Normas de Protecção e Danos Puramente Patrimoniais*, 830.

⁴¹ *Normas de Protecção e Danos Puramente Patrimoniais*, 830.

⁴² *Normas de Protecção e Danos Puramente Patrimoniais*, 830.

⁴³ *Normas de Protecção e Danos Puramente Patrimoniais*, 830.

2. Enquadramento especial: as normas de protecção no Código de Valores Mobiliários

As normas de protecção surgiram no nosso ordenamento jurídico pela mão de VAZ SERRA, a quem se deve a introdução no Código Civil de 1966 do artigo 483.º n.º 1. No entanto, uma análise da jurisprudência nas décadas seguintes à entrada em vigor do Código em matéria de normas de protecção mostra-nos uma utilização muito escassa como base de imputação de danos. É preciso chegar à década de 90 e, sobretudo ao século XXI, para que referências, esparsas, sejam encontradas nos arestos nacionais e, ainda assim, em campos muito delimitados e dispersos, o que questiona a unidade dogmática desta situação básica de responsabilidade.

Uma área que recentemente tem permitido alguma discussão em torno das normas de protecção é a dos valores mobiliários em conexão com a responsabilidade bancária. Com efeito, o Ac. STJ de 4-Mai.-2016 (GARCIA CALEJO), na linha do Ac. RLx 16-Jun.-2015 (MARIA DO ROSÁRIO MORGADO), admitiu a existência de normas de protecção no Código de Valores Mobiliários (CVM) em matéria de deveres de informação, designadamente o artigo 397.º do CVM. No caso em apreciação, o tribunal de primeira instância concluiu que a violação de deveres de informação influenciou decisivamente a aquisição de ações de um Banco pela Autora, durante o ano de 1999 e em 2001, susceptível de fundar a sua pretensão indemnizatória.

Todavia o direito à indemnização tinha como prazo limite de caducidade o ano de 2001, o que significou que, na data em que ação foi proposta (25/1/2010), já tinha decorrido o prazo-limite de dois anos a que alude o artigo 243.º, al. b), do CVM por força do artigo 251.º. Assim, neste caso, quer a Relação de Lisboa, quer o Supremo Tribunal de Justiça admitiram a existência de normas de protecção, mas a aplicação das regras especiais de caducidade inviabilizou a pretensão indemnizatória da Autora. Na sequência deste Acórdão, surge o interesse em determinar no Código de Valores Mobiliários quais as normas que podem ser qualificadas de protecção.

No exercício que se segue coloca-se em confronto o artigo 7.º e o artigo 379.º do CVM. Para determinar se são normas de protecção resulta do que seja visar a tutela de interesses alheios. Tal depende essencialmente da interpretação jurídica de considerar no fim da norma a mera protecção de interesses colectivos ou a tutela concomitante de interesses individuais: uma protecção dos investidores para além da protecção do mercado.

A norma do artigo 7.º do CVM relativa à qualidade de informação protege primeiramente o eficiente funcionamento do mercado de valores mobiliários e a regular formação de preços e apenas reflexamente os interesses particulares dos investidores. Sempre que se registem dúvidas sobre o fim de protecção da disposição, deve-se presumir que a norma tutela o interesse geral, não funcionando como norma de protecção. Com efeito, a protecção de interesses alheios individuais tem de ser um objectivo da norma, sob pena de qualquer tutela indirecta ou reflexa de tais interesses, mesmo que ocasional ou totalmente secundária, implicaria a concessão aos investidores de uma pretensão indemnizatória. Por outro lado, não é suficiente a mera interpretação do âmbito da norma e a autonomização de uma protecção individual, evidenciando-se igualmente a necessidade da compatibilização com o sistema de responsabilidade civil, da sua praticabilidade, das ponderações do ramo em que a mesma se encontra inserida, e da forma como são descritas as condutas proibidas.

Em matéria de compatibilização com o sistema de responsabilidade delitual, as normas de protecção não podem ser reconduzidas à tutela reflexa de interesses, sob pena de se desequilibrar todo o edifício delitual. O carácter protector de uma norma depende da sua tutela abranger não só a generalidade dos indivíduos, mas também um determinado núcleo de sujeitos contra ofensas a determinados bens jurídicos, mesmo que o estabeleça em simultâneo com a mencionada tutela da generalidade dos indivíduos. Esta característica não decorre do efeito da norma, mas sim do seu conteúdo e dos seus objectivos e da circunstância de o legislador, aquando a sua elaboração, ter tomado em linha de conta a protecção jurídica de um determinado núcleo de pessoas. A finalidade da norma jurídica violada torna-se, assim, um elemento decisivo.

Não é exigível que a protecção individual seja o único escopo da norma de protecção. No entanto, se não for possível reconhecer esta finalidade de protecção individual, deve ser recusada qualquer pretensão indemnizatória. A finalidade de protecção individual da norma pode ser colocada no âmbito da protecção pessoal, de protecção de interesses ou do tipo de lesão.

Impõe-se, assim, analisar se o dano sofrido pelo lesado é do tipo daquele para cuja prevenção surgiu a norma violada. Se não vejamos: *i*) a infracção de uma norma jurídica só fundamenta uma obrigação de indemnização quando tiver em vista a protecção daquele círculo de pessoas ao qual pertence o prejudicado (área de protecção pessoal); *ii*) quando o prejuízo pelo qual se exige uma indemnização for do tipo que a norma de protecção queria impedir (área de protecção objectiva) e *iii*) quando o prejuízo for causado precisamente daquela maneira a que a norma de protecção se queria opor (área de protecção pelo modo de lesão). Ora, neste ponto exige-se uma síntese entre o caso e a norma, impedindo quaisquer qualificações apriorísticas.

Quanto à praticabilidade, a justificação do carácter restritivo da indemnização de danos puramente patrimoniais centra-se também na necessidade de se estabelecer um número limitado de pessoas com direito à indemnização com base na notoriedade social dos bens protegidos.

Sabemos que o direito da responsabilidade civil português assenta numa imagem restritiva quanto à ressarcibilidade dos danos puramente patrimoniais, dado que o artigo 483.º, n.º 1 presuppõe, em regra, a violação de um direito subjectivo, e que vigora ainda uma regra geral da irrelevância de informações, conselhos e recomendações, no artigo 485.º, n.º 1 do Código Civil. Sabemos também que historicamente o direito da responsabilidade civil encontra-se funcionalizado à protecção da vida, da integridade física e da propriedade, o que se justifica pela necessidade de tutela da liberdade de actuação das pessoas, que exige um equilíbrio aceitável entre a protecção dos interesses patrimoniais do lesado e a liberdade de acção do lesante, bem como para evitar espirais de responsabilidade.

Quanto à ponderação dos valores do ramo em que se insere a norma, a ampliação do artigo 483.º, n.º 1 do CC pode advir paulatinamente da aprovação de normas de protecção externas ao sistema delitual que permitam a indemnização de interesses puramente patrimoniais, o que justifica o estudo das áreas de Direito privado especial em que essa solução legislativa tenha lugar, designadamente o Direito dos Valores Mobiliários. Todavia, nesta área, em que predominam interesses puramente patrimoniais, com a tal falta de notoriedade social assinalada, há uma tendência de consolidação das situações passadas não admitindo, senão em prazos muitos reduzidos a sua alteração. Há, assim, valores inerentes ao Direito dos Valores Mobiliários que aconselham as maiores cautelas em atribuir pretensões indemnizatórias aos investidores.

Por fim, a forma como a norma descreve a conduta é relevante: proibições genéricas devem ser consideradas mais dificilmente normas de protecção do que proibições específicas, na medida em que limitam com maior amplitude e ambiguidade o campo da liberdade individual; regras típicas, como as normas penais, ajudam a fixar com maior clareza o fim de protecção da norma.

Nestes termos, a norma do artigo 7.º do CVM dificilmente pode ser qualificada como uma norma de protecção pelo seu carácter excessivamente genérico ou vago, pela dificuldade da sua compatibilização com o sistema geral de responsabilidade delitual e pela sua impraticabilidade. Já o artigo 379.º do CVM pode ser qualificado como norma de protecção, na medida em que possui uma concretização acrescida relativamente aos deveres de conduta, gozando ainda de tipicidade penal.

O artigo 7.º do CVM é apenas uma regra genérica de qualidade de informação, pelo que apenas a sua conjugação com outras disposições do mesmo Código que concretizem deveres de condutas permite que adquira um carácter de norma de protecção. O artigo 7.º do CVM só por si, pelo seu carácter excessivamente genérico, não deve ser configurado como uma norma de protecção, no sentido de permitir pretensões individualizadas indemnizatórias aos investidores.

O funcionamento eficiente dos mercados dos valores mobiliários não é um mero instrumento ao serviço dos interesses dos investidores, sendo um fim em si mesmo. Com efeito, nem sempre a lei concede ao investidor uma protecção a ele individualmente dirigida, sendo a sua protecção um mero reflexo da tutela da eficiência do mercado. Porém, em diversas disposições do Código dos Valores Mobiliários, existem preceitos que atribuem aos investidores tutela indemnizatória. Nestas situações não se satisfaz o legislador com o simples reconhecimento ao investidor de uma protecção reflexa de uma tutela dirigida à eficiência do mercado, atribuindo-lhe o direito ao ressarcimento dos danos.

Ora, do artigo 379.º do CVM resulta que os investidores lesados estarem incluídos no seu âmbito protector do crime de manipulação de mercado. Dever-se-á precisar, no entanto, que a manipulação do mercado tem em vista apenas condutas dolosas, o que é compatível com o carácter restritivo da indemnizabilidade dos danos puramente patrimoniais e com o sistema de responsabilidade delitual. A qualificação do artigo 379.º como norma de protecção parece ter sido confirmada com a introdução número 3 do artigo 380.º-A em que expressamente se prevê a reparação dos lesados, manifestando o legislador um sinal equívoco do seu carácter protectivo. É claro que há que contar actualmente com exclusões de responsabilidade constante no n.º 4 do artigo 379.º D do CVM.

3. Conclusão

Em conclusão, é no cruzamento dos vectores anteriormente referidos (compatibilização com o sistema de responsabilidade delitual, praticabilidade, ponderações do ramo em que se encontra a norma e forma como a norma descreve a conduta), que não prescindem igualmente de um cruzamento entre facticidade e normatividade que se pode situar o processo de interpretação e concretização jurisdicional das normas de protecção. Qualquer teoria defendida em abstracto tenderá a claudicar pela necessidade de ponderação de aspectos que apenas o caso concreto pode oferecer.

Apesar disto, podemos, à partida, salientar linhas teóricas tendenciais ou predominantes que levam a que no âmbito do Código de Valores Mobiliários e das pretensões indemnizatórias dos investidores por violação de deveres de informação apenas as normas que descrevem ilícitos criminais e contraordenacionais possam servir de normas de protecção. Consideramos, não obstante, que o modelo da norma penal de restringir as normas de protecção às normas penais defendido por Canaris também, nesta área, nos parece algo restritivo na qualificação de normas de protecção.

A RESPONSABILIDADE DOS AUDITORES («AUDITING IS AN ART, NOT A SCIENCE»)

ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS*

1. Um enquadramento breve

A responsabilidade dos auditores é um tema que suscitou muito interesse a partir, especialmente, dos colapsos da *Enron* e da *Arthur Anderson*¹, bem como da *Parmalat*. No entanto, a responsabilidade dos revisores de contas já tinha sido abordada em vários textos europeus anteriores.

Assim sucedia na Proposta de Quinta Diretiva sobre direito das sociedades de 1972 e na Proposta Modificada de 1983, tendo sido esta que, provavelmente, mais influenciou o legislador

* Membro do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

¹ Eilis FERRAN, «Three Recent Developments in Auditor's Liability», *Festschrift für Klaus J. Hopt*, Bd. I, De Gruyter, 645. As restantes 4 (as Big 4) são a Deloitte, a Ernst & Young, a KPMG e a PricewaterhouseCoopers). Para uma história da Arthur Andersen, e em especial para a importância da cisão que deu lugar à Accenture, Robert MONKS / Nell MINOW, *Corporate Governance*, 494 s.

nacional em 1986². Também a Proposta Modificada de Regulamento de Sociedade Anónima Europeia de 1975 se preocupava com essa matéria.

Vários passos foram posteriormente dados. Em 1996, surgiu um Livro Verde da Comissão sobre o papel, estatuto e responsabilidade do revisor oficial de contas na União Europeia; em 1998, foi publicada uma Comunicação da Comissão sobre o futuro da revisão oficial de contas na União Europeia, tendo sido feita menção à questão da responsabilidade; o mesmo, aliás, sucedeu com a Comunicação de 2003 intitulada «reforçar a revisão oficial de contas na UE».

Em 2006 surge a Diretiva 2006/43/CE relativa à revisão legal das contas anuais e consolidadas³. Tanto o seu Considerando 19)⁴ como o artigo 31.º mostravam que havia intenção de olhar para a responsabilidade dos ROCS articulando-a com os seguros. O artigo 31.º, que, entretanto, desapareceu, atribuía à Comissão a tarefa de apresentar um relatório realizar uma eventual consulta pública e, subsequentemente, apresentar, se necessário, recomendações aos Estados-Membros⁵.

² António Menezes CORDEIRO, *Direito Europeu das Sociedades*, Coimbra: Almedina, 2005, 679.

³ Directiva 2006/43/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 17 de maio de 2006 relativa à revisão legal das contas anuais e consolidadas, que altera as Diretivas 78/660/CEE e 83/349/CEE e que revoga a Diretiva 84/253/CEE.

⁴ «Os revisores oficiais de contas e as sociedades de revisores oficiais de contas são responsáveis pela realização do seu trabalho com o devido cuidado e, portanto, deverão ser responsabilizados pelos prejuízos financeiros provocados pela falta do cuidado devido. Não obstante, a faculdade de os revisores oficiais de contas e as sociedades de revisores oficiais de contas obterem seguros de responsabilidade profissional pode ser afectada consoante estejam ou não sujeitos a responsabilidade financeira ilimitada. Por seu lado, a Comissão propõe-se examinar estas questões tendo em conta o facto de que os regimes de responsabilidade podem variar consideravelmente entre os Estados-Membros».

⁵ «Responsabilidade dos revisores. Antes de 1 de Janeiro de 2007, a Comissão deve apresentar um relatório sobre o impacto das disposições nacionais vigentes em matéria de responsabilidade inerente à realização de revisões legais de contas nos mercados europeus de capitais e sobre as condições de seguro dos revisores oficiais de contas e das sociedades de revisores oficiais de contas, incluindo uma análise objectiva das limitações da responsabilidade financeira. A Comissão deve realizar, se necessário, uma consulta pública. À

Em 2006, a Comissão deu a conhecer um estudo sobre o impacto económico dos regimes de responsabilidade dos auditores, elaborado pela *London Economics* em colaboração com o Professor Ralf Ewert⁶, e em 2007 promoveu uma consulta sobre a responsabilidade dos auditores e o seu impacto nos mercados de capitais europeus.

Em 2008, a Comissão apresentou uma Recomendação (2008/473/CE) relativa à utilização de métodos de limitação da responsabilidade dos auditores de empresas cotadas - emitentes de valores mobiliários admitidos à negociação em mercado regulamentado. Nela surgiam três alternativas para essa limitação de responsabilidade («exceto em caso de incumprimento intencional»⁷): o estabelecimento de um montante máximo (*cap*)⁸ ou de uma fórmula para o seu cálculo; a responsabilidade de acordo com a contribuição efetiva para a perda sofrida, afastando-se a responsabilidade solidária; a possibilidade de limitação convencional da responsabilidade.

No Reino Unido, as *Sec. 532-538* da *Companies Act* de 2006 consagram esta última via relativamente à responsabilidade para com a sociedade. Como se lê na *Sec. 534, (1)*, um «“liability limitation agreement” is an agreement that purports to limit the amount of a liability owed to a company by its auditor in respect of any negligence, default, breach of duty or breach of trust, occurring in the course of the audit of accounts, of which the au-

luz desse relatório, a Comissão deve apresentar, se necessário, recomendações aos Estados-Membros».

⁶ Study on the Economic Impact of Auditors' Liability Regimes (Markt/2005/24/F) final Report to EC-DG Internal Market and Services. Para uma análise detalhada, v. Werner Ebke, «Die EU und die Haftung des gesetzlichen Abschlussprüfers», Festschrift für Harm Peter Westermann zum 70. Geburtstag, Köln: Otto Schmidt, 2008, 873-897, a p. 884 s.

⁷ A tentação de invocar o incumprimento intencional, dolo ou fraude para contornar os limites pode sair cara, pois eventualmente pode também afastar a cobertura do seguro de responsabilidade civil: alertando para isso mesmo, Werner Ebke, «Die EU und die Haftung des gesetzlichen Abschlussprüfers», 897.

⁸ No Commission Staff Working Paper Consultation on Auditors' Liability and its impact on the European Capital Markets, 12 s., surgiam as seguintes possibilidades: um limite máximo único para a UE, um limite em função da dimensão da entidade auditada, um limite que tenha em conta os honorários cobrados à entidade auditada.

ditor may be guilty in relation to the company». Esses acordos de limitação da responsabilidade levantaram muitos problemas nos EUA porque a SEC suscitou a questão da independência do auditor que neles é parte⁹.

Na Alemanha, o § 323, Abs. (2), do *HGB* tem um limite de um milhão de euros por revisão em caso de negligência (limite que sobe para quatro milhões se a entidade auditada é uma sociedade por ações cujas ações estão admitidas à negociação em mercado regulamentado). Dando conta da limitação também na Bélgica, Grécia, Áustria e Eslovénia¹⁰

Em Portugal, a responsabilidade civil dos ROC de sociedades anónimas já era objeto de atenção do DL 49 381, de 1969. Eram aí visadas, em particular, as sociedades de revisão de contas e os seus dirigentes (artigo 28.º), mas o regime era encontrado através de remissões para as normas sobre responsabilidade dos membros do conselho fiscal (artigo 27.º) e destas para as que eram aplicáveis aos administradores (artigos 17.º-24.º).

Hoje, essa responsabilidade está regulada, fundamentalmente, no CSC e no EOROC, aprovado pela L 140/2015. Vamos olhar para esses regimes. O Regime Jurídico da Supervisão de Auditoria e o Regulamento 537/2014 são particularmente importantes na identificação de deveres.

Muitas questões se têm colocado acerca da responsabilidade dos auditores: se deve ou não ter lugar em casos de culpa leve ou levíssima, se deve ou não ser sujeita a limites e em que termos deve ser limitada, quem deve poder responsabilizar os auditores¹¹.

A responsabilidade dos auditores é vista por alguns como um instrumento que pode permitir superar as insuficiências do funcionamento do mercado e, em particular, dos incen-

⁹ Eilis Ferran, «Three Recent Developments in Auditor's Liability», 650.

¹⁰ Werner Ebke, «§ 323», in *Münchener Kommentar zum HGB*, 3. Aufl., Beck München: Beck (online), 2013, Rn. 8. Mas os limites do HGB referidos não valem em caso de responsabilidade delitual: Idem, «§ 323 Verantwortlichkeit des Abschlussprüfers», Rn. 111. Contra a existência de limites explícitos, Grazia Buta, «Responsabilità», 1832.

¹¹ Cfr., p. ex., José Ferreira Gomes, «A responsabilidade civil dos auditores», 405 s.

tivos relacionados com a reputação¹². A tentação de procurar responsabilizar os auditores por tudo o que correu mal pode ser grande se a sociedade auditada, entretanto, já não existe. Os auditores terão os chamados *deep pockets* ou, pelo menos, pensa-se que terão bons seguros.

Em tempos mais recentes, porém, a preocupação deixou de ser a de *como responsabilizar*, para passar a ser a de *não responsabilizar demasiado*. A dificuldade em obter seguros de responsabilidade civil adequados também é destacada¹³. E se o risco de responsabilização por erros involuntários aumenta, torna-se difícil aceder ao mercado desses serviços e surgem as chamadas falhas de mercado resultantes da excessiva concentração¹⁴.

Vamos falar de responsabilidade dos ROCs. E vamos sobretudo olhar para a responsabilidade que pode resultar da revisão legal das contas. Estamos a pensar no exame das contas e na certificação legal das contas que surgem referidos nos artigos 451.º e 453.º do csc¹⁵. Essa responsabilidade pode resultar, por exemplo, de uma opinião sem o com reservas, de uma opinião adversa, de uma escusa de opinião¹⁶ ou de um atraso na certificação¹⁷.

Trataremos não só do regime que consta do csc, mas também do que encontramos no EOROC. Além disso, ocuparemos algum tempo com o relatório do artigo 8.º do CVM, que, nos termos

¹² José Ferreira Gomes, «A responsabilidade civil dos auditores», in aavy, Código das Sociedades Comerciais e governo das sociedades, 353 s.

¹³ Eilis Ferran, «Three Recent Developments in Auditor's Liability», 646; Ingrid De Poorter, «Auditor's liability towards third parties within the EU: A comparative study between the United Kingdom, the Netherlands, Germany and Belgium», J.Int'lCom.L.&Tech., 75 (2008) 68.

¹⁴ Eilis Ferran, «Three Recent Developments in Auditor's Liability», 646.

¹⁵ O csc prevê a intervenção dos rocs em muitos outros casos. Destacamos os previstos nos artigos 28.º, 67.º, 5, 99.º, 2-6, 105.º, 2, 117.º-D, 1 e 2, 120.º, 123.º, 3, 132.º, 3, 288.º, 2, 297.º, 1, b), 349.º, 3, 362.º, 2, 490.º, 2.

¹⁶ Lembrando os danos que podem resultar para o crédito da sociedade, Hans-Joachim Böcking / Marius Gros / Rabenhorst, «HGB § 323 Verantwortlichkeit des Abschlußprüfers», in Carsten Ebenroth / Karlheinz Boujong / Detlev Joost / Lutz Strohn, Handelsgesetzbuch, 3. Aufl., München: Beck (online), 2014, Rn. 15.

¹⁷ Klaus Hopt / Hanno Merkt, «HGB § 323 Verantwortlichkeit des Abschlußprüfers», in Adolf Baumbach / Klaus Hopt, Handelsgesetzbuch, 37. Aufl., Beck (online), 2016, Rn. 7.

do artigo 52.º, 1, b), do EOROC, ainda se integra no exercício da revisão legal das contas. Olharemos, por isso, para a responsabilidade do auditor de que trata o artigo 10.º do CVM, terminando com algumas considerações acerca da responsabilidade pelo prospetto.

2. De que auditores falamos?

O artigo 41.º, 1, do EOROC considera que são atos próprios e exclusivos dos ROCs e das SROCs os praticados no exercício, entre outras, das funções de interesse público de *auditoria* às contas. Nessa atividade de *auditoria* o artigo 42.º do EOROC integra, designadamente, a *revisão legal das contas*.

Por outro lado, o artigo 8.º do CVM obriga a elaborar um relatório de *auditoria* no que diz respeito a informação financeira anual contida em documentos de prestação de contas ou prospectos em certos casos que, designadamente, devam ser submetidos à CMVM ou devam ser publicados no âmbito de pedido de admissão à negociação em mercado regulamentado. O relatório de auditoria será elaborado por ROC ou SROC, estes serão designados também por *auditores* e a sua atividade é *auditoria*. Por isso, também nos preocuparemos com o regime de responsabilidade que resulta do artigo 10.º do CVM.

É certo que as sociedades anónimas com a chamada estrutura anglo-saxónica terão uma comissão de auditoria integrada no conselho de administração. Os membros dessa comissão vão ser, simultaneamente, administradores e membros do órgão de fiscalização. Não vamos estender a nossa análise ao regime da sua responsabilidade.

Também não nos ocuparemos da responsabilidade dos ROCs que sejam membros de um conselho fiscal e apenas enquanto membros desse conselho fiscal. Como não nos ocuparemos da responsabilidade do ROC que seja fiscal único e enquanto fiscal único.

Porém, guardaremos algum tempo para nos debruçarmos sobre o regime de responsabilidade pelo prospetto e pelo que nele se encontra previsto quanto aos ROCs e SROCs.

3. O ROC e o artigo 64.º, 2, CSC

Questão interessante é a de saber se o ROC é abrangido pelo artigo 64.º, 2, do CSC. Este preceito impõe aos titulares de órgãos sociais com funções de fiscalização deveres de cuidado e de lealdade. O artigo 2.º, m), do Regime Jurídico da Supervisão de Auditoria, por exemplo, só considera órgão de fiscalização de uma sociedade anónima o conselho fiscal, a comissão de auditoria e o conselho geral e de supervisão.

Órgão *com funções* de fiscalização não é a mesma coisa que órgão *de* fiscalização. O ROC de uma sociedade anónima é órgão. Mas o artigo 64.º, 2, do CSC refere-se a deveres de lealdade, no interesse da sociedade. E o ROC deve ser independente. Como conciliar esta independência, a que o EOROC dá tanta importância, com os deveres de lealdade, no interesse da sociedade¹⁸? Pelo menos nesta parte, justifica-se uma interpretação restritiva do artigo 64.º, 2, do CSC.

4. Os artigos 115.º, 136.º e 137.º do EOROC

O n.º 1 do artigo 115.º do EOROC estabelece que os ROCs que atuem no exercício de *funções de interesse público* são responsáveis perante as *entidades a que prestem serviços* ou perante *terceiros*, «nos termos previstos no Código das Sociedades Comerciais e em idênticas disposições legais relativas às demais empresas ou outras entidades, pelos danos que culposamente lhes causem».

O n.º 2 acrescenta que, tratando-se de exercício de *funções que não sejam de interesse público*, os ROC podem *limitar* a responsabilidade «nos termos e condições previstos na lei civil».

O artigo 137.º do EOROC tem um regime semelhante para as SROCS e o artigo 136.º do EOROC, por sua vez, ocupa-se da responsabilidade de sócios de SROCS que assinem documentos produzidos no exercício de funções de interesse público e que serão ROCs (artigo 128.º).

¹⁸ Aceitando a sujeição do roc ao critério de diligência do artigo 64.º, 2, CSC, Gabriela Figueiredo Dias, «Artigo 82.º», 1024.

Voltemos ao artigo 115.º do EOROC. Quanto ao exercício das *funções de interesse público*, o artigo 115.º, 1, do EOROC estabelece a possibilidade de responsabilização dos ROC perante as entidades a quem prestem serviço ou perante terceiros¹⁹. A responsabilidade de que trata o artigo 115.º, 1, EOROC diz respeito aos *danos culposamente causados no exercício das funções de interesse público do ROC*.

A responsabilização dos ROC pode ainda ter lugar quanto a danos causados no exercício de outras funções: de *funções que não sejam de interesse público*. Nesse caso, o artigo 115.º, 2, do EOROC admite que os ROC limitem «a respetiva responsabilidade nos termos e condições previstos na lei civil». A distinção entre funções de interesse público/funções que não sejam de interesse público é, assim, fundamental. O que cabe nas funções de interesse público e o que vai além delas ou é diferente delas determinará consequências importantes. Desde logo, quanto à possibilidade ou não de limitar a responsabilidade.

O ROC pode desenvolver a sua atividade a título individual, como sócio de SROC ou sob contrato celebrado com ROC a título individual ou com SROC (artigo 49.º, 1, EOROC). No caso das SROCS, o artigo 137.º do EOROC também faz a distinção entre o exercício de funções de interesse público e as outras funções. Quanto às primeiras, decorre do n.º 1 do artigo que as SROC respondem perante as *entidades a que prestem serviços* ou perante *terceiros*, pelos danos que lhes causarem com culpa, *nos termos previstos no CSC* e noutras disposições legais idênticas quanto às demais empresas ou outras entidades. Relativamente às outras funções, resulta do n.º 2 a possibilidade de limitação da responsabilidade «nos termos e condições previstos na lei civil».

Os *sócios* de SROCS também podem responder perante as entidades a que estas prestem serviços ou perante terceiros por danos que lhes sejam culposamente causados se *assinaram os documentos produzidos no exercício de funções de interesse público* (artigo 136.º, 1, do EOROC).

¹⁹ Perante o anterior eoroc, Carneiro da Frada, «O problema e os limites da responsabilidade dos auditores», in Forjar o Direito, Coimbra: Almedina, 2015, 187 s., a p. 193, lembrava que não se poderia dar por assente, sem mais, que se tratava de terceiros «com quem os auditores não se encontram contratualmente ligados».

O ROC ou SROC irá realizar a atividade de revisão legal de contas e de certificação em execução de um *contrato celebrado com a entidade auditada*. E logo aqui surge um problema, que iremos aprofundar mais adiante. O contrato referido abrange no seu âmbito de proteção os sócios da sociedade, os credores da sociedade e outros terceiros? E os contratos celebrados para a prestação de outros serviços?

A responsabilidade dos ROCs ou SROCs *perante os terceiros em geral* deve ser analisada pensando também nas *consequências* da aceitação dessa responsabilização. Nomeadamente, quanto à possibilidade de celebrar contratos de seguro de responsabilidade civil ou aos custos desses contratos. E pode limitar a entrada de novas empresas de auditoria no mercado. A responsabilidade dos auditores tem, certamente, um efeito preventivo, mas questiona-se se esse efeito não será também conseguido através do receio da *estigmatização* e da *perda de reputação*²⁰.

O artigo 115.º, 1, do EOROC parece dizer muita coisa, mas diz muito pouco. Se olharmos despreocupadamente para o preceito, até parece que está garantida a responsabilidade do ROC que atua com dolo ou negligência. E essa responsabilidade teria lugar tanto perante a sociedade, como perante terceiros. Aparentemente, sem discriminar os terceiros. A redação do n.º 2 até mostraria que a responsabilidade civil do n.º 1 nem sequer pode ser limitada nos termos da lei civil.

A verdade é que, no caso dos ROCs de sociedades comerciais, o n.º 1 estabelece que a responsabilidade daqueles, perante a sociedade e perante terceiros, tem lugar «nos termos previstos no Código das Sociedades Comerciais». E isto é, só por si, um problema. No CSC, a responsabilidade dos ROCs está prevista no artigo 82.º, que pouca coisa prevê²¹. Vejamos melhor.

²⁰ Werner Ebke, «§ 323 Verantwortlichkeit des Abschlussprüfers», Rn. 165.

²¹ Sobre a responsabilidade contraordenacional dos auditores, v. Helena Magalhães Bolina, «Contraordenações dos auditores: o novo mapa legal», CadMVM, 55 (dezembro 2016) 184 s. (analisando as normas relevantes do rjsa, do eoroc, do cym e do Regulamento 537/2014); sobre a sua responsabilidade penal, Frederico da Costa Pinto, «A responsabilidade criminal dos auditores, as normas de conduta profissional e a informação no sistema financeiro», CadMVM, 55 (dezembro 2016) 192 s.

5. O artigo 82.º do csc

De acordo com o n.º 1 do artigo 82.º, os ROCS «respondem para com a sociedade e os sócios pelos danos que lhes causarem com a conduta culposa, sendo-lhes aplicável o artigo 73.º». Por sua vez, o n.º 2 preocupa-se com a responsabilidade dos ROCS para com os *credores* da sociedade «nos termos previstos no artigo 78.º». Como veremos adiante, a interpretação dos preceitos reproduzidos não é «tarefa de somenos relevância e delicadeza»²².

Como se vê, e ao contrário do que surge dito no artigo 115.º do EOROC, no artigo 82.º do CSC *não são mencionados os terceiros em geral*. Neste último preceito apenas surgem referidos a *sociedade*, os *sócios* desta e os *credores* da sociedade. Os *outros eventuais terceiros* não são ali mencionados. Isso quer dizer que tal responsabilidade está excluída? Veremos que não é bem assim.

Por outro lado, o artigo 82.º, 1, também poderia fazer pensar que o *fundamento da responsabilidade* seria o mesmo perante a sociedade e perante os sócios. Mas não parece razoável que assim se entenda.

O ROC está ligado à sociedade auditada por um *contrato de prestação de serviços*, regulado no artigo 53.º do EOROC. Se viola os deveres que para ele resultam da celebração desse contrato, a responsabilidade do ROC perante a sociedade será *contratual*. A responsabilidade perante os *sócios* pelo exercício das funções de revisão legal das contas da sociedade já será, em regra, *extracontratual*. Para que assim se responsabilize, é necessário encontrar uma violação de normas de proteção que permita aplicar o artigo 483.º do CCiv. Veremos adiante que também poderão surgir outros caminhos.

Como vimos, o n.º 2 preocupa-se com a responsabilidade dos ROCS para com os *credores* da sociedade «nos termos previstos no artigo 78.º». E esta remissão, só por si, já convoca um conjunto vastíssimo de problemas. Não só por causa do que surge regulado no artigo 78.º, mas também pelas remissões que aí encontramos para vários outros preceitos. É disso que falaremos a seguir.

²² Carneiro da Frada, «O problema e os limites da responsabilidade dos auditores», DJ, 16/1 (2002) 159-169, a p. 165.

A responsabilidade do ROC não afasta a possibilidade de existirem outro ou outros responsáveis pelos danos causados. No caso da atividade de auditoria é, por exemplo, possível que exista também responsabilidade dos membros do órgão de administração, dos membros do órgão de fiscalização e, até, da própria sociedade. E para responsabilizar é necessário saber *quem tem competência para fazer o quê e em que momento* tem lugar a intervenção²³. No que diz respeito aos auditores, as expectativas são, muitas vezes, demasiado altas (*expectation gap*).

6. A responsabilidade dos ROCS e SROCS para com a sociedade

De acordo com o artigo 82.º, 1, do CSC o ROC só responderá, enquanto tal, perante a sociedade se houver *culpa* («conduta culposa»²⁴), *dano* e *nexo causal* («danos que lhes causarem com»). Mas, embora o artigo 82.º, 1, não o diga, será necessário que exista também um comportamento marcado pela ilicitude e que constitui violação do contrato. No artigo 82.º do CSC está em causa a ilicitude de condutas próprias das funções respetivas enquanto tal: enquanto ROC²⁵.

Essa ilicitude pode resultar da violação de deveres relacionados com funções muito diversas. O ROCS ou SROC têm funções no âmbito da revisão legal de contas, como já vimos. E são estas que nos interessam agora em primeira linha. Os chamados *standards* da profissão têm aqui grande importância²⁶, embora seja necessário verificar em que medida podem ser convocados

²³ Salientando isso mesmo, Augustin Robert, «Dirigeants, experts-comptables et commissaires aux comptes. Rôles et responsabilités concernant les comptes des entreprises», *Mélanges en l'honneur de Philippe Merle*, 585-605, a p. 585.

²⁴ Abrangendo o dolo e a negligência.

²⁵ Não parece que se possa dizer que o artigo 82.º do CSC verse apenas a responsabilidade «no âmbito da prestação de serviços de revisão legal de contas»: cfr. Francisco Saraiva, *Independência e responsabilidade civil do auditor externo das sociedades comerciais cotadas*, 85.

²⁶ Müller, «§ 25 Sonderregelung für die Pflichtprüfung», in Willhöfer / Peltzer / Müller, *Die Haftung von Vorstand, Aufsichtsrat, Wirtschaftsprüfer*, Rn. 5. Com exemplos, Werner Ebke, «§ 323», Rn. 28 s.

para responsabilizar o ROC ou a SROC. Para que o ROC ou a SROC sejam responsabilizados, não basta que as contas não tenham sido bem elaboradas.

O artigo 2.º, k), do RJSA considera «Normas internacionais de auditoria» as «Normas Internacionais de Auditoria (ISA), a Norma internacional sobre Controlo de Qualidade 1 (ISQC 1) e outras normas conexas emitidas pela Federação Internacional dos Contabilistas (IFAC) através do International Auditing and Assurance Standards Board (IAASB), na medida em que sejam relevantes para a revisão legal das contas».

De acordo com o artigo 45.º, 6, do EOROC, os ROCs e SROCs realizam, em regra²⁷, as revisões das contas legais ou voluntárias segundo as normas internacionais de auditoria adotadas pela Comissão Europeia. Mas, de acordo com o n.º 8 do mesmo artigo 45.º, as normas internacionais de auditoria são diretamente aplicáveis enquanto não forem adotadas pela Comissão Europeia.

Este regime é mais fácil de compreender se nos lembrarmos que o artigo 26.º da Diretiva 2006/43/CE estabelece, no seu n.º 1, que os Estados-Membros devem exigir que os ROCs e SROCs realizem as revisões legais de contas de acordo com as normas internacionais de auditoria adotadas pela Comissão («nos termos do n.º 3»)²⁸. Ao mesmo tempo, também se permite que, enquanto essa adoção não tiver lugar, os Estados-Membros possam aplicar normas, procedimentos ou requisitos nacionais de auditoria. O artigo 9.º do Regulamento (UE) 537/2014 também confere à Comissão os poderes para «adotar, através de atos delegados [...] as normas internacionais de auditoria referidas no artigo 26.º da Diretiva 2006/43/CE [...]».

O CSC faz referência a várias outras funções que podem estar a cargo dos ROC ou SROC. O mesmo se pode dizer do EOROC

²⁷ Mas v. as exceções das als. a) e b). O n.º 7 do artigo 45.º estabelece que nas «situações referidas no número anterior pode ser emitida regulamentação nacional em matéria de auditoria».

²⁸ Segundo o n.º 2, para «efeitos do n.º 1, entende-se por “normas internacionais de auditoria” as Normas Internacionais de Auditoria (isa), a Norma Internacional sobre Controlo de Qualidade 1 (isqc 1) e outras normas conexas emitidas pela Federação Internacional dos Contabilistas (ifac) através do International Auditing and Assurance Standards Board (iaasb), na medida em que sejam relevantes para a revisão legal de contas».

ou do CVM. O artigo 82.º do CSC já não dirá respeito às funções previstas no artigo 48.º do EOROC, que menciona várias que não são de interesse público.

A responsabilidade do ROC ou SROC *perante a sociedade* no âmbito do exercício de funções de revisão legal das contas e auditoria tem natureza obrigacional. No que diz respeito às funções de revisão/auditoria às contas que sejam realizadas «por força de disposições legais, estatutárias ou contratuais», o artigo 53.º, 1, do EOROC faz expressa menção à necessidade de celebração de um contrato «reduzido a escrito». A responsabilidade contratual pode verificar-se, por exemplo, quando seja necessária uma nova revisão, implicando novos custos para a sociedade, ou quando, por causa dos erros da revisão, foram distribuídos bens aos sócios que a sociedade não pode exigir de volta (artigo 34.º, 1, do CSC)²⁹.

Questão interessante é a de saber se os administradores da sociedade lesada podem demandar o ROC para o responsabilizarem civilmente para com a sociedade sem necessidade de prévia deliberação do órgão competente para designar este último. Não parece que isso deva poder ocorrer, uma vez que os membros do órgão de administração são fiscalizados pelo ROC³⁰. Embora o artigo 82.º do CSC não remeta para o artigo 75.º do mesmo Código, justifica-se a aplicação deste último por analogia com a remissão que encontramos no artigo 81.º, 1, no que toca à responsabilidade dos membros de órgãos de fiscalização.

A violação do dever não envolve responsabilidade do ROC se este atuou sem *culpa*: se atuou sem dolo e sem negligência. A exigência de culpa resulta do artigo 82.º, 1 e 2, do CSC, bem como do artigo 115.º, 1, do EOROC. A negligência de um ROC terá de ser apreciada em função do que é exigível a um ROC zeloso com preparação técnica média³¹.

²⁹ Müller, «§ 24 Haftungsvoraussetzungen», in Willhöfer / Peltzer / Müller, Die Haftung von Vorstand, Aufsichtsrat, Wirtschaftsprüfer, Rn. 81 e 82.

³⁰ Nos mesmos termos, para a Itália, Grazia Buta, «Responsabilità», 1825.

³¹ Referindo-se a um profissional («Berufsangehörigen») que seja «durchschnittlich fachlich qualifizierten» e «gewissenhaft verhaltenden», Werner Ebke, «§ 323 Verantwortlichkeit des Abschlussprüfers».

A exigência de *nexo causal* entre o comportamento e o dano mostra que não é qualquer violação de dever que conduz à responsabilidade do ROC. Sabemos o que diz o artigo 563.º do CCiv: a «obrigação de indemnização só existe em relação aos danos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão». A partir daqui, tudo se complica.

Se tem sido dominante a teoria da causalidade adequada³², há outras propostas que merecem ser ponderadas. As teorias do escopo da norma violada e das esferas de risco têm sido trazidas à discussão³³.

Parece produtiva e clara a teoria segundo a qual é necessário ver se o comportamento do agente produziu a *violação do bem jurídico ou interesse que o dever visava proteger*, e se essa *violação conduziu ao dano*, sem prejuízo de um juízo de adequação e da admissibilidade da objeção do comportamento alternativo lícito³⁴.

Que dizer, por exemplo, se a sociedade não se apresenta à insolvência por confiar nos balanços, vindo depois dizer que, se tivesse uma fotografia precisa do valor do passivo relativamente ao ativo, teria cessado a atividade num momento anterior, quando a diferença entre um e outro era menor? Será possível provar que a sociedade teria realmente evitado o agravar da situação se o ROC tivesse contado tudo o que sabia? Tanto mais que não é o ROC que elabora os balanços. E aqui pode perguntar-se se a sociedade tem fundamento para demandar o ROC quando o seu órgão de administração dá ordens para elaborar contas que não dão uma imagem verdadeira e apropriada ou, pelo menos, sabe que isso

³² Na Itália, Grazia Buta, «Responsabilità», in Pietro Abbadessa / Giuseppe Portale, dir., *Le società per azioni*, T. I, Milano: Giuffrè, 2016, 1813-1834, a p. 1819, considera que apenas há que ter em conta o dano que se apresenta como consequência imediata e direta do incumprimento.

³³ V., p. ex., Mafalda Miranda Barbosa, «A conformação da causalidade pela jurisprudência nacional: consenso ou dissenso evolutivo?», BFD, 90/1 (2014) 219-262; e Idem, «A questão causal ao nível da responsabilidade pelo prospeto: breve reflexão acerca do n.º 2 do artigo 152.º do Código de Valores Mobiliários», 142 s.; Menezes Cordeiro, *Tratado de direito civil*, VIII, Coimbra: Almedina, 2016, 531 s. Para uma discussão sobre os «entendimentos possíveis da causalidade», Carneiro da Frada, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, 626 s.

³⁴ Em termos semelhantes, para a Alemanha, Werner Ebke, «§ 323 Verantwortlichkeit des Abschlußprüfers», Rn. 69.

acontece e nada faz para o evitar. No entanto, um dos fins da revisão é também o de proteger a sociedade relativamente aos seus administradores e trabalhadores³⁵.

Evidentemente, se o ROC não detetou apesar de ter cumprido os seus deveres, não é responsável. Se o ROC não detetou e não cumpriu os seus deveres, pode ter que responder. E se o ROC não cumpre os deveres, mas também não poderia detetar o que estava mal ainda que os tivesse cumprido?

O artigo 570.º do CCiv., que trata da *culpa do lesado*, pode ser aqui aplicado³⁶. Nomeadamente, quando os representantes da entidade auditada ou os seus trabalhadores atuam com dolo e o ROC, negligentemente, não se apercebe³⁷. Também se pode imaginar um caso em que todos (incluindo o ROC) atuam com dolo³⁸.

7. Um apontamento sobre o papel dos membros dos órgãos de fiscalização

Nas sociedades anónimas com estrutura tradicional ou latina com ROC fora do conselho fiscal compete a este último fiscalizar a revisão de contas aos documentos de prestação de contas da sociedade (artigo 420.º, 2, a), do CSC), o mesmo competindo à comissão de auditoria (artigo 423.º-F, 1, n)) e ao conselho geral e de supervisão (artigo 441.º, 1, n)) e à sua comissão para as matérias financeiras (artigo 444.º, 2³⁹).

³⁵ Grazia Buta, «Responsabilità», 1820.

³⁶ V. também o § 254 do BGB.

³⁷ Defendendo que, na relação entre a sociedade e o revisor, e perante o dolo de quem atua pela sociedade auditada falsificando o balanço ou os documentos em que se baseia, a negligência do revisor não implicará responsabilidade deste tendo em conta o teor do § 254 do BGB, Böcking / Gros / Rabenhorst, «HGB § 323 Verantwortlichkeit des Abschlußprüfers», Rn. 20. Por outro lado, defendem aqueles autores que haverá divisão se quem atua pela sociedade e o revisor atuam com dolo ou se ambos atuam com negligência, mas quem atua pela sociedade o faz com negligência grave. Se, porém, ambos atuam somente com negligência, entendem que a responsabilidade é apenas do revisor.

³⁸ Com estas e outras hipóteses, para a Alemanha, Werner Ebke, «§ 323 Verantwortlichkeit des Abschlußprüfers», Rn. 74.

³⁹ É discutível se apenas a comissão para as matérias financeiras pode dedicar-se «ao exercício das funções referidas nas alíneas f) a o) do artigo

A fiscalização da revisão de contas deve, designadamente, dar atenção à certificação das contas e verificar se o parecer traduz uma opinião sem ou com reservas, adversa ou se contém uma escusa de opinião. As ênfases também serão relevantes. Mesmo a opinião sem reservas pode obrigar a maiores cuidados se os membros do órgão de fiscalização têm conhecimento de factos que deveriam levar a outra opinião⁴⁰.

8. A responsabilidade dos ROCs para com os sócios

O artigo 82.º, 1, do CSC diz simultaneamente respeito à responsabilidade dos ROCs para com a sociedade e para com os sócios. A responsabilidade perante os sócios pelo exercício das funções de revisão legal das contas da sociedade será, em regra, extracontratual⁴¹.

Mas, para que assim se responsabilize, é necessário encontrar uma violação de normas de proteção que permita aplicar o artigo 483.º do CCiv., o que se torna mais fácil no âmbito da revisão legal de contas. Pode também pensar-se numa eventual responsabilidade por abuso de direito ou por *culpa in contrabendo*, se estiverem preenchidos os pressupostos. Tudo isto, obviamente, supondo que o contrato celebrado entre a sociedade e o ROC não é redigido com cláusulas que permitem dizer que é um contrato a favor do terceiro sócio. Não se pode também excluir que exista um contrato com eficácia de proteção de terceiro. A isto voltaremos quando tratarmos da responsabilidade perante terceiros.

441.º». A lei usa as palavras «especificamente dedicada», mas isso não quer dizer o mesmo que «exclusivamente dedicada». Parecendo ter outra leitura, Armando Triunfante, Código das Sociedades Comerciais, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, 490; António Menezes Cordeiro, Código das Sociedades Comerciais anotado, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2011, 1139, Gabriela Figueiredo Dias, «Artigo 444.º», 832.

⁴⁰ Sobre isto, para a Alemanha, Joachim Hennrichs, «Corporate Governance und Abschlußprüfung», Festschrift für Peter Hommelhoff zum 70. Geburtstag, Köln: Otto Schmidt, 2012, 398.

⁴¹ Não estamos agora a falar, evidentemente, de alguns casos em que o CSC pressupõe a existência de uma relação contratual entre o ROC e o sócio, como sucede normalmente nas hipóteses dos artigos 181.º, 3, 214.º, 4, e 288.º, 3.

Não há dúvida que o mesmo ato do ROC pode conduzir a um dano causado à sociedade (por exemplo, distribuiu lucros que não deveria ter distribuído, pagou impostos que não devia ter pago) e a um dano causado ao sócio, que adquiriu ações a um preço injustificado⁴². Mas também haverá casos em que o sócio só poderá ser indenizado se a sociedade não for ressarcida...⁴³

9. A responsabilidade para com os credores sociais «nos termos previstos no artigo 78.º» do CSC

O artigo 82.º, 2, do CSC limita-se a remeter para o artigo 78.º no que diz respeito à responsabilidade dos ROC *para com os credores* da sociedade. Assim, essa responsabilidade existe quando, «pela inobservância culposa das disposições legais ou contratuais destinadas à proteção» dos credores sociais, o «património social se torne insuficiente para a satisfação dos respetivos créditos».

Para que os ROCs respondam para com os credores sociais nos termos do artigo 78.º do CSC⁴⁴ é necessário: que os ROCs tenham, com o seu comportamento, deixado de observar disposições legais ou contratuais destinadas à proteção dos próprios credores; que a inobservância das disposições legais ou contratuais tenha sido culposa (dolosa ou negligente)⁴⁵; que o património social se tenha tornado insuficiente para satisfazer os créditos sobre a sociedade; que tenha sido em consequência da inobservância daquelas disposições legais ou contratuais que o património social se tornou insuficiente para a satisfação dos créditos dos credores sociais⁴⁶.

⁴² Exemplos colhidos em Grazia Buta, «Responsabilità», 1829.

⁴³ Grazia Buta, «Responsabilità», 1829, refere a necessidade de aguardar pelo exercício da ação social de responsabilidade.

⁴⁴ Responsabilidade que, neste caso, será delitual. No entanto, também em relação aos credores se pode colocar a questão de saber se haverá algum contrato a favor de terceiros ou com eficácia de proteção em relação a terceiros. E pode-se novamente averiguar se haverá possibilidade de responsabilizar os rocs com fundamento no abuso de direito ou na culpa in contrahendo. Veja-se o que escreve Coutinho de Abreu, Responsabilidade civil dos administradores de sociedades, 75, nt. 146, quanto aos eventuais «contratos com eficácia de proteção para terceiros».

⁴⁵ Culpa essa que não se presume.

⁴⁶ Defendendo que a culpa se refere não apenas ao ato danoso, mas também à criação da situação de insolvência patrimonial, Ana Perestrelo de

No que diz respeito às *disposições legais ou contratuais que o ROC não observou*, deverão ser disposições destinadas à proteção dos próprios credores⁴⁷. Essas disposições legais são relativamente fáceis de encontrar: cfr., p. ex., os artigos 26.º, 32.º ou 33.º do csc. Já no que diz respeito às disposições contratuais, será mais difícil dar com elas. Mas não está excluído que um credor com maior poder negocial consiga levar a que essas disposições sejam inseridas nos contratos celebrados pela entidade auditada com os ROCs.

Para que os ROCs sejam responsáveis, tem de haver *dano*. Esse dano consiste na insuficiência do património social para a satisfação dos créditos dos credores sociais. Haverá dano para os credores sociais na medida em que o património social se tornou insuficiente para satisfazer aqueles créditos⁴⁸ e, por isso, estes não foram satisfeitos ou não foram totalmente satisfeitos.

Esta responsabilidade para com os credores sociais não é «excluída pela renúncia ou pela transação da sociedade nem pelo facto de o ato ou omissão assentar em deliberação da assembleia geral»⁴⁹ (artigo 78.º, 3, csc).

O artigo 78.º, 5, remete para os n.ºs 2 a 6 do artigo 72.º, para o artigo 73.º e para o artigo 74.º, 1. Algumas destas remissões têm sido debatidas pela doutrina logo a propósito da responsabilidade de gerentes ou administradores. Vários dos problemas então detetados podem ser trazidos para aqui.

Oliveira, Manual de governo das sociedades, 273. O regime do artigo 78.º, à primeira vista, não parece jogar bem com a eventual responsabilidade ilimitada dos sócios das sociedades em nome coletivo ou dos sócios comanditados. No entanto, como lembra Elisabete Ramos, «Artigo 175.º», in J. M. Coutinho de Abreu, Código das Sociedades Comerciais em comentário, III, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2016, 22, «parece que a insuficiência de bens – o património da sociedade, embora tenha bens, não é suficiente para pagar as dívidas sociais – não basta para ativar a responsabilidade subsidiária dos sócios».

⁴⁷ Adelaide Menezes Leitão, «Responsabilidade dos administradores para com a sociedade e os credores sociais por violação de normas de protecção», RDS, 3 (2009) 647-679. Para Nuno Pinto de Oliveira, Responsabilidade civil dos administradores: entre direito civil, direito das sociedades e direito da insolvência, Coimbra, 2015, 175. Contra, Ana Perestrelo de Oliveira, Manual de governo das sociedades, 277.

⁴⁸ Julgamos ser isto que sustenta também Coutinho de Abreu, Responsabilidade civil dos administradores de sociedades, 72 s.

⁴⁹ Sobre a prescrição, cfr. o artigo 174.º, 2.

Coutinho de Abreu faz a defesa de uma interpretação restritiva da remissão que o artigo 78.º, 5, efetua para o artigo 72.º, 2⁵⁰ e para o artigo 72.º, 5⁵¹.

No primeiro caso, porque considera que no âmbito do artigo 78.º, 1 (e 79.º, 1) estarão em causa, quase sempre, violações de deveres específicos e que não permitirão o exercício da discricionariedade⁵², só aqui sendo possível invocar a *business judgment rule* (versão portuguesa).

Quanto à remissão para o artigo 72.º, 5, a interpretação restritiva defendida por aquele Professor funda-se sobretudo no disposto no próprio artigo 78.º, 3. Concordamos com esta última posição, mas não com a primeira.

Com efeito, não seria necessária a interpretação restritiva da remissão para o artigo 72.º, 2, se consideramos que este último não é aplicável quando estão em causa deveres específicos. Mas, além disso, o que se pode perguntar também é se, em certos casos, não haverá ainda uma margem de discricionariedade do ROC.

Por sua vez, a remissão para o artigo 74.º, 1, faz sobretudo sentido, na nossa opinião, quanto às cláusulas dos contratos celebrados com os ROCs com que se pretenda limitar a responsabilidade destes. Já não, obviamente, no que respeita à ação social de responsabilidade. É que estamos a falar da responsabilidade para com os credores sociais.

Quanto à remissão para o artigo 72.º, 3, 4 e 5, a mesma não faz sentido no que diz respeito à responsabilidade dos ROCs. A menos que estejam em causa deliberações tomadas na SROC. Já a remissão para o artigo 72.º, 6, é aplicável à responsabilidade dos ROCs.

O artigo 82.º, 2, remete para o artigo 78.º, e o n.º 5 deste último reencaminha o intérprete para o artigo 73.º. Este estabelece, por um lado, a solidariedade da responsabilidade dos fundadores, gerentes ou administradores e, por outro, um direito

⁵⁰ Criticamente também, Carneiro da Frada, «A business judgment rule no quadro dos deveres gerais dos administradores», 98-99.

⁵¹ Coutinho de Abreu, Responsabilidade civil dos administradores de sociedades, 47, nt. 93 e p. 78.

⁵² Com posição semelhante, Ana Perestrelo de Oliveira, Manual de governo das sociedades, 272.

de regresso. Mas, então, a dupla remissão referida obriga outra vez a perguntar se ela significa que a responsabilidade dos ROCs é solidária entre si no caso de existir atuação de vários ROCs ou se significa que os ROCs respondem solidariamente com os sujeitos mencionados no artigo 73.º, 1. Na verdade, consideramos que significa as duas coisas⁵³. Obviamente, quanto aos danos causados com as condutas apreciadas. O ROC não é responsável por factos dos administradores. A responsabilidade do ROC poderá existir pelo que ele faz ou deixa de fazer, e na medida dos danos que a sua atuação ou omissão causa.

O artigo 78.º contém ainda, no seu n.º 2, uma menção à ação subrogatória dos artigos 606.º a 609.º do CCiv. Assim, se o ROC for responsável perante a sociedade os credores poderão, eventualmente, acabar por exercer o direito de indemnização da sociedade.

10. A responsabilidade para com terceiros em geral

A responsabilidade que vem mencionada no artigo 82.º é a que ocorre por danos causados à sociedade⁵⁴, aos sócios desta (n.º 1) e a credores da sociedade (n.º 2). Daí que se questione se o ROC pode ou não ser responsabilizado para com *outros terceiros*⁵⁵

⁵³ Parece ser essa também a leitura de Menezes Cordeiro, «Artigo 82.º», in Idem, coord., Código das Sociedades Comerciais anotado, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2011, 295.

⁵⁴ Neste caso trata-se, claramente, de responsabilidade obrigacional, como já defendia Gabriela Figueiredo Dias, «Controlo de contas e responsabilidade dos roc», aavv, Temas societários, Coimbra: Almedina/idet, 2006, 180 (no mesmo sentido, cf. Ana Perestrelo de Oliveira, Manual de governo das sociedades, 354).

⁵⁵ Estão em causa os que são terceiros em relação ao contrato celebrado entre a sociedade auditada e o ROC. Sobre as dificuldades em conceber uma responsabilidade perante terceiros em geral, Gabriela Figueiredo Dias, Fiscalização de sociedades e responsabilidade civil (após a reforma do Código das Sociedades Comerciais), 64 s.; considerando que a responsabilidade perante terceiros é aquiliana «no âmbito da violação de normas de proteção», Ana Perestrelo de Oliveira, Manual de governo das sociedades, 354. Para a Itália, afirmando que nunca se duvidou da possibilidade de responsabilizar o revisor para com terceiros, Grazia Buta, «Responsabilità», 1822. No Reino Unido, um dos leading case é o Hedley Byrne & Co v. Heller & Partners ([1963] 2 All ER 575), em que se entendeu que as pessoas que

(nomeadamente, os *investidores*⁵⁶) ou fora do enquadramento do artigo 78.º do csc⁵⁷, e, no caso de a resposta ser positiva, com que fundamento. Como vimos, essa possibilidade de responsabilização perante terceiros está prevista no artigo 115.º, 1, do EOROC quanto aos danos que lhes sejam culposamente causados no exercício das *funções de interesse público*⁵⁸.

O caminho a seguir deve ser ponderado caso a caso⁵⁹. Não está afastado que o ROC ou SROC responda delitualmente

emitem declarações têm um dever de cuidado para com quem existe uma relação especial. Porém, é com o caso *Caparo Industries v. Dickman and others* ([1990] 1 All ER 568; AC 605) que verdadeiramente se têm em conta as especificidades relacionadas com a auditoria. Para uma descrição de ambos, Ingrid De Poorter, «Auditor's liability towards third parties within the EU», 69 s. Para uma análise dos instrumentos disponíveis para a Alemanha e tendo em conta as dificuldades que o § 323, Abs. 2, do HGB coloca, Nicole Demme, *Die Unabhängigkeit des Abschlussprüfers nach deutschem, US-amerikanischem und internationalem Recht*, 51 e s., referindo o instituto do contrato com eficácia de proteção a favor de terceiros e a responsabilidade delitual ao abrigo dos §§ 826 e 831 do BGB; por sua vez, Ingrid De Poorter, «Auditor's liability towards third parties within the EU», 72 s., dá conta das diversas teorias que foram sendo seguidas pelo BGH (contrato de informação, contrato de garantia, contrato de eficácia de proteção a favor de terceiros); sobre tudo isto, entre nós, v. Gabriela Figueiredo Dias, *Fiscalização de sociedades e responsabilidade civil* (após a reforma do Código das Sociedades Comerciais); e Ana Perestrelo de Oliveira, *Manual de governo das sociedades*, 356.

⁵⁶ No caso das sociedades com elevada capitalização no mercado, é fácil de ver que o risco de danos em massa pode existir: sobre isto, Ingrid De Poorter, «Auditor's liability towards third parties within the EU», 68.

⁵⁷ Com efeito, o regime previsto no artigo 78.º do csc diz respeito a circunstâncias bem específicas: o património social tornou-se insuficiente para a satisfação dos créditos em causa. Mas não parece que só então possa haver responsabilidade dos gerentes ou administradores ou, por remissão do artigo 82.º, 2, dos ROC, para com os credores sociais.

⁵⁸ Perante o anterior eoroc, Carneiro da Frada, «O problema e os limites da responsabilidade dos auditores», 187 s., a p. 193, lembrava que não se poderia dar por assente, sem mais, que a infração dos deveres que recaiam sobre os rocs legitimasse «pedidos indemnizatórios de terceiros com quem os auditores não se encontram contratualmente ligados».

⁵⁹ Perante o artigo 111.º do eoroc aprovado pelo dl 422-A/93, de 30 de dezembro, Carlos Costa Pina, *Dever de informação e responsabilidade pelo prospeto no mercado primário de valores mobiliários*, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, 204, considerava que a responsabilidade dos rocs perante terceiros era «pura responsabilidade extracontratual».

por violação de uma norma de proteção⁶⁰, mas a identificação dessas normas nem sempre será fácil (embora o seja mais no âmbito da revisão legal de contas). Em muitos casos, as normas que regulam a atividade dos ROCs ou SROCS são apenas relativas ao exercício da profissão. Será o caso da generalidade dos *standards* profissionais⁶¹. Também não é simples encontrar deveres do tráfego para proteção do património de terceiros, se aceitarmos a figura.

A atuação contra os bons costumes ou com abuso de direito poderá, é certo, permitir a responsabilização⁶². Pode

⁶⁰ Para a Alemanha, Müller, «§ 23 Haftungsbe gründende Tätigkeiten», in Willhöfer / Peltzer / Müller, Die Haftung von Vorstand, Aufsichtsrat, Wirtschaftsprüfer, Rn. 46-48, dando como exemplos normas penais que sancionam a burla, a infidelidade, a falsificação de documentos, etc. Gabriela Figueiredo Dias, «Artigo 82.º», in J. M. Coutinho de Abreu, coord., Código das Sociedades Comerciais em comentário, I, 1028, considera que o artigo 420.º-A, 1, será norma legal de proteção, mas afasta essa qualificação quanto ao artigo 420.º, 4, do csc, e aos artigos 61.º e 65.º do eoroc, pois entende que não se encontra ali um interesse de terceiros que seja autonomizável relativamente ao «interesse público, supra-individual, que é o da veracidade, fiabilidade e transparência da informação financeira certificada pelo revisor oficial de contas». Afirmando a «ausência de normas genéricas de protecção de terceiros face à actuação do auditor no regime jurídico português», José Ferreira Gomes, «A responsabilidade civil dos auditores», 374; e, com discurso idêntico, Francisco Saraiva, Independência e responsabilidade civil do auditor externo das sociedades comerciais cotadas, 75. Como certamente já se terá intuído, o problema no recurso ao artigo 483.º do CCiv. para fundar a responsabilidade do roc para com terceiros está sobretudo na necessidade de se verificar que o dano se produziu no círculo de interesses privados de a lei visa tutelar (cfr. Antunes Varela, Das obrigações, I).

⁶¹ Werner Ebke, «§ 323 Verantwortlichkeit des Abschlußprüfers», Rn. 102.

⁶² Sobre a aplicação do § 826 do BGB na Alemanha, Müller, «§ 23 Haftungsbe gründende Tätigkeiten», in Willhöfer / Peltzer / Müller, Die Haftung von Vorstand, Aufsichtsrat, Wirtschaftsprüfer, Rn. 49. Entre nós, Sínde Monteiro, Responsabilidade civil por conselhos, recomendações e informações, 179 s., 535 s., aborda a questão em geral. José Ferreira Gomes, «A responsabilidade civil dos auditores», 374 s., afasta, no entanto, a aplicação do artigo 334.º CCiv. ao caso da conduta do roc na revisão legal de contas. Porém, não parece que a atuação contrária aos bons costumes só possa conduzir à responsabilização no quadro do artigo 334.º do CCiv., como aliás mostra Carneiro da Frada, Uma «Terceira Via» no direito da responsabilidade civil? O problema da imputação dos danos causados a terceiros por auditores de sociedades, 64.

igualmente existir verdadeira responsabilidade pré-contratual⁶³, se aceitarmos que é possível estendê-lo à responsabilidade para com terceiros. Até pode ter existido um contrato a favor de terceiros celebrado com o ROC ou SROC⁶⁴. No entanto, no âmbito da revisão legal de contas essa deve ser uma situação que dificilmente ocorrerá⁶⁵.

O contrato a favor de terceiros não se confunde com o *contrato com eficácia de proteção a favor de terceiros* (*Vertrag mit Schut-*

⁶³ Müller, «§ 23 Haftungs begründende Tätigkeiten», Rn. 39 s., lembra o «novo» § 311, Abs. 3, do BGB. Porém, o autor recorda também que, para haver então responsabilidade do Abschlussprüfer, será necessário que exista um interesse económico deste na conclusão do contrato ou que utilize a especial confiança que resulta dos seus conhecimentos e da pertença a uma classe profissional que tem especiais qualificações. Mas a propósito deste último caso lembra que se torna mais difícil responsabilizar assim o Abschlussprüfer do que recorrendo à figura do contrato com eficácia de proteção de terceiros, pois será necessário que exista por parte daquele uma participação ativa na fase pré-contratual e uma colaboração na criação de confiança. Carneiro da Frada, em «O problema e os limites da responsabilidade dos auditores», 194, considera que, para além de outros casos, a responsabilidade do auditor perante terceiros dependerá, designadamente, de uma movimentação «com independência e autonomia» no processo de formação de um contrato ao lado de uma das partes, de ter concitado «pessoalmente o crédito de determinados terceiros». Por sua vez, Gabriela Figueiredo Dias, «Artigo 82.º», também se pronuncia sobre a responsabilidade pré-contratual do roc referindo-se aos «terceiros que intervenham nas negociações pré-contratuais [...] sobretudo se o sujeito em causa tiver captado a confiança da contraparte e defraudar essa confiança [...] exerçam uma influência determinante na decisão de contratar [...] exigindo-se que o roc tenha ou pudesse ter tido a consciência de que a informação por ele produzida se destinava a ser utilizada por esse terceiro com o qual se estabeleceu uma tal relação de confiança».

⁶⁴ V. exemplos em Müller, «§ 23 Haftungs begründende Tätigkeiten», Rn. 54. Mostrando a dificuldade de preenchimento dessa hipótese, Carneiro da Frada, Uma «terceira via» no direito da responsabilidade civil? O problema da imputação dos danos causados a terceiros por auditores de sociedades, 26 s. José Ferreira Gomes, «A responsabilidade civil dos auditores», 361 s., defende que o contrato a favor de terceiros no âmbito da revisão legal de contas é a favor do interesse público (artigo 445.º do CCiv.), que se «projecta nos stakeholders como um interesse individual homogéneo», e que a responsabilidade será obrigacional, concluindo pela admissibilidade de ação popular por aqueles para se ressarcirem dos danos que lhes foram causados pelo auditor.

⁶⁵ «So gut wie nie», como diz Werner Ebke, «§ 323 Verantwortlichkeit des Abschlußprüfers», Rn. 136.

zwirkung zugunsten Dritter)⁶⁶. É, no entanto, discutido na Alemanha em que casos é que a figura permite responsabilizar o auditor.

Partindo da jurisprudência do BGH⁶⁷, Müller⁶⁸ considera necessário que, para haver responsabilidade do revisor de contas perante terceiros através da figura do contrato com eficácia de proteção a favor de terceiros, vários pressupostos devem estar preenchidos: *a)* A entidade auditada deve ter solicitado a revisão para utilizar os resultados perante terceiros; *b)* Ambas as partes pretendem que terceiros sejam incluídos no âmbito da prestação⁶⁹; *c)* Os terceiros devem encontrar-se na proximidade da prestação contratual⁷⁰, podendo os seus bens juridicamente protegidos ser, de forma determinável e tipicamente, afetados e prejudicados pelo resultado da auditoria; *d)* O terceiro deve ter um interesse justificado na proteção⁷¹. Por sua vez, Ingrid De Poorter defende que a responsabilização através do contrato com eficácia de proteção de terceiros depende de: *a)* Uma proximidade do contrato ou da prestação, significando isso que o risco que o terceiro corre

⁶⁶ Para uma análise da figura, v., p. ex., Carlos da Mota Pinto, Cessão da posição contratual, Coimbra: Almedina, 1982, 419 s.; Carneiro da Frada, Uma «terceira via» no direito da responsabilidade civil? O problema da imputação dos danos causados a terceiros por auditores de sociedades, 88 s.; Carlos Ferreira de Almeida, Contratos, II, Coimbra: Almedina, 2012, 50. Aceitando a possibilidade de recurso ao contrato com eficácia de proteção de terceiros quando esteja em causa a revisão legal de contas, José Ferreira Gomes, «A responsabilidade civil dos auditores», 392.

⁶⁷ Indicando como decisão inicial a do Reichsgericht de 5.10.1917, RGZ, 91, 21 s., Sara Tancredi, Die Regulierung von Hedge-Fonds und Private Equity in Europa und den USA, 146.

⁶⁸ Müller, «§ 23 Haftungsbegründende Tätigkeiten», Rn. 33. Há, igualmente, decisões marcantes do OLG Stuttgart e do OLG Hamm, embora também exista jurisprudência de sentido inverso (decisões do LG Hamburg e do OLG Düsseldorf): v. Werner Ebke, «§ 323 Verantwortlichkeit des Abschlußprüfers», Rn. 88 s.

⁶⁹ A este propósito, Böcking / Gros / Rabenhorst, «HGB § 323 Verantwortlichkeit des Abschlußprüfers», Rn. 25, mencionam um «Schutzpflicht des Gläubigers».

⁷⁰ Referindo-se também à «Leistungsnähe des Dritten», Böcking / Gros / Rabenhorst, «HGB § 323 Verantwortlichkeit des Abschlußprüfers», Rn. 25.

⁷¹ Böcking / Gros / Rabenhorst, «HGB § 323 Verantwortlichkeit des Abschlußprüfers», Rn. 25, exigem que a inserção do terceiro no dever de proteção e custódia do obrigado e no círculo de pessoas a proteger seja reconhecível («Erkennbarkeit der Einbeziehung des Dritten»).

deve ser igual ao risco da empresa auditada (o que, na opinião da autora, não servirá para indemnizar os investidores individuais); b) A existência de uma relação especial entre o terceiro e a empresa auditada, justificando um dever de cuidado por parte do auditor para com o primeiro; c) O auditor saber ou dever saber que tinha esse dever de cuidado para com o terceiro e este tinha um interesse considerável na boa execução do contrato entre o auditor e a empresa auditada⁷². O aprofundamento do tema ficará para outros escritos, mas os requisitos identificados acima mostram que na revisão oficial de contas a figura terá pouca aplicação.

Na generalidade dos casos não será possível responsabilizar o ROC ou SROC para com terceiros apenas por terem errado no desempenho das suas funções. Não parece também que se possa sustentar a responsabilidade do ROC para com terceiros pelo simples facto de um terceiro ter tomado decisões economicamente relevantes com base na revisão legal de contas e na certificação legal das mesmas⁷³. Isto, sem prejuízo do que diremos adiante acerca do auditor a que é feita referência no artigo 8.º do CVM.

No âmbito da atividade de revisão legal de contas, há que ter presente que esta «não inclui uma garantia quanto à viabilidade futura da entidade auditada, nem quanto à eficiência ou eficácia com que o órgão de administração conduziu as atividades da entidade auditada». As reservas, a opinião adversa, as ênfases ou, eventualmente a escusa de emitir opinião de auditoria no âmbito da certificação legal das contas são matérias que

⁷² Há quem se refira a uma relação obrigacional legal («Gesetzliches Schuldverhältnis»), que integra direitos e deveres para com o terceiro e que poderá fundamentar um pedido de indemnização. Sobre a matéria, embora a propósito do depositário de um FIA, Sara Tancredi, *Die Regulierung von Hedge-Fonds und Private Equity in Europa und den USA*, 147. Na Itália, também há quem defenda que a responsabilidade será contratual sempre que resulta do incumprimento de obrigações preexistentes, ainda que de fonte legal: Grazia Buta, «Responsabilità», 1824. Admitir uma responsabilidade contratual perante terceiros tem consequências sérias: lembre-se a repartição do risco e do ónus da prova, a responsabilidade por atos de comissários, a prescrição. Sobre o tema, para a Alemanha, Werner Ebke, «§ 323 Verantwortlichkeit des Abschlussprüfers», Rn. 121 s.

⁷³ Em termos semelhantes, para a Alemanha, Matthias Schüppen, «§ 323», in Thomas Heidel / Alexander Schall, hrg., *Handelsgesetzbuch. Handkommentar*, 2. Aufl, Baden-Baden: Nomos, 2015, Rn. 14.

têm especial relevância (v. o artigo 45.º, 2, c), d), e 4, do EOROC). O mesmo se diga quanto à «declaração sobre qualquer incerteza material relacionada com acontecimentos ou condições que possam suscitar dúvidas significativas sobre a capacidade da entidade para dar continuidade às suas atividades» (artigo 45.º, 2, f), do EOROC). Se o ROC omite reservas, opinião adversa ou ênfases que deveria ter incluído na certificação legal de contas, isso pode ter influenciado as decisões de terceiros, que concederam crédito, investiram ou desinvestiram por causa do que constava na documentação em causa.

11. A responsabilidade prevista no artigo 420.º-A do CSC

Dispõe o artigo 420.º-A, 5, do CSC que o ROC que «não cumpra o disposto nos n.ºs 1, 3 e 4 é solidariamente responsável com os membros do conselho de administração ou do conselho de administração executivo pelos prejuízos decorrentes para a sociedade». Logo a seguir, o n.º 6 acrescenta que o ROC, afinal, «não incorre em responsabilidade civil pelos factos referidos nos n.ºs 1, 3 e 4». Como resolver a aparente contradição»

A doutrina teve já ocasião de tratar da questão. Calvão da Silva⁷⁴, olhando para o presidente da comissão de auditoria e para a remissão que do artigo 423.º-G, 2, é feita para o artigo 420.º-A (e, portanto, também para o seu n.º 6), considerava que não haverá responsabilidade civil pelos factos reveladores de graves dificuldades na prossecução do objeto da sociedade se «deles não tiver tomado conhecimento nem tivesse o dever de conhecer».

Por sua vez, Tiago Marques⁷⁵ sustentou que a exclusão de responsabilidade diz respeito aos prejuízos que resultem para a sociedade do cumprimento do artigo 420.º-A, 1, 2 e 3, por o ROC ter desencadeado o procedimento de vigilância.

⁷⁴ «Responsabilidade civil dos administradores não executivos, da comissão de auditoria e do conselho geral e de supervisão», in aavv, Jornadas em Homenagem ao Professor Doutor Raúl Ventura. A reforma do Código das Sociedades Comerciais, Coimbra: Almedina, 2007, 128.

⁷⁵ Responsabilidade civil dos membros de órgãos de fiscalização das sociedades anónimas, Coimbra: Almedina, 2009, 251.

Gabriela Figueiredo Dias⁷⁶ distingue entre as falhas quanto aos atos «que são da exclusiva competência da administração ou do presidente da mesa» e os do ROC que constituem «violação por culpa própria do dever de diligência, nas suas várias formas de concretização previstas nos n.ºs 1, 3 e 4».

Pela nossa parte, julgamos que a leitura adequada é esta: o ROC será responsável, nos termos do n.º 5, se não cumpre os deveres que sobre ele recaem (comunicação ao presidente do conselho de administração ou do conselho de administração executivo – n.º 1 –, requerimento de convocação do conselho de administração ou do conselho de administração executivo – n.º 3 –, requerimento de convocação da assembleia geral – n.º 5); o ROC não será responsável, nos termos do n.º 6, pelos factos referidos nos n.ºs 1, 3 e 4 que não dizem respeito aos seus deveres (não será responsável pelos factos que revelam graves dificuldades na prossecução do objeto da sociedade – n.º 1 –, nem será responsável pelo facto de o presidente não responder ou a resposta não ser considerada satisfatória – n.º 3 –, nem será responsável pelo facto de a reunião prevista no n.º 3 não se realizar ou as medidas adotadas não serem adequadas à salvaguarda do interesse da sociedade, como não será responsável pela não convocação da assembleia geral por quem tinha poderes, ou pelas deliberações que esta toma sobre as matérias mencionadas no n.º 4).

12. Legitimidade em caso de insolvência

Em caso de insolvência da sociedade auditada, o artigo 82.º, 3, a), do CIRE estabelece que o administrador da insolvência tem exclusiva legitimidade para propor e fazer seguir, designadamente, ações de responsabilidade *a favor do devedor* contra *administradores de facto e membros do órgão de fiscalização*.

Quanto à responsabilidade perante a sociedade, o administrador da insolvência terá aquela legitimidade exclusiva quando *o ROC atuou como administrador de facto ou na qualidade de membro do órgão de fiscalização*. E justifica-se, na nossa opinião, aplicar ainda

⁷⁶ «Artigo 420.º-A», in J. M. Coutinho de Abreu, coord., Código das Sociedades Comerciais em comentário, VI, 634 e 636.

o preceito quando se trata da *responsabilidade do ROC, enquanto tal, perante a sociedade*.

Também faz sentido aplicar o artigo 82.º, 3, b), do CIRE à responsabilidade do ROC *perante os credores sociais* na medida em que, por força da remissão do artigo 82.º, 2, do CSC para o disposto no artigo 78.^{o77}, «pela inobservância culposa das disposições legais ou contratuais destinadas à proteção destes, o património social se torne insuficiente para a satisfação dos respetivos créditos»⁷⁸.

Já não se justifica que a referida legitimidade exclusiva valha no caso de responsabilidade do ROC *perante terceiros em geral* ou *perante os seus próprios credores*.

13. A responsabilidade do auditor e o artigo 10.º cvm

No artigo 8.º do cvm está prevista a necessidade de elaboração de um relatório por um auditor relativamente a certa informação financeira produzida pela sociedade. Este auditor é, muitas vezes, designado como auditor «externo».

O relatório do auditor visa dar *confiança* ao mercado e aos que nele atuam relativamente à informação auditada de modo a que possam ser tomadas decisões com base em dados credíveis. E se a informação é fornecida, não precisa de ser procurada, assim se tornando mais céleres essas mesmas decisões.

O que nos interessa agora referir em particular é que no artigo 10.º encontramos algumas regras relativas à responsabilidade desse auditor⁷⁹. De acordo com o n.º 1, se o relatório ou

⁷⁷ Com outra leitura, Ana Perestrelo de Oliveira, Manual de governo das sociedades, 360 s.

⁷⁸ Recorde-se o que escrevemos acima acerca deste preceito.

⁷⁹ Cfr. também os artigos 149.º, 243.º e 251.º do cvm. V., sobre o tema, p. ex., Menezes Leitão, «A responsabilidade civil do auditor de uma sociedade cotada», DVM, VI, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, 229-239; José Ferreira Gomes, «A fiscalização externa da sociedades comerciais e a independência dos auditores – A reforma europeia, a influência norte-americana e a transposição para o direito português», CadMVM, 24 (novembro 2006) 180 s.; Idem, «A responsabilidade civil dos auditores», in aavv, Código das Sociedades Comerciais e governo das sociedades, Coimbra: Almedina, 2008, 343 s., Margarida Azevedo de Almeida, «A responsabilidade civil perante os investidores por realização defeituosa de relatórios de auditoria, recomendações de investimento e relatórios de notação de risco», CadMVM, 36 (agosto 2010) 9

parecer causar danos aos emitentes ou terceiros, daí resultará a responsabilidade solidária e ilimitada: a) dos ROC's e outras pessoas que assinaram o documento; b) da SROC e outras sociedades de auditoria quando os «documentos auditados tenham sido assinados por um dos seus sócios».

A responsabilidade em causa pode existir em relação à *sociedade emitente* ou a *terceiros*. A responsabilidade será, antes de mais, de quem *assinou* o relatório ou parecer. A responsabilidade (*ilimitada, solidária*) pode estender-se à SROC ou outras sociedades de auditoria: isso acontece quando os documentos auditados tenham sido assinados por *um dos sócios* dessas sociedades⁸⁰.

O artigo 10.º do CVM não se pronuncia sobre muitos problemas. No entanto, e com Carneiro da Frada⁸¹, diremos «que não altera os pressupostos da obrigação de responder tal como são estabelecidos nas normas gerais ou especiais existentes, não dispensando uma interpretação à luz do direito comum».

A *ilicitude* relevante para o artigo 10.º do CVM é a que resulta de um relatório ou parecer deficiente. Na verdade, o auditor não responde pelo facto de a informação *prestada pelo emitente* não ser completa, verdadeira, atual, clara, objetiva e lícita. Responde, isso sim, pelo incumprimento dos respetivos deveres de auditor na elaboração do relatório de auditoria⁸². Não está em causa, agora, a responsabilidade pela revisão legal de contas ou pela certificação legal de contas⁸³.

s.; José Melo Rodrigues / Juliano Ferreira, «Responsabilidade pelo conteúdo do prospeto. O caso específico do Revisor Oficial de Contas», 167 s. No Cód-MVM v. o artigo 107.º.

⁸⁰ Considerando a responsabilidade em causa como objetiva, mas exigindo a culpa do sócio que assinou o documento auditado, Gabriela Figueiredo Dias, *Fiscalização de sociedades e responsabilidade civil* (após a reforma do Código das Sociedades Comerciais), 102.

⁸¹ Carneiro da Frada, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, 182, nt. 132. No mesmo sentido, José Ferreira Gomes, «A responsabilidade civil dos auditores», 383.

⁸² Luís Menezes Leitão, «A responsabilidade civil do auditor de uma sociedade cotada», 234, parece fazer leitura diferente. O autor considera que a exigência de vício que «seja suscetível de afectar a decisão de investimento» ainda se situa no plano da *ilicitude* (p. 235).

⁸³ Margarida Azevedo de Almeida, «A responsabilidade civil perante os investidores por realização defeituosa de relatórios de auditoria, recomendações de investimento e relatórios de notação de risco», 24.

A responsabilidade *perante a sociedade emitente* terá natureza obrigacional⁸⁴. Por isso, aplica-se a *presunção de culpa* do artigo 799.º do CCiv.⁸⁵. Olhando para o EOROC, parece evidente que, hoje, a culpa não pode ser apreciada apenas segundo o critério geral da diligência do bom pai de família⁸⁶.

Perante terceiros, o artigo 10.º do CVM parece consagrar uma *norma de proteção*. A responsabilidade será, assim, extracontratual ou, se se preferir, delitual. No entanto, a responsabilidade não será objetiva. Dependerá de prova da *culpa*⁸⁷. O terceiro pode ser o que, por causa do que constava do relatório do auditor, adquiriu ou alienou valores mobiliários, por exemplo.

Quanto ao *dano indemnizável*, trata-se do que é *causado pela deficiência* do relatório de auditoria. Essa deficiência deve ser apurada perante as normas aplicáveis. Os danos indemnizáveis são também os causados a terceiros. Assim, até se pode perguntar se essas normas aplicáveis ao relatório de auditoria não estão a ser classificadas como normas de proteção pelo próprio artigo 10.º do CVM.

14. A responsabilidade civil pelo prospeto

A formação eficiente dos preços nos mercados de capitais, refletindo no preço a informação disponível, e a eficiente alocação desses mesmos capitais, depende da correção da informação fornecida. O prospeto desempenha aí uma função de relevo, permitindo combater a assimetria no acesso à informação⁸⁸.

⁸⁴ Carneiro da Frada, «O problema e os limites da responsabilidade dos auditores», 189 (embora sem se pronunciar especialmente sobre os artigos 8.º e 10.º do CVM); Ana Perestrelo de Oliveira, Manual de governo das sociedades, 355.

⁸⁵ Contra, Luís Menezes Leitão, «A responsabilidade civil do auditor de uma sociedade cotada», 236. Ana Perestrelo de Oliveira, Manual de governo das sociedades, 355, afirma que «tem o lesado de demonstrar a culpa (que não se presume)», mas não é claro se a autora está a referir-se à responsabilidade perante a sociedade ou perante os investidores.

⁸⁶ Mas v., com diferente opinião, Luís Menezes Leitão, «A responsabilidade civil do auditor de uma sociedade cotada», 236 (mas não é claro de que responsabilidade se está a tratar – ou melhor, para com quem).

⁸⁷ Luís Menezes Leitão, «A responsabilidade civil do auditor de uma sociedade cotada», 236.

⁸⁸ O princípio «caveat emptor» apenas faz sentido, efetivamente, se

Em Portugal, uma *oferta pública relativa a valores mobiliários* deve, em regra, ser precedida da divulgação de um prospeto (artigo 134.º, 1, do CVM). O artigo 135.º do CVM estabelece os princípios gerais que a informação contida no prospeto deve respeitar. A *admissão de valores mobiliários à negociação em mercado regulamentado* também obriga, em regra, a elaborar previamente um prospeto (artigo 236.º, 1). Esse prospeto está igualmente sujeito, «com as necessárias adaptações», ao regime do artigo 135.º (artigo 238.º, 1).

De acordo com o n.º 1 do artigo 135.º, o prospeto «deve conter informação completa, verdadeira, atual, clara, objetiva e lícita, que permita aos destinatários formar juízos fundados sobre a oferta, os valores mobiliários que dela são objeto e os direitos que lhe são inerentes, sobre as características específicas, a situação patrimonial, económica e financeira e as previsões relativas à evolução da atividade e dos resultados do emitente e de um eventual garante». Quanto às previsões relativas à evolução da atividade e dos resultados do emitente e quanto à evolução dos preços dos valores mobiliários objeto da oferta, acrescenta o n.º 2 que devem ser «claras e objetivas» e devem respeitar o Regulamento (CE) 809/2004.

Se existir *desconformidade entre o conteúdo do prospeto e o disposto no artigo 135.º* do CVM, está previsto no CVM um regime de responsabilidade pelos danos causados (artigos 149.º-154.º⁸⁹. Quanto à

as partes estiverem em condições de avaliar o objeto do contrato e de obter as necessárias informações: sobre isto, desenvolvimente, Heinz-Dieter Assmann, *Prospekthaftung als Haftung für die Verletzung kapitalmarktbezogener Informationsverkehrspflichten nach deutschem und US-amerikanischem Recht*, Carl Heymanns, 1985, 20 s.

⁸⁹ Considerando que se trata de responsabilidade pré-contratual, Menezes Cordeiro, *Manual de direito dos valores mobiliários*, 364; falando de uma terceira via baseada na teoria da confiança, Carneiro da Frada, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, Coimbra: Almedina, 2004, 751, nt. 829, p. 686 s. Sem tomar posição (embora diga, a p. 740, tratar-se de responsabilidade por factos ilícitos), mas com abordagem do tema, Paulo Câmara, *Manual de direito dos valores mobiliários*, 736. Referindo-se a uma responsabilidade pela confiança a propósito da responsabilidade pelo prospeto, Norbert Bröcker, «§ 6. Kapitalmarktrecht», in Roland Erne, hrg., *Bank- und Börsenrecht*, 5. Aufl., München: Beck, 2014, 417; Susanne Kalss / Martin Oppitz / Johannes Zollner, *Kapitalmarktrecht*, Wien: Linde, 2015, 439 (por culpa in contrahendo, ou melhor, por desenvolvimento desta). Estes últimos autores referem-se, inclu-

sivamente, a um dever jurídico de proteção objetivo de carácter quase contratual - «objektiv rechtliche Schutzpflichten mit quasi-vertraglichen Charakter»; por sua vez, Katja Langenbucher, *Aktien- und Kapitalmarktrecht*, 3. Aufl., München: Beck, 2015, 287, alude mesmo a uma relação obrigacional legal («gesetzlichen Schuldverhältnisses»). Sobre a responsabilidade pelo prospeto, cf. também, ainda antes do atual cvm e a propósito da privatização da Sociedade Financeira Portuguesa, os Pareceres de Menezes Cordeiro, Pessoa Jorge, Inocêncio Galvão Telles, João Calvão da Silva, Marcelo Rebelo de Sousa, Ferrer Correia / Almeno de Sá e Gomes da Silva / Rita Amaral Cabral, in aavy, *A privatização da Sociedade Financeira Portuguesa*, Lisboa: Lex, 1995; Antunes Varela, «Anotação ao acórdão do Tribunal Arbitral de 31 de Março de 1993», RLJ, 126 (1993/1994) 160 s.; Henrique Mesquita, «Oferta Pública de venda de acções e violação de deveres de informar (Comentário a uma operação de privatização)», Coimbra: Coimbra Editora, 1996; Carlos Pina, *Dever de informação e responsabilidade pelo prospeto no mercado primário de valores mobiliários*, Coimbra: Coimbra Editora, 1999; já na vigência do cvm, v. ainda Menezes Leitão, «A responsabilidade civil no âmbito da O.P.A.», Estudos em homenagem ao Professor Doutor Raúl Ventura, II, Lisboa: FDUL, 2003, 181-193; Mafalda Miranda Barbosa, «A questão causal ao nível da responsabilidade pelo prospeto: breve reflexão acerca do n.º 2 do artigo 152.º do Código de Valores Mobiliários», *Direito Civil e sistema financeiro*, Parede: Principia, 2016, 133-155; José Ferreira Gomes, «Responsabilidade civil pelo prospeto: a delimitação dos responsáveis perante o artigo 149.º, 1 cvm», *CadMVM*, 56 (abril 2017) 53-77. No *CódMVM*, v. os artigos 160.º e s. Quanto à responsabilidade do roc, v. José Melo Rodrigues / Juliano Ferreira, «Responsabilidade pelo conteúdo do prospeto. O caso específico do Revisor Oficial de Contas», *CadMVM*, 55 (dezembro 2016) 167 s. A responsabilidade pelo prospeto não afastará a possibilidade de encontrar responsáveis com base no regime da culpa in contrahendo: assim também, para a Áustria, Susanne Kals / Martin Oppitz / Johannes Zollner, *Kapitalmarktrecht*, 443. Para a evolução da responsabilidade pelo prospeto, Heinz-Dieter Assmann, «Civil Liability for the prospectus», *DVM*, 6 (2006) 163-185. Para uma descrição do duplo trilho da responsabilidade pelo prospeto na Alemanha, Sínde Monteiro, *Responsabilidade por conselhos recomendações ou informações*, Coimbra: Almedina, 1989, 97 s. Note-se, porém, que o quadro legislativo é hoje consideravelmente diferente: nomeadamente, quanto aos casos em que existe o dever legal de elaborar um prospeto, pois há que contar não só com a *Wertpapierprospektgesetz (WpPG - s §§ 21 e 22 da WpPG* dizem respeito a prospectos relativos a ofertas públicas ou admissão a mercados organizados de «títulos de crédito», ou *Wertpapieren*) e com a *Vermögensanlagegesetz (VermAnlG)*, mas também com o *Kapitalanlagegesetzbuch (Kagb)*. Sobre tudo isto, Heinz-Dieter Assmann, «§ 5 Prospekthaftung», in *Idem / Schütze, Handbuch des Kapitalanlagerechts*, 4. Aufl., 2015, Rn. 5 s.; no Rn. 21, o autor afirma mesmo que será difícil conceber casos de responsabilidade pelo prospeto que não sejam abrangidos pelas hipóteses legais atualmente disponíveis; ainda sem ter em conta o *Kagb*, Peter Mülbert / Steffen Steup, «§ 41 Haftung für fehlerhafte Kapitalmarktinformation», in *Mathias Habersack / Peter Mülbert / Michael Schlitt, hrg., Unternehmensfinanzierung am Kapitalmarkt*, 3. Aufl., Köln:

responsabilidade pelo prospeto prévio à admissão de valores mobiliários à negociação em mercado regulamentado o artigo 243.º manda aplicar, com algumas exceções, o disposto nos artigos 149.º-154.º⁹⁰. De acordo com o artigo 154.º, o regime dos artigos 149.º-153.º não pode ser afastado por negócio jurídico.

O regime de responsabilidade pelo prospeto deve ser analisado lembrando o disposto na Diretiva dos Prospetos (Diretiva 2003/71/CE⁹¹) e, em especial, o seu artigo 6.º. A Diretiva do Prospeto deixa grande margem de manobra aos Estados-Membros⁹²,

Otto Schmidt, 2013, Rn. 14, já consideravam residual a responsabilidade não abrangida pela WpPG e pela VermAnlG. Para um resumo do regime da responsabilidade pelo prospeto no âmbito da Securities Act de 1933 e da Securities Exchange Act de 1934, Hazen, *Treatise on the Law of Securities Regulation*, vol. 2, 7th ed., St. Paul: Thomson Reuters, 2016, 152 s., com amplo desenvolvimento posterior.

⁹⁰ A responsabilidade pelo conteúdo da informação publicada pelos emitentes é mencionada no artigo 251.º, que se resume à remissão para o artigo 243.º, e a responsabilidade civil pelo conteúdo da informação divulgada em ações publicitárias está prevista no artigo 121.º, que também remete para os artigos 149.º e ss..

⁹¹ Sobre esta e as «troubled negotiations» que a ela conduziram, Niahm Moloney, *EU Securities and Financial Markets Regulation*, 74 s.); entre nós, v., p. ex., Paulo Câmara, «A Directiva dos Prospectos: Contexto, Conteúdo e confronto com o direito positivo nacional», in aavv, *Estudos em Memória do Professor António Marques dos Santos, I*, Coimbra: Almedina, 2005, 1083-1114.

⁹² O artigo 6.º da Diretiva dos Prospetos tem o seguinte teor: «Responsabilidade inerente ao prospecto. 1. Os Estados-Membros devem assegurar que a responsabilidade pela informação prestada num prospecto incumba, pelo menos, ao emitente ou aos seus órgãos de administração, direcção ou fiscalização, ao oferente, à pessoa que solicita a admissão à negociação num mercado regulamentado ou ao garante, consoante o caso. O prospecto deve identificar claramente as pessoas responsáveis, com a indicação dos respectivos nomes e funções ou, no caso das pessoas colectivas, das respectivas denominações e sede estatutária, devendo conter declarações efectuadas pelos mesmos que atestem que, tanto quanto é do seu conhecimento, a informação constante do prospecto estão de acordo com os factos e que não existem omissões susceptíveis de alterar o seu alcance. 2. Os Estados-Membros devem assegurar que as suas disposições legislativas, regulamentares e administrativas em matéria de responsabilidade civil sejam aplicáveis às pessoas responsáveis pela informação fornecida num prospecto. No entanto, os Estados-Membros devem assegurar que ninguém possa ser tido por civilmente responsável meramente com base no sumário, ou em qualquer tradução deste, salvo se o mesmo contiver menções enganosas, inexactas ou incoerentes, quando lido em conjunto com as outras partes do prospecto, ou não preste as informações

o que permite o *forum shopping*⁹³. Embora não surja ali referido o ROC, os Estados-Membros não estão impedidos de o incluir no leque de possíveis responsáveis.

A responsabilidade pelo prospecto serve, designadamente, a finalidade de proteger o investidor individual⁹⁴, e tem como

fundamentais, quando lido em conjunto com as outras partes do prospecto, para permitir que os investidores determinem se e quando devem investir nesses valores mobiliários. O sumário deve conter uma advertência clara a esse respeito» (itálicos nossos). Quanto a este preceito, pode ver-se Paulo Câmara, «A Directiva dos Prospectos: Contexto, Conteúdo e confronto com o direito positivo nacional», 1100 s. Sobre a margem de manobra referida no texto v. a decisão do tje no caso *Hirrmann/Immofinanz*, C-174/12. Para além disso, a Diretiva do Prospecto também não se ocupa das questões relativas ao direito aplicável às pretensões indemnizatórias, como lembram Susanne Kalss / Martin Oppitz / Johannes Zollner, 440. Será, então, necessário recorrer ao Regulamento Roma II quanto à responsabilidade extracontratual, como salientam esses mesmos autores. Entretanto, foi publicado o Regulamento (UE) 2017/1129, que revoga a Diretiva dos Prospectos, mas que só é aplicável, na sua maior parte, a partir de 21 de julho de 2019 (artigo 49.º). As preocupações não são de agora: cfr., p. ex., a Proposta de Diretiva de 1972 (Proposition de directive du Conseil concernant le contenu, le controle et la diffusion du prospectus à publier lors de l'admission à la cote officielle d'une bourse de valeurs de titres émis par des sociétés au sens de l'article 58 alinéa 2 du traité, que deu origem à Diretiva (80390/cee), a Recommendation concerning Disclosure Requirements and Procedures to be Applicable to all Publicly Offered Securities, da ocde (1974), ou a Recomendação da Comissão de 25 de julho de 1977 «relativa a um código europeu de conduta respeitante às transações relativas a valores mobiliários (77/534/cee).

⁹³ Niahm Moloney, *EU Securities and Financial Markets Regulation*, 122. Sobre as diferenças entre os regimes de responsabilidade, v. o Relatório da ESMA *Comparison of liability regimes in Member States in relation to the Prospectus Directive*, de 2013 (ESMA/2013/619). Ainda assim, lê-se no Considerando 20) da Diretiva do Prospecto que a informação contida no prospecto «deve ser fornecida de uma forma que facilite a sua análise e compreensão», exigência que vemos depois repetida no artigo 5.º, 1.

⁹⁴ Assim também, Rolf Sethe, «§§ 37b e 37c», in Niahm Moloney / Uwe Schneider, hrg., *Wertpapierhandelsgesetz Kommentar*, 6. Aufl., Köln: Otto Schmidt, 2012, Rn. 12; Norbert Bröcker, «§ 6. Kapitalmarktrecht», 417. Contra, Katja Langenbucher, *Aktien- und Kapitalmarktrecht*, 293. Defendendo que no artigo 5.º, 1, da Diretiva do Prospecto se trata da informação necessária para permitir a avaliação pelo investidor individual, Heinz-Dieter Assmann, «Civil Liability for the prospectus», 179; entre nós, sustentando que «o que relevará não será o interesse do mercado e do conjunto dos investidores, onde aquele se inclui, mas o interesse patrimonial do sujeito que é tutelado [...], o que a norma pretende garantir, para além da correta formação dos preços no mercado, é que o investidor possa tomar uma decisão esclarecida», Mafalda Miranda Barbosa, «A questão causal ao nível da responsabilidade

fundamento a violação do disposto no artigo 135.º do CVM. Essa proteção também promove a função do prospeto como instrumento de informação e, assim, a eficiente alocação de capital⁹⁵.

O papel da responsabilidade civil pelo prospeto na proteção dos interesses dos investidores quanto à realização do interesse coletivo do *regular funcionamento do mercado* é mais discutível. Este último, se é um interesse coletivo ou público, deve ser sobretudo protegido com outros instrumentos: a responsabilidade contraordenacional e, eventualmente, a responsabilidade penal. Se as entidades de supervisão não têm meios, deverão ser-lhes concedidos. Deixar a proteção do interesse público à iniciativa dos prejudicados é esquecer que os tribunais demoram a decidir, que as custas judiciais são elevadas e que os investidores humanos têm vidas que muitas vezes os impedem de perder tempo em litígios sem fim à vista. A responsabilidade civil só surgirá verdadeiramente como meio de tutela do interesse público se, ao mesmo tempo, aceitarmos «indemnizações punitivas» (*punitive damages*).

A responsabilidade em causa no artigo 149.º diz respeito aos danos *causados pela desconformidade* com o disposto no artigo 135.º. Nessa medida, não é qualquer desconformidade que gera o dever de indemnizar⁹⁶, mas sim a que causa danos e na medida em que os causa. De acordo com o artigo 118.º, 7, do CVM, a aprovação do prospeto não envolve «qualquer garantia quanto ao conteúdo da informação, à situação económica ou financeira do oferente, de emitente ou do garante, à viabilidade da oferta ou à qualidade dos valores mobiliários».

Entre os sujeitos que podem ser responsabilizados ao abrigo do disposto no artigo 149.º⁹⁷ encontramos, no n.º 1, al. f), os «titulares do órgão de fiscalização, as sociedades de revisores oficiais de contas, os revisores oficiais de contas e outras

pelo prospeto: breve reflexão acerca do n.º 2 do artigo 152.º do Código de Valores Mobiliários», 143 s.

⁹⁵ Heinz-Dieter Assmann, «§ 5 Prospekthaftung», Rn. 2.

⁹⁶ Para a Alemanha, considerando que só serão fundamento de responsabilidade as falhas que sejam de significado considerável para determinar o valor dos valores mobiliários, Norbert Bröcker, «§ 6. Kapitalmarktrecht», 419.

⁹⁷ O artigo 151.º do CVM estabelece a solidariedade entre os responsáveis.

peças que tenham *certificado* ou, de qualquer outro modo, *apreciado os documentos de prestação de contas em que o prospeto se baseia*⁹⁸ (itálico nosso).

A responsabilidade desses sujeitos não se funda num contrato celebrado com os lesados⁹⁹. E aquela responsabilidade *não está dependente de que os referidos sujeitos aceitem ser nomeadas no prospeto como responsáveis* por qualquer informação, previsão ou estudo que nele se inclua¹⁰⁰. Mais. O regime de responsabilidade dos ROCs referido não está dependente do conhecimento pelo sujeito responsável, no momento da sua atuação, de que iria ser elaborado um prospeto.

Em relação aos ROC que atuem também como auditores externos nos termos do artigo 8.º do CVM (acumulando funções), a sua responsabilidade não fica limitada ao relatório que elaboraram nesta última qualidade¹⁰¹. Isto é, poderão responder enquanto ROC/SROC que realiza a certificação legal de contas no âmbito da prestação de contas anual e, simultaneamente, pela atividade realizada em cumprimento do artigo 8.º do CVM.

⁹⁸ O artigo 243.º, a), refere igualmente a al. f). José Ferreira Gomes, «Responsabilidade civil pelo prospeto: a delimitação dos responsáveis perante o artigo 149.º, 1 cvm», 68, inclui ainda na al. f) as pessoas que deviam ter apreciado as contas. Quanto aos roc/sroc «pretéritos», o autor contesta a conformidade jurídico-constitucional do regime (o que faz, também, a propósito de administradores e membros de órgão de fiscalização «pretéritos»).

⁹⁹ O fundamento da responsabilidade (negocial, delitual ou outro) não será sempre o mesmo quanto a todos os sujeitos identificados no artigo 149.º, 1, do cvm. Dando conta da discussão, já na vigência do cvm, Paulo Mota Pinto, Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo, II, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, 1458; vendo nas normas disciplinadoras do prospeto «disposições legais de proteção de interesses alheios, cuja violação deve ser tida por ilícita», Mafalda Miranda Barbosa, «A questão causal ao nível da responsabilidade pelo prospeto: breve reflexão acerca do n.º 2 do artigo 152.º do Código de Valores Mobiliários», 138.

¹⁰⁰ Chamando a atenção para isso mesmo, Margarida Azevedo de Almeida, «A responsabilidade civil perante os investidores por realização defeituosa de relatórios de auditoria, recomendações de investimento e relatórios de notação de risco», 29. Com uma perspetiva crítica, José Ferreira Gomes, «Responsabilidade civil pelo prospeto: a delimitação dos responsáveis perante o artigo 149.º, 1 cvm», 67 s.

¹⁰¹ Cfr., nesse sentido, José Melo Rodrigues / Juliano Ferreira, «Responsabilidade pelo conteúdo do prospeto. O caso específico do Revisor Oficial de Contas», 181.

A responsabilidade dos ROCS e SROCS pelo prospeto (bem como de titulares do órgão de fiscalização) prevista no artigo 149.º do CVM cobre os casos em que não cumpriram os seus deveres na certificação ou apreciação dos documentos de prestação de contas em que o prospeto se baseia. A certificação ou apreciação não se confundem com o prospeto¹⁰². Mas não está excluído que a responsabilidade dos ROCS e SROCS abranja também outras situações. Designadamente, tendo em conta a atividade do ROC posterior àquela certificação ou apreciação e o que soube ou devia saber. Tanto mais que o artigo 142.º do CVM prevê a possibilidade de adenda ou retificação ao prospeto.

A lista constante do artigo 149.º do CVM não afasta a possibilidade de outros sujeitos serem responsáveis por informações contidas no prospeto ou que dele não constem. Agora, naturalmente, ao abrigo de outros instrumentos, como por exemplo a *culpa in contrahendo*¹⁰³.

O artigo 149.º não esclarece quem é o titular do direito de indemnização ali regulado. No seu n.º 2 é feita referência ao destinatário, que será certamente o destinatário do prospeto. No n.º 3, faz-se menção aos investidores. Por sua vez, o artigo 135.º também tem em vista os destinatários da informação.

A identificação dos titulares do direito de indemnização em causa torna-se mais fácil se olharmos para o artigo 152.º, que trata do dano indemnizável. Vemos aí que a «indemnização deve colocar o lesado na exata situação em que estaria se, no momento da aquisição ou da alienação dos valores mobiliários, o conteúdo do prospeto estivesse conforme com o disposto no artigo 135.º». Daqui resulta, pois, que o dano a

¹⁰² Lembrando também a necessidade de ver quem é responsável por que parte do prospeto, Heinz-Dieter Assmann, «Civil Liability for the prospectus», 176.

¹⁰³ Com leitura semelhante para o direito austríaco e perante a redação da kmg, Susanne Kalss / Martin Oppitz / Johannes Zollner, Kapitalmarktrecht, 457. Para a Alemanha, admitindo a responsabilidade por culpa in contrahendo ao lado da que resulta dos §§ 21 e 22 da WpPG, Heinz-Dieter Assmann, «§ 5 Prospekthaftung», Rn. 208. Entre nós, considerando não ser de excluir liminarmente «o desenvolvimento de uma responsabilidade por prospecto de direito comum», Carneiro da Frada, Teoria da confiança e responsabilidade civil, 185.

indemnizar está relacionado com a aquisição ou alienação dos valores mobiliários.

Assim sendo, o titular do direito de indemnização será um destinatário da informação contida no prospeto e que adquire ou aliena valores mobiliários sobre os quais incide aquela informação. O que não significa que o sujeito que nada faz não mereça tutela.

O titular do direito de indemnização não tem de ser um consumidor para poder invocar o regime¹⁰⁴ e, se sofreu um dano com a aquisição, pode já ter alienado, entretanto, os valores mobiliários em causa.

O artigo 149.º, 1, consagra uma presunção de culpa¹⁰⁵ relativamente aos sujeitos ali identificados¹⁰⁶. Trata-se de uma escolha que uniformiza o tratamento a dar às várias hipóteses: com efeito, alguns dos eventuais responsáveis identificados no preceito não celebraram contrato com o lesado¹⁰⁷. A presunção de culpa pode ser afastada, e a intervenção de um ROC ou de uma SROC pode levar a que isso aconteça relativamente a outros sujeitos mencionados no artigo 149.º, 1.

Aquela culpa é apreciada «de acordo com elevados padrões de diligência profissional» (artigo 149.º, 2)¹⁰⁸. A culpa abrange o dolo (em qualquer das suas modalidades) e a negligência. Um e outra dizem respeito à desconformidade entre o conteúdo do prospeto e o disposto no artigo 135.º do CVM¹⁰⁹.

¹⁰⁴ Sobre o consumidor-investidor, v. Carlos Costa Pina, Dever de informação e responsabilidade pelo prospeto no mercado primário de valores mobiliários, 177 s.

¹⁰⁵ O artigo 150.º identifica sujeitos que respondem independentemente de culpa.

¹⁰⁶ A enumeração constante do preceito não significa que não possam ser encontrados outros responsáveis. Desde logo, a própria cmvm. Sobre o tema, Paulo Câmara, Manual de direito dos valores mobiliários, 739.

¹⁰⁷ Lembrando isso mesmo, Paulo Mota Pinto, Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo, II, 1459, nt. 4163.

¹⁰⁸ Tendo em conta a grande variedade de sujeitos mencionados no artigo 149.º, nem sempre haverá aqui um verdadeiro agravamento do regime geral a que os mesmos estejam sujeitos. Considerando que o critério do artigo 149.º, 2, cvm nada acrescenta ao do «gestor criterioso e ordenado» do ar. 64.º, 1, a), csc, José Ferreira Gomes, «Responsabilidade civil pelo prospeto: a delimitação dos responsáveis perante o artigo 149.º, 1 cvm», 63.

¹⁰⁹ Defendendo que o «juízo de culpa apenas se terá de referir à vio-

Não obstante, a responsabilidade referida não assenta necessariamente nos mesmos factos quanto aos eventuais responsáveis. Isto é, há que determinar *quem* é responsável e *por que* é responsável, tendo em conta a lista que consta do preceito¹¹⁰.

A responsabilidade prevista no artigo 149.º, 1, do cvm diz respeito aos danos causados pela desconformidade do conteúdo do prospeto com o exigido pelo artigo 135.º. O lesado terá que demonstrar o nexo de causalidade entre o facto e o dano, o que torna a situação daquele mais difícil.

Com efeito, autores há para quem seria melhor que a lei consagrasse ali uma presunção de causalidade¹¹¹. No entanto, o próprio cálculo dos danos indemnizáveis é complexo e a presunção de causalidade em relação a todos eles poderia revelar-se inadequada. A solução foi, por isso, cautelosa.

A causalidade exigida é, em primeiro lugar, a que deverá existir *entre a desconformidade do conteúdo do prospeto e a atuação do lesado*. Quando se prova que o investidor teria atuado da mesma forma caso o prospeto respeitasse as exigências do artigo 135.º, então falta o nexo de causalidade¹¹². Mas, por outro lado, também

ação da norma e já não ao interesse preterido», Mafalda Miranda Barbosa, «A questão causal ao nível da responsabilidade pelo prospeto: breve reflexão acerca do n.º 2 do artigo 152.º do Código de Valores Mobiliários», 138.

¹¹⁰ José Ferreira Gomes, «Responsabilidade civil pelo prospeto: a delimitação dos responsáveis perante o artigo 149.º, 1 cvm», 77, escreve precisamente que o artigo 149.º do cvm «esconde afinal uma diferente delimitação do ilícito e da culpa para cada categoria de responsável».

¹¹¹ Parece ser essa a proposta de José Ferreira Gomes, «A responsabilidade civil dos auditores», 386. Criticamente também, Menezes Leitão, «A responsabilidade civil no âmbito da O.P.A.», cit., p. 190, que também mostra que no regime do CódMVM havia uma presunção de causalidade em relação aos prejuízos. Considerando que o artigo 149.º, 1, do cvm abrange uma presunção de causalidade, Margarida Azevedo de Almeida, «A responsabilidade civil perante os investidores por realização defeituosa de relatórios de auditoria, recomendações de investimento e relatórios de notação de risco», 28. A presunção de causalidade entre vícios do prospeto e o dano é referida a propósito do § 23, Abs. 2, 1, da WpPG alemã por Norbert Bröcker, «§ 6. Kapitalmarktrecht», 421; e por Katja Langenbucher, Aktien- und Kapitalmarktrecht, 292. Sobre as formas de afastar a presunção, p. ex., Petra Buck-Heeb, Kapitalmarktrecht, 7. Aufl., Heidelberg: C.F. Müller, etc., 2014, 70 (dando os exemplos do conselho do amigo ou de insider trading).

¹¹² Em termos semelhantes, Susanne Kalss / Martin Oppitz / Johannes Zollner, Kapitalmarktrecht, 467.

se deve exigir a prova da *causalidade entre a violação do artigo 135.º e o dano*.

Na apreciação da existência ou não de umnexo causal deverá ser tido em conta que o prospeto pode dizer respeito a operações diversas e que envolvem diferentes atuações dos investidores também. Uma oferta pública de subscrição é diferente de uma compra de ações admitidas à negociação em mercado regulamentado.

Quanto ao dano indemnizável, o artigo 152.º, 1, determina que a indemnização «deve colocar o lesado na exata situação em que estaria se, no momento da aquisição ou da alienação dos valores mobiliários, o conteúdo do prospeto estivesse conforme com o disposto no artigo 135.º». Discute-se, porém, se a indemnização a que o regime dá lugar diz respeito ao interesse contratual positivo ou ao interesse contratual negativo¹¹³.

A redação do artigo 152.º, 1, tem muitas semelhanças com a que foi dada ao artigo 562.º do CCiv.: «Quem estiver obrigado a reparar um dano deve reconstituir a situação que existiria, se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação». Perguntamo-nos, no entanto, se tudo não dependerá de saber se o lesado teria ou não emitido a sua declaração se o prospeto estivesse em conformidade com o disposto no artigo 135.º: se ficasse provado que o lesado teria emitido na mesma a sua declaração, deveria ter lugar a indemnização do interesse contratual positivo; se ficasse demonstrado que não teria emitido a sua declaração, deveria indemnizar-se o interesse contratual negativo.

Sendo feita prova pelos responsáveis de que o «dano se deve também a causas diversas dos vícios da informação ou da previsão constantes do prospeto», o montante do dano indemnizável é reduzido nessa medida (artigo 152.º, 2, do CVM). Porém, daqui não resulta uma presunção de causalidade¹¹⁴.

¹¹³ Sobre os termos da discussão, v., p. ex., José Ferreira Gomes, «Responsabilidade civil pelo prospeto: a delimitação dos responsáveis perante o artigo 149.º, 1 cvm», 59 s. Inclinando-se para o critério do interesse contratual negativo, Luís Menezes Leitão, «A responsabilidade civil do auditor de uma sociedade cotada», 239; com mais segurança, Paulo Mota Pinto, Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo, II, 1462.

¹¹⁴ Luís Menezes Leitão, «A responsabilidade civil do auditor de uma

O artigo 152.º não afasta a possibilidade de reconstituição natural. No entanto, em muitos casos as regras aplicáveis às operações realizadas permitirão dizer que essa reconstituição não é possível.

Por sua vez, o artigo 153.º do CVM estabelece que o direito de indemnização «deve ser exercido no prazo de seis meses após o conhecimento da deficiência do conteúdo do prospeto» e também cessa, «em qualquer caso, decorridos dois anos desde o termo de vigência do prospeto»¹¹⁵. O artigo 243.º, b), contém um regime com algumas diferenças.

No artigo 149.º, 3 e 4, encontramos causas de exclusão de responsabilidade. Em primeiro lugar, a responsabilidade é excluída se for feita a prova de que o «destinatário tinha ou devia ter conhecimento da deficiência de conteúdo do prospeto à data da emissão da sua declaração contratual ou em momento em que a respetiva revogação ainda era possível» (n.º 3)¹¹⁶.

A responsabilidade será ainda excluída, em regra, se os danos resultaram apenas do sumário do prospeto ou de alguma das suas traduções (n.º 4). No entanto, esta causa de exclusão de responsabilidade já não atuará se o sumário, «quando lido em conjunto com os outros documentos que compõem o prospeto, contiver menções enganosas, inexatas ou incoerentes ou não prestar as informações fundamentais para permitir que os investidores determinem se e quando devem investir nos valores mobiliários em causa».

sociedade cotada», 239.

¹¹⁵ Quanto a esse termo de vigência, v. o artigo 143.º.

¹¹⁶ Considerando que não se trata de «uma situação de interrupção do nexo de causalidade» e que «o problema não é causal, mas sim imputacional», Mafalda Miranda Barbosa, «A questão causal ao nível da responsabilidade pelo prospeto: breve reflexão acerca do n.º 2 do artigo 152.º do Código de Valores Mobiliários», 146. Sobre casos em que o lesado deveria ter procurado minorar do dano, Susanne Kalss / Martin Oppitz / Johannes Zollner, *Kapitalmarktrecht*, 471 s.

15. O seguro de responsabilidade civil

A abertura das economias e a internacionalização da atividade das sociedades aumenta o risco de responsabilização. Em particular, se as sociedades emitem ações admitidas à negociação em mercado regulamentado que utilize plataformas de negociação a que se possa aceder a partir de vários países. Algumas sociedades de auditoria têm promovido a criação, dentro do grupo a que pertencem, das chamadas cativas para segurarem a sua responsabilidade.

O seguro de responsabilidade civil profissional do ROC mereceu a atenção do artigo 87.º do EOROC. Este preceito faz a distinção entre a responsabilidade dos ROC (ainda que atuem como sócio de SROC ou sob contrato de prestação de serviços) e a responsabilidade da SROC.

Os ROC devem garantir a sua responsabilidade civil por seguro pessoal de responsabilidade civil profissional a favor de «terceiros lesados»¹¹⁷ com o limite mínimo por cada facto ilícito previsto no artigo 87.º, 1, do EOROC¹¹⁸.

Por sua vez, as SROC devem também garantir a sua responsabilidade civil por seguro a favor de «terceiros lesados» com o limite mínimo por facto ilícito previsto no artigo 87.º, 2, do EOROC, calculado através de uma multiplicação do valor ali indicado pelo número de sócios revisores e de ROC que estejam nas condições previstas no artigo 49.º, 1, c), do mesmo Estatuto. Porém, o valor de cobertura do seguro de responsabilidade civil das SROC por facto ilícito não pode ser, «em caso algum», inferior ao montante definido no n.º 3 do artigo 87.º. No entanto, o n.º 3 também fixa um valor máximo de cobertura exigível por facto ilícito¹¹⁹.

¹¹⁷ Sem discriminar se são ou não credores, note-se.

¹¹⁸ Esse limite mínimo pode ser atualizado por portaria (n.º 11). V. também o n.º 4, que prevê a possibilidade de aumento do limite mínimo.

¹¹⁹ Os montantes indicados como limites mínimos nos n.ºs 2 e 3 do artigo 87.º do eoroc podem também ser atualizados por portaria (n.º 11). V., mais uma vez, o n.º 4.

16. A caução: artigo 418.º-A do csc

No artigo 418.º-A do csc aceita-se que a responsabilidade civil dos membros do conselho fiscal seja garantida através de caução ou de contrato de seguro. A caução ficará sujeita ao regime do artigo 396.º, aplicável com as devidas adaptações e com as dificuldades que arrasta consigo.

17. Em jeito de conclusão

O que foi escrito mostra bem a complexidade do regime jurídico a que estão sujeitos os auditores (também) no que diz respeito à sua responsabilidade civil. As normas aplicáveis espalham-se por vários diplomas legais e a sua articulação é difícil. Talvez se devesse concentrar aquele regime no EOROC, para que remeteriam depois os restantes textos normativos. Ou, então, poderia ser atualizado o EOROC de forma a conter remissões para outras leis em que essa responsabilidade civil ficasse regulada.

Como está, está mal. Em particular, porque abundam os preceitos de sentido equívoco, que fazem perguntar pela verdadeira razão de ser das soluções (?). E daí à perda de confiança é um passo muito curto.

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO: TENDÊNCIAS ORIGINÁRIAS E PERSPETIVAS DE EVOLUÇÃO*

ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ

A responsabilidade civil reveste-se de uma importância não despreciable para o direito público e, em especial, para o direito administrativo. Simbolicamente a tradição associa a este instituto o nascimento do direito administrativo, enquanto ramo jurídico-dogmático próprio da Administração Pública, que lhe reconhece especiais prerrogativas, mas também lhe impõe especiais deveres¹. Os factos são conhecidos²: em 1872, Agnès Blanco, uma menina de 5 anos, foi atropelada por um *wagonnet* carregado de tabacos, conduzido por quatro funcionários da manufatura tabaqueira Bacalan, de Bordeaux, explorada em *régie* pelo Estado, tendo ficado gravemente ferida. Ao abrigo dos

* Este texto corresponde à versão escrita da conferência proferida das *I Jornadas Luso-Brasileiras de Responsabilidade Civil*, à qual apenas foram acrescentadas as notas de rodapé, havendo-se omitido as palavras de circunstância. Agradeço à Senhora Doutora Mafalda Miranda Barbosa e ao Senhor Doutor Filipe de Albuquerque Matos o convite para participação naquele relevante evento científico.

¹ Cf., *v. g.*, LONG / WEIL / BRAIBANT / DEVOLVE / GENEVOIS, *Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative*, 19.^a ed., Paris: Dalloz, 2013, p. 1; CASSESE, *Le Basi del Diritto Amministrativo*, Torino: Einaudi, 1991, 3 s.

² Cf. a descrição efetuada pelo *Commissaire de Gouvernement* David in: *Sirey*, 1873-3, p. 154.

artigos 1382 e seguintes do *Code Civil*, o pai (*Monsieur Blanco*) intentou, nos tribunais (civis), uma ação contra os quatro funcionários, enquanto autores do facto lesivo, e contra o Estado, responsável pela imprudência dos seus trabalhadores ou comissários (nos termos do artigo 1384 do *Code Napoléon*), visando obter uma indemnização de 40 000 francos pela qual todos responderiam de forma solidária. O *préfet* veio contestar, arguindo a incompetência dos tribunais para conhecer de toda a ação, mas o tribunal civil apenas declinou a sua competência quanto ao pedido efetuado contra o Estado, sem afastar a possibilidade de apreciação do litígio entre *Monsieur Blanco* e os funcionários. Subiu o processo ao *Tribunal des Conflits*, colocando-se a questão (fonte de divergências, já nessa altura, entre a *Cour de Cassation* e o *Conseil d'État*³) de determinar a quem pertenceria (à autoridade administrativa ou ao tribunal), em geral, a competência para conhecer das ações de responsabilidade civil extracontratual propostas pelos particulares contra o Estado, por *fautes* cometidas pelos seus agentes nos diversos serviços públicos.

Caberia, então, ao *Arrêt Blanco*⁴, proferido, em 8 de fevereiro de 1873, pelo *Tribunal des Conflits*, inaugurar a conceção segundo a qual a responsabilidade que incumbiria ao Estado (enquanto *puissance publique*) por danos causados aos particulares decorrentes de atuações dos seus funcionários (“pessoas que emprega no serviço público”) se distinguiria da regulada pelo Código Civil (destinado a reger as relações entre particulares) e, por esse motivo, não seria nem geral, nem absoluta, obedecendo

³ O *punctum crucis* residia nos casos em que a apreciação da existência de uma *faute* pressupunha um exame de legalidade dos atos ou dos regulamentos administrativos – o que sucederia nas hipóteses em que os danos resultassem de uma atividade jurídica da Administração. O entendimento em vigor do princípio da separação de poderes vedava aos tribunais que apreciassem, ainda que indiretamente, a legalidade das atuações praticadas pelas autoridades administrativas. Trata-se de uma situação que não se verificaria agora, porquanto o comportamento lesivo em causa integrava a atividade material e, como tal, não pressupunha a avaliação da validade de qualquer ato administrativo (*lato sensu*) – como, aliás, notava o *Commissaire de Gouvernement* David, no seu relatório (in: *Sirey*, 154).

⁴ *Arrêt «Blanco»*, de 08.02.1873, in: *Sirey*, 1873-3, 153 s. (conclusões do *Commissaire de Gouvernement* David); v. também LONG / WEIL / BRAIBANT / DEVOLVE / GENEVOIS, *Les Grands Arrêts*, 1 s.

antes a regras especiais que variariam consoante as necessidades do serviço, e que conciliariam os interesses do Estado com os direitos dos cidadãos – as quais implicariam, a final, um regime mais apertado de responsabilização que o estabelecido pelo direito civil. E esta autonomização substantiva estaria associada a uma necessária autonomização processual, já que as especificidades envolvidas na prossecução do interesse público (que imporiam conceções distintas da composição de interesses privados conflituantes) escapariam à autoridade judiciária, que se não encontrava devidamente preparada para efetuar uma interpretação das normas administrativas.

Este aresto viria a marcar a evolução do Direito Administrativo e a caracterização do sistema de administração executiva nos cem anos, à luz de duas coordenadas fundamentais: a autonomização face ao direito civil, a que correspondia uma autonomização adjetiva ou processual; a limitação da afirmação de responsabilidade civil extracontratual por danos causados no exercício de funções públicas, em razão da especificidade revestida pela prossecução do interesse público.

Corresponderá o regime hodierno ainda a uma evolução (positiva) destas duas tendências originárias – que, aliás, nunca se poderiam manter *qua tale*, por corresponderem a uma conceção estrita e absoluta (já perimida) do princípio da separação de poderes? Ou hoje o instituto da responsabilidade civil extracontratual do Estado encontrar-se-á de tal modo transformado que se não revela viável aí encontrar traços do seu nascimento?

E aqui encontramos duas perspetivas de evolução.

I. A responsabilidade do Estado: os regimes substantivo e processual entre o critério objetivo e o critério subjetivo

Permanece a autonomia das disciplinas substantivas de responsabilidade civil (regulados pelo Código Civil e pelo *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades*

Públicas – RRCEE⁵), com a fronteira a ser delineada através de um duplo critério: o RRCEE recorta o seu âmbito de aplicação *objetivo* a partir do conceito de «função administrativa» e esclarece que o seu âmbito de aplicação *subjetivo* se estende à responsabilidade civil de pessoas coletivas privadas por ações e omissões que adotem no exercício de prerrogativas de poder público ou que sejam reguladas por disposições ou princípios de Direito Administrativo (cf. artigo 1.º, n.ºs 2 e 5, respetivamente).

Todavia e no que toca à repartição de competências (agora entre duas verdadeiras jurisdições – a civil e a administrativa), perdeu-se o critério objetivo que apontava de que a especificidade substantiva inerente ao regime jurídico-*administrativo* da responsabilidade civil do Estado, associada ao exercício da função administrativa, e que justificava a sua subordinação aos tribunais administrativos, para se valorizar o critério subjetivo segundo o qual, independentemente da natureza da disciplina normativa aplicável, a competência para apreciação de todas questões de responsabilidade civil das pessoas coletivas públicas pertence à ordem jurisdicional administrativa [cf. artigo 4.º, n.º 1, alínea *f*], do *Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais*].

II. A ampliação da responsabilidade civil do Estado

Mas o afastamento mais significativo (e mais problemático) das tendências originais que marcaram as primícias da afirmação da responsabilidade civil do Estado é bem outro e reconduz-se à sua ampliação (porventura excessiva) – como se revela particularmente nítido na responsabilidade pelo exercício da função administrativa.

Na verdade, o modo como se encontra concebida a atual disciplina jurídica da responsabilidade administrativa – que decorre do artigo 22.º da Constituição e da sua concretização no RRCEE – parece conduzir a um alargamento significativo dos ca-

⁵ Aprovado pela Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro, alterada pela Lei n.º 31/2008, de 17 de julho. Atente-se, porém, em que o n.º 1 do artigo 2.º da Lei n.º 67/2007 salvaguarda os regimes especiais de responsabilidade civil por danos resultantes do exercício da função administrativa.

sos de responsabilização dos poderes públicos. A esta tendência não é alheia uma perspectiva garantística, relacionada com a conceção do instituto da responsabilidade civil como direito de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias e, sobretudo, como mecanismo de defesa de direitos fundamentais. Aliás, o legislador erige hoje o princípio da responsabilidade em «princípio geral da atividade administrativa» (cf. artigo 16.º do *Código do Procedimento Administrativo*).

São vários os mecanismos que facilitam a afirmação da responsabilidade civil do Estado, – alguns deles menos defensáveis que outros.

1.º A responsabilidade do Estado e demais entidades públicas assume a natureza de responsabilidade objetiva. Naturalmente, não se revelava necessário que assim fosse, afigurando-se *dogmaticamente* viável a exigência de culpa da pessoa coletiva pública para a respetiva responsabilização – o que sucederia, desde logo, no caso de a afirmação da responsabilidade depender das instruções dadas pela entidade pública aos respetivos agentes (*lato sensu*), da escolha destes ou da fiscalização da sua atividade (*culpa in instruendo, culpa in eligendo e culpa in vigilando*, respetivamente)⁶. Todavia, e louvando-nos na lição de Vaz Serra⁷, compreende-se a consideração segundo a qual “a responsabilidade do Estado ou outra pessoa colectiva pública pelos actos ou omissões [dos seus titulares de órgãos ou agentes] funda-se em que, aproveitando a pessoa colectiva com a actividade destes, deve também suportar os prejuízos dela derivados para terceiros (*ubi commodum, ibi incommodum*), e em que, se a pessoa colectiva não fosse responsável, ficariam muitas vezes sem protecção os lesados, dada a insolvência dos titulares dos órgãos ou dos agentes”.

⁶ Cf. Pires de LIMA / Antunes VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. I, 4.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1987, 168, anotação 2 ao artigo 165.º, a propósito da responsabilidade das pessoas coletivas. Para uma síntese crítica dos problemas suscitados pelas várias soluções em matéria de responsabilidade extracontratual das pessoas coletivas, v. Menezes CORDEIRO, «A Responsabilidade Civil do Estado», in: *Em Homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral*, Coimbra: Almedina, 2010, 906 s.

⁷ Vaz SERRA, «Anotação ao Acórdão de 16 de Maio de 1969», *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 3426/103 (novembro 1970) 334.

2.º O Estado (*lato sensu*) responde por danos resultantes de qualquer atividade incluída no exercício da função administrativa (incluindo a «atividade técnica»⁸), praticada por qualquer entidade, independentemente da sua natureza (pública ou privada⁹).

3.º O Estado (*lato sensu*) responde diretamente perante o lesado. Esta consideração implica o afastamento de um princípio de responsabilidade indireta ou subsidiária do Estado e o reconhecimento de um *princípio de responsabilidade direta dos poderes públicos* perante o lesado¹⁰, como decorre de uma adequada interpretação do artigo 22.º da Constituição. Este princípio convive com a consagração de regimes legislativos que consagram quer a responsabilidade exclusiva do Estado (quando a ação ou omissão do agente seja cometida com culpa leve), quer a responsabilidade solidária deste com o agente lesante (nos casos em que o comportamento positivo ou negativo do último haja sido praticado com dolo ou culpa grave).

4.º Em princípio, o Estado (*lato sensu*) só responde quando o respetivo funcionário, trabalhador ou agente tenha agido com culpa (implicando, nesta hipótese, uma avaliação da diligência do

⁸ Que compreende “atividades de prestação, de produção de bens e serviços económicos, culturais e sociais, com uma natureza sobretudo material ou técnica, que prosseguem o interesse público mediante a criação de certas condições materiais necessárias para a realização de uma sociedade mais justa e mais equilibrada e para a melhoria da qualidade de vida dos cidadãos” (Pedro GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, Coimbra: Almedina, 2005, 546).

⁹ Quer dizer, o domínio específico da responsabilidade das entidades públicas não pode ser afetado por aspetos de natureza formal que interponham a circunstância de a atividade se encontrar delegada em entidades privadas à frente da consideração material de que estas exercem a função administrativa (em vez das entidades públicas), encontrando-se, por força da lei e/ou do contrato celebrado com a Administração, subordinadas aos princípios e normas de Direito Administrativo.

¹⁰ Gomes CANOTILHO / Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4.ª ed., vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, 427-428, anotações IV e VI ao artigo 22.º; Vieira de ANDRADE, «A Responsabilidade Indemnitatória dos Poderes Públicos em 3D: Estado de Direito, Estado Fiscal, Estado Social», *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 3969/140.º (julho/agosto 2011) 347.

comportamento do agente à luz da conduta que, em face das circunstâncias do caso, seria razoavelmente exigível a um profissional zeloso e cumpridor – cf. artigo 10.º, n.º 1 do RRCEE); todavia, e para além da previsão de hipóteses de responsabilidade pelo risco, o diploma apresenta igualmente manifestações que superam esta ideia, implicando uma *metamorfose*¹¹, no sentido do reforço de uma tendência para a objetivação, resultante da previsão quer de presunções legais de culpa, quer do instituto do «funcionamento anormal do serviço», quer da consagração de uma verdadeira responsabilidade sem culpa.

Assim, e desde logo, o regime consagra duas presunções de culpa: por um lado, o n.º 2 do artigo 10.º do RRCEE estabelece uma presunção de culpa leve na prática de atos jurídicos ilícitos; por outro lado, o n.º 3 do mesmo preceito consagra uma presunção de culpa leve, sempre que se tenha verificado o incumprimento dos deveres de vigilância. Ainda que paralela à estabelecida no artigo 491.º do Código Civil, regista-se uma diferença fundamental entre esta e a presunção de culpa do regime da responsabilidade dos poderes públicos, possuindo o n.º 3 do artigo 10.º do RRCEE um escopo mais alargado que a disposição civilística. Com efeito, o artigo 491.º do Código Civil destina-se a proteger apenas os *terceiros* contra os danos causados pelos (naturalmente) incapazes sujeitos à vigilância (mas já não a tutelar tais incapazes relativamente a danos que estes causem a si próprios). Todavia, no âmbito da responsabilidade administrativa (sobretudo nos casos de responsabilidade médica), a jurisprudência tem entendido que sobre os estabelecimentos de saúde e respetivos profissionais impende um dever de vigilância relativamente aos seus internos (em virtude de anomalia psíquica), *também com o objetivo de os proteger contra danos que possam infligir a si próprios*¹². A particular

¹¹ Vieira de ANDRADE, «A Responsabilidade Indemnizatória», 345.

¹² *V., n. g.*, Acórdão do STA, de 29.01.2009, P. 0966/08. Não nos parece que a referência à “aplicação dos princípios gerais da responsabilidade civil”, constante do n.º 3 do artigo 10.º, inviabilize esta conclusão, porquanto este inciso se poderá interpretar como uma remissão (embora desnecessária) para o funcionamento das presunções de culpa, designadamente quanto aos modos do respetivo afastamento e para a necessidade de verificação dos demais pressupostos da responsabilidade (em especial, para o nexo de causalidade entre o incumprimento do dever de vigilância e o dano produzido). A

configuração das relações entre Administração e cidadão (e, *in casu*, entre o estabelecimento público de saúde e o doente) justifica esta ampliação, visto que, quando o Estado (*lato sensu*) está vinculado por um dever de vigilância, existe um interesse público no respetivo cumprimento, o qual sairá reforçado se as entidades públicas forem responsáveis por todos os danos decorrentes da sua inobservância culposa. É que o mencionado interesse público reconduz-se não só à tutela dos terceiros, mas também à proteção dos próprios vigiados. Assim, verificando-se um incumprimento deste dever de vigilância (e, por conseguinte, uma omissão *ilícita*¹³), o n.º 3 do artigo 10.º permite presumir a *culpa leve* do agente; ao lesado bastará a prova da existência do dever de vigilância, do dano e do nexo de causalidade¹⁴.

Por sua vez, o apelo à ideia de culpa do serviço (*faute du service*¹⁵) ou de «funcionamento anormal do serviço» permite a

norma não pretende, pois, importar para a responsabilidade pública todas as presunções de culpa ou todo o regime das presunções de culpa, devendo ser filtrada pelas especificidades do Direito Administrativo – cf. M. Rebelo de SOUSA/A. Salgado de MATOS, *Direito Administrativo Geral*, tomo III, 2.ª ed., D. Quixote, Alfragide, 2009, p. 494, embora destas premissas extraiam uma conclusão mais ampla (inaplicabilidade das presunções de culpa da lei civil à responsabilidade administrativa).

¹³ Acentuando a importância da compreensão de que, no âmbito da responsabilidade pública, também o incumprimento de deveres de vigilância origina responsabilidade por facto ilícito e não responsabilidade pelo risco, *v.* Vieira de ANDRADE, «A Responsabilidade por Danos Decorrentes do Exercício da Função Administrativa na Nova Lei sobre Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entes Públicos», *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 3951/137 (julho/agosto 2008) 367 s.

¹⁴ Sobre a presunção de culpa na responsabilidade administrativa, *v.* também as considerações que tecemos em «Responsabilidade da Administração por Prestação de Cuidados de Saúde e Violação do Dever de Vigilância. Anotação ao Ac. do STA de 29.5.2014, P. 922/11», *Cadernos de Justiça Administrativa*, 110 (março/abril 2015) 43 s.

¹⁵ O que está em causa, nesta última situação, nas expressivas palavras de Freitas do AMARAL (*A Responsabilidade da Administração no Direito Português*, Separata da *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Lisboa, 25 [1973] 34) é a “grande dimensão da Administração pública, a complexidade das suas funções, a constante variação dos seus servidores, a morosidade dos seus processos de trabalho, a rigidez das suas regras financeiras, e tantos outros factores de efeito análogo, [que] transformam muitas vezes uma sucessão de pequenas faltas desculpáveis, ou até de dificuldades e atrasos legítimos, num conjunto globalmente qualificável, *ex post*, como facto ilícito culposos”

afirmação da responsabilidade (e, conseqüentemente, a ampliação das hipóteses de responsabilização) sempre que ou não se consiga apurar qual o agente responsável pela comissão do facto danoso (culpa anónima), ou tal facto não decorra da conduta censurável de um agente determinado, mas resulte de um deficiente funcionamento do serviço (culpa coletiva)¹⁶. Nestas situações, imputa-se subjetivamente o facto danoso ao responsável pelo funcionamento do serviço (a pessoa coletiva pública ou privada em causa), sendo tratado como um caso de responsabilidade exclusiva das pessoas coletivas públicas. Estamos diante de uma teoria que aponta, no mínimo, para uma compreensão objetiva da culpa (na medida em que prescinde da referência deste pressuposto ao comportamento de agentes determinados ou determináveis)¹⁷, e, no máximo, para a consagração de mais uma hipótese de responsabilidade (objetiva) pelo risco, em que a Administração responde sem a prova da culpa de um (ou mais) agente(s) específico(s)¹⁸.

No patamar mais elevado da objetivação encontramos as hipóteses que prescindem da averiguação da culpa do agente (ainda quando não se incluam nos casos de responsabilidade pelo risco) – como sucede, paradigmaticamente, nas hipóteses em que a ilicitude decorre da ofensa de princípios ou normas de

(v. ainda Maria Lúcia AMARAL, *Responsabilidade do Estado e Dever de Indemnizar do Legislador*, Coimbra: Coimbra Editora, 1998, 67 s.).

¹⁶ Cf. Vieira de ANDRADE, «Panorama Geral do Direito da Responsabilidade Civil da Administração Pública em Portugal», in *La Responsabilidad Patrimonial de los Poderes Públicos*, Madrid: Marcial Pons, 1999, 50; e IDEM, «A Responsabilidade Indemnizatória», 348 s.; M. Aroso de ALMEIDA, «Artigo 7.º, N.ºs 3 e 4», in Rui MEDEIROS, coord., *Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2013, 221 s.; Carlos CADILHA, *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas*, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2011, 164.

¹⁷ Cf. M. Aroso de ALMEIDA, «Artigo 7.º, N.ºs 3 e 4», 224.

¹⁸ Neste último sentido, Vieira de ANDRADE, «A Responsabilidade por Danos...», 363 e 366; e IDEM, «A Responsabilidade Indemnizatória», 349. Cf. também Freitas do AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, vol. II, 3.ª ed., Coimbra: Almedina, 2016, 599; Alexandra LEITÃO, «Duas Questões a Propósito da Responsabilidade Extracontratual dos Factos Ilícitos e Culposos Praticados no Exercício da Função Administrativa: Da Responsabilidade Civil à Responsabilidade Pública. Ilicitude e Presunção de Culpa», in *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, vol. IV, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, 59.

direito europeu, e de que o n.º 2 do artigo 7.º do RRCEE representa um exemplo paradigmático, quando prevê a responsabilização objetiva por danos resultantes de violação de norma ocorrida no âmbito do procedimento de formação dos contratos, incluídos no contencioso pré-contratual urgente (artigo 100.º do CPTA). Eis-nos diante de um regime que, embora previsto para uma situação específica (porque procura responder ao resultado de um processo por incumprimento do dever de correta transposição da Diretiva-recursos¹⁹), verá o seu âmbito de aplicação estendido, por força do princípio da efetividade do direito da União Europeia e, em particular, do princípio da interpretação do direito nacional em conformidade com o direito europeu. Recorde-se que, desde a prolação do Acórdão «Francovich»²⁰, o Tribunal de Justiça entende que a plena eficácia das normas comunitárias pressupõe que os Estados-membros respondam pelos danos emergentes da respetiva ofensa, aludindo a um princípio da responsabilidade do Estado pelos prejuízos causados aos particulares por violações do direito comunitário que lhe sejam imputáveis. A jurisprudência europeia consolidou os pressupostos da responsabilidade do Estado por violação do direito comunitário, determinando que “os particulares lesados têm direito à reparação desde que a regra de direito comunitário tenha por objecto conferir-lhes direitos, que a violação seja suficientemente caracterizada e que exista um nexo de causalidade directo entre essa violação e o prejuízo sofrido pelos particulares”²¹.

¹⁹ Cf. a descrição do problema no nosso trabalho «A Responsabilidade Médica no Contexto do Alargamento da Responsabilidade Administrativa», in *Direito da Saúde: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Guilherme de Oliveira*, vol. II, Coimbra: Almedina, 2016, 135 s.

²⁰ Acórdão «Andrea Francovich e Danila Bonifaci e outros/República Italiana», de 19.11.1991, Ps. C-6/90 e 9/90, §§ 28 e ss., esp.^{te} pontos §§ 33 e 35.

²¹ Acórdão «Brasserie du Pêcheur SA/Bundesrepublik Deutschland e The Queen/Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd e outros», de 05.03.1996, Ps. C-46/93 e C-48/93, § 51.

Esta orientação jurisprudencial foi, entretanto, desenvolvida noutros arestos (relativos quer a atos legislativos ou respetiva omissão, quer a sentenças judiciais): *n.*, por exemplo, Acórdãos «The Queen/H. M. Treasury, ex parte British Telecommunications», de 26.03.1996, P. C-392/93, §§ 42 e ss.; «The Queen/Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte Hedley Lomas

Todos estes fatores contribuem para a ampliação da afirmação da responsabilidade do Estado. Será esta uma perspetiva de evolução desejável ou mesmo sustentável?

Se o alargamento das hipóteses de responsabilização permite uma maior proteção do cidadão lesado, importa perceber se esta tendência ainda contém o instituto da responsabilidade dos poderes públicos nos limites de um sistema de responsabilidade civil extracontratual baseado na culpa do agente que cometeu um ilícito danoso no exercício das suas funções – como a tendência originária do instituto pressupunha.

A contextualização do problema da objetivação no domínio da responsabilidade civil extracontratual *da Administração* suscita perplexidades adicionais, porquanto a sua extensão aproxima o instituto de uma «responsabilidade seguradora» ou de um «Estado Providência fora do tempo», com desconsideração da escassez de recursos financeiros²² e do impreterível equilíbrio entre os direitos dos lesados e os direitos dos contribuintes²³, acabando por pôr em causa a própria «unidade de sentido» da responsabilidade pública²⁴ - e em total contraciclo com a evolução que resultaria das suas marcas de nascença. Também o instituto da responsabilidade civil acabou, a final, por ficar contaminado pela perversão do Estado social em Estado providência. É que, como também acentua Castanheira Neves²⁵, “o Estado-de-Direito so-

(Ireland) Ltd.», de 12.05.1996, P. C-5/94, §§ 24 e ss.; «Erich Dillenkofer *et al.*/Bundesrepublik Deutschland», de 08.10.1996, Ps. C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 e C-190/94, §§ 20 e ss.; «Gerhard Köbler/Republik Österreich», de 30.09.2003, P. C-224/01, §§ 100 e ss.; «Traghetti del Mediterraneo SpA/Repubblica italiana», de 13.06.2006, P. C-173/03, §§ 24 e ss..

²² Assim, Vieira de ANDRADE, «A Responsabilidade por Danos», 370. Cf. ainda Carla Amado GOMES, «(Ir)responsabilidade do Estado por Transfusão de Sangue Infectado com o Vírus HIV», in *Textos Dispersos sobre o Direito da Responsabilidade Civil Extracontratual das Entidades Públicas*, Lisboa: AAFDL, 2010, 42 s.

²³ Vieira de ANDRADE, «A Responsabilidade Indemnizatória», 363.

²⁴ Vieira de ANDRADE, «Panorama Geral do Direito da Responsabilidade Civil da Administração Pública em Portugal», 43 – unidade essa que, como enfatiza o Autor, pressupõe, em qualquer das modalidades (responsabilidade por atos ilícitos, pelo risco ou por atos lícitos), “uma *conduta anormal (em si ou, pelo menos, na circunstância)* ou então *perigosa* e, por outro lado, é pensável aí a *reconstituição natural* (que constitui a regra da obrigação de indemnização)”.

²⁵ Castanheira NEVES, «Nótula a Propósito do *Estudo sobre a Respon-*

cial não se confunde com o *welfare state* e pela sua dimensão social não é lícito anular também a sua específica dimensão *de direito*, nem esta se reduz àquela”, pelo que “o Estado-de-Direito não poderá transformar-se numa gigantesca empresa de seguros ou dispensador amoral de benefícios de uma gratuidade sem dor, sem deveres e sem responsabilidade”.

E não nos parece também defensável uma evolução genérica para uma responsabilização do Estado independentemente da culpa dos seus agentes, com o argumento de que, beneficiando o interesse público com a lesão e revertendo o dano a favor da comunidade²⁶, esta deverá, a final suportar o dano, mesmo que à atuação pessoal não possa ser assacado qualquer juízo de censura. Ao contrário do pressuposto que parece encontrar-se subjacente a esta posição, entendemos que, em regra, a prática de um facto ilícito não implica um acréscimo de valor na ação pública – daí que a solução mais equilibrada seja a de estabelecer uma graduação das hipóteses de responsabilização em função da natureza dos riscos criados, da culpa dos agentes ou do deficiente funcionamento da Administração.

sabilidade Civil, de Guilherme Moreira», in *Digesta*, vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, 481.

²⁶ Assim, Pedro MACHETE, «A Responsabilidade da Administração por Facto Ilícito e as Novas Regras de Repartição do Ónus da Prova», *Cadernos de Justiça Administrativa*, 69 (maio/junho 2008) 34 s.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS INTERMEDIÁRIOS FINANCEIROS

O ARTIGO 304.º-A DO CVM

A. BARRETO MENEZES CORDEIRO

§ 1. ASPETOS GERAIS

1. O papel do intermediário financeiro no funcionamento dos mercados

I. O Direito dos valores mobiliários e o funcionamento dos mercados financeiros são, há já vários séculos¹, suportados pelas atividades comerciais desenvolvidas pelos intermediários financeiros. Não será mesmo excessivo apelidá-los de os *principais pilares* do modelo mobiliário contemporâneo.

À luz do disposto nos artigos 290.º e 291.º², cabe aos intermediários financeiros, entre outras atividades: (i) receber, transmitir e executar ordens; (ii) prestar consultoria financeira; (iii) gerir carteiras dos seus clientes; (iv) assistir os emitentes no

¹ A indispensabilidade dos intermediários financeiros remonta, pelo menos, ao início do século XVIII: A. Barreto Menezes CORDEIRO, *Direito dos valores mobiliários*, 1, Coimbra: Almedina, 2015, 187.

² As disposições legais não acompanhadas de fonte correspondem a artigos do Código dos Valores Mobiliários.

processo de ofertas públicas; (v) gerir sistemas de negociação multilateral, com natural destaque para a gestão de bolsas de valores; ou (vi) registar e guardar instrumentos financeiros³. Os intermediários financeiros são, na prática, presença ativa em (quase) todas as operações mobiliárias⁴.

II. A relevância jurídica e prática assumida pelos intermediários financeiros reflete-se nas preocupações públicas e sociais que regem a atividade de intermediação financeira. Como exemplo paradigmático, atente-se ao disposto no artigo 311.º, relativo ao dever de defesa do mercado⁵:

Os intermediários financeiros e demais membros de mercado devem comportar-se com a maior probidade comercial, abstendo-se de participar em operações ou de praticar atos suscetíveis de pôr em risco a regularidade de funcionamento, a transparência e a credibilidade do mercado.

O dever de defesa do mercado não consubstancia, todavia, um efetivo dever, na aceção técnica da expressão⁶, mas antes um princípio ordenador da atividade da intermediação financeira, decorrente da própria funcionalização do Direito dos valores mobiliários, assente em dois pilares: integridade e transparência⁷. O *dever* de defesa do mercado concretiza-se, por seu lado, num variado conjunto de deveres concretos, para com os clientes individualmente, e de deveres genéricos e de proibições, elencadas, a título exemplificativo, nos números 2 e 3 do artigo 311.º⁸.

³ Nem todas as atividades de intermediação podem ser exercidas simultaneamente: A. Barreto Menezes CORDEIRO, *Manual de Direito dos valores mobiliários*, Coimbra: Almedina, 2016, 246.

⁴ Sobre o conceito de operação mobiliária: o nosso *Manual*, 177-178; e Paulo CÂMARA, *Manual de Direito dos valores mobiliários*, 3.ª ed., Coimbra: Almedina, 2016, 318-320.

⁵ Alexandre Brandão da VEIGA, *Crime de manipulação, defesa e criação de mercado*, Coimbra: Almedina, 2001, 169 s.; Filipe Matias SANTOS, *Defesa do mercado: anotação à sentença do Tribunal de Pequena Instância Criminal de Lisboa*, 2.º Juízo, 1.ª Secção, Processo n.º 471/99, *CadMVM*, 27 (2007) 181-190.

⁶ Não chega sequer a poder ser apresentado como um dever genérico: António Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito civil*, I, 4.ª ed., Coimbra: Almedina, 2012, 919-920.

⁷ *Direito*, I, 239 s.

⁸ O *dever* de defesa do mercado estende-se, ainda, aos demais mem-

2. Os intermediários financeiros e os investidores

I. A expressão investidor admite dois preenchimentos. Em sentido amplo, o conceito assume uma dimensão abstrata: serão investidores todos os sujeitos com capacidade jurídica para interagir no mercado, ou seja, todo o público em geral. Em sentido estrito, o conceito apenas abrange os investidores efetivos. Nesta última aceção, a expressão investidor corresponde ao conceito de cliente, definido nos seguintes termos no artigo 4.º/1, 9) da DMIF II: “qualquer pessoa singular ou coletiva a quem uma empresa de investimento presta serviços de investimento ou serviços auxiliares”. Estes investidores clientes distinguem-se em investidores qualificados e investidores não qualificados – correspondem, respetivamente, aos investidores profissionais e não profissionais, do Direito europeu⁹.

II. Na análise ao conceito de investidor, sujeito ao duplo preenchimento *supra* identificado, importa, ainda, atender ao conceito de relação de clientela. A expressão não era utilizada no cdMVM, nem na DSI – não é, de resto, empregue na legislação mobiliária europeia, da época ou contemporaneamente. Trata-se de uma nomenclatura classicamente empregue no âmbito do Direito comercial, com destaque para o contrato de agência: a célebre indemnização de clientela¹⁰.

Nos estudos que desenvolveu, o Prof. Ferreira de Almeida avança uma solução tripartida: acrescentando às duas categorias de investidores acima referidas uma terceira: a “dos *clientes habituais* que estão com o intermediário financeiro “*em relação de*

bro do mercado, nos termos do artigo 311.º/1, citado no texto principal, e em legislação especial própria: p. ex.: artigo 74.º do RJOIC, para as sociedades gestoras de OICS.

⁹ *Manual*, 105. Até a reforma de 2006, a Lei utilizava as expressões investidores institucionais e não institucionais: Isabel ALEXANDRE, “Investidor institucional, não institucional equiparado e investidor comum”, in *Direito dos Valores Mobiliários*, vol. 5, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, 9-27. Não se consegue vislumbrar qualquer vantagem nesta constante alteração linguística. Para mais quando os conceitos em si permanecem, numa perspetiva nuclear, inalterados.

¹⁰ Artigo 33.º do DL n.º 178/86, de 3 de julho.

clientela”¹¹; de fora do conceito ficam todos os clientes ocasionais – por cliente ocasional entende “a pessoa que pede conselho, ou dá instruções, a um intermediário numa só ocasião ou para um só objectivo, sem criar expectativa acerca da utilização de outros serviços de investimento”¹².

Para o Prof. Calvão da Silva, a relação de clientela consubstancia uma “relação obrigacional complexa e duradoura”. Estas duas visões, embora partindo de perspectivas distintas, serão coincidentes, mas apenas na medida, por nós assumida, que se interprete a posição do Prof. Ferreira de Almeida de modo a incluir no conceito de “relação de clientela” todas as relações existentes entre os intermediários financeiros e clientes que tenham na sua origem um contrato quadro, independentemente de, na perspectiva da quantidade de serviços prestados, o cliente poder ser descrito como habitual ou ocasional¹³. Exemplifique-se: A celebrou, em 2005, um contrato de intermediação financeira com o Banco B, que ainda hoje permanece em vigor. Ao longo de todo este período, A apenas transmitiu, a B, uma ordem de compra de ações. Também A se encontra, apesar de não pode ser descrito, numa perspectiva quantitativa, como um cliente habitual, numa relação de clientela. Nestes exatos termos, a relação de clientela aproxima-se da mais conhecida relação bancária geral¹⁴.

De fora do universo da relação de clientela ficarão todas as relações mobiliárias que se esgotem numa única operação. Recorrendo aos artigos 290.º e 291.º, não serão relações de clientela, em princípio, as que emergem dos seguintes serviços¹⁵: (i) a tomada firme e a colocação com ou sem garantia em oferta pública de distribuição, artigo 290.º/1, d); (ii) a elaboração de estudos de

¹¹ Carlos Ferreira de ALMEIDA, “Relação de clientela na intermediação de valores mobiliários”, in *Direito dos Valores Mobiliários*, vol. 3, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, 121-136, 128: itálicos e aspas do próprio Autor.

¹² Ferreira de ALMEIDA, “Relação”, 128, nota 13.

¹³ João Calvão da SILVA, *Direito bancário – relatório*, Coimbra: Almedina, 2002, 335. Com posição idêntica, Gonçalo Castilho dos SANTOS, *A responsabilidade civil do intermediário financeiro perante o cliente*, Coimbra: Almedina, 2008, 56 s.

¹⁴ Por todos: António Menezes CORDEIRO, *Direito bancário*, 6.ª ed., com colaboração nossa, Coimbra: Almedina, 2016, 255 s.

¹⁵ Para uma distinção entre os conceitos de atividades de investimento e serviços de investimento: *Manual*, 248 s.

investimento, artigo 291.º, *c*); (*iii*) a consultoria sobre a estrutura de capital, artigo 291.º, *d*); e (*iv*) a assistência em ofertas públicas, artigo 291.º, *e*). Todos os demais parecem pressupor a existência de uma relação.

III. Questão distinta, embora relacionada, passa pela interligação, ou não, entre o conceito de relação de clientela e a existência de um contrato celebrado entre o intermediário financeiro e o cliente. De uma análise exegética ao artigo 322.º/3, a resposta será negativa. Nos termos deste preceito, existirá uma relação de clientela quando:

- a) Entre o intermediário financeiro e o investidor tenha sido celebrado contrato de gestão de carteira;
- b) O intermediário financeiro seja destinatário frequente de ordens dadas pelo investidor;
- c) O intermediário financeiro tenha a seu cargo o registo ou o depósito de instrumentos financeiros pertencentes ao investidor.

Ora, se as alíneas *a*) e *c*) pressupõem a celebração de um contrato prévio, já o mesmo não se verifica com a alínea *b*). O Prof. Ferreira de Almeida *ultrapassa* os problemas que o preceito levanta com um argumento normativo, i.e., o fundamento legal que sustenta a existência de uma relação de clientela é a própria lei¹⁶.

Não conseguimos acompanhar este raciocínio: o envio e a receção de ordens não produzem efeitos autonomamente, desligados de um contrato-quadro anterior ou, pelo menos, contemporâneo. Não é concebível que um investidor envie a seguinte declaração para um intermediário: “quero adquirir 1 000 ações da sociedade A. Por favor, execute”. Mesmo admitindo que a ordem seja mais completa, alguns pontos centrais estariam sempre por esclarecer, com destaque para o valor da contraprestação, eventuais comissões a cobrar ou conta títulos em que os valores mobiliários deveriam ser depositados ou registados, consoante a

¹⁶ Ferreira de ALMEIDA, “Relação”, 136.

sua natureza. Mas por mero exercício acadêmico, admitamos que a ordem de compra contém todas as informações necessárias e que o intermediário financeiro a executa. Nesse caso, a execução seria sempre interpretada como uma aceitação tácita da proposta contratual (de contrato-quadro) enviada pelo cliente.

Na vida prática, a emergência da relação de clientela surge associada a um número indeterminado de contratos, por regra: (i) contratos de abertura de conta – que por vezes preveem uma conta de instrumentos financeiros, associada à conta de depósito à ordem¹⁷; (ii) contrato de intermediação financeira – comprometendo-se o intermediário a prestar os seguintes serviços: (a) a receção e a transmissão de ordens; (b) a execução de ordens; ou (c) o registo e o depósito de instrumentos financeiros¹⁸; ou (iii) contrato ou negócio de cobertura: termo com maior expressão entre a nossa Ciência Jurídica – tribunais¹⁹ e doutrina²⁰.

IV. Em suma, o sistema reconhece duas grandes modalidades de investidores: (i) os investidores clientes; e (ii) os investidores não clientes. Sendo que os primeiros poderão ser distinguidos, à luz da correspondente natureza jurídica, em investidores qualificados e não qualificados; e em clientes habituais ou clientes não habituais, consoante o tipo de contrato concluído entre o intermediário e o investidor e os serviços efetivamente prestados.

3. Os deveres dos intermediários financeiros

I. Os deveres dos intermediários financeiros podem ser agrupados nos seguintes termos²¹: (i) dever principal; (ii) deveres

¹⁷ Exemplo: Novo Banco, *Condições gerais do contrato de abertura de conta* (versão n.º 2 de 11/01/2018).

¹⁸ Exemplo: Caixa Geral de Depósitos, *Contrato de intermediação financeira* (versão janeiro de 2018).

¹⁹ RPT 16-dez.-2015 (Fernando Simões), proc. 638/12.3TBFLG; RLX 28-abr.-2015 (João Ramos de Sousa), proc. 540/11.6TVLSB; RPT 2-mar.-2015 (Carlos Gil), proc. 1099/12.2TVPRT.

²⁰ Luís Menezes LEITÃO, *Actividades de intermediação e responsabilidade dos intermediários financeiros*, in *Direito dos Valores Mobiliários*, vol. 2, Coimbra: Coimbra Editora, 2000, 129-156, 133.

²¹ Com diferentes sistematizações: José Pedro Fazenda MARTINS,

secundários gerais ou deveres acessórios; (iii) deveres secundários específicos legais ou contratuais; e (iv) deveres de organização.

II. O dever principal (a prestação principal) do intermediário financeiro depende do tipo de serviço efetivamente prestado: consultoria financeira, gestão de carteiras, receção, transmissão e execução de ordens ou registo e depósito de instrumentos financeiros. No fundo, a prestação principal de cada um dos serviços elencados nos artigos 289.º e 290.º.

III. Como dever acessório *principal*, conta-se o dever de lealdade. De resto, é a assunção deste dever de lealdade, também dito dever fiduciário²², que molda a atuação dos intermediários financeiros. Enquanto fiduciários, cabe aos intermediários financeiros atuar sempre no interesse dos seus clientes²³. Pela positiva, o dever de lealdade exige que o intermediário financeiro atue no melhor interesse dos seus clientes, e, pela negativa, que coloque sempre os interesses dos seus clientes à frente dos seus próprios interesses²⁴.

O intermediário deve orientar a sua atividade no sentido da proteção dos legítimos interesses dos seus clientes, artigo 304.º/1; deve dar prevalência aos interesses dos clientes, tanto em relação aos seus interesses como em relação aos interesses de terceiros, artigo 309.º/3; não pode, relativamente à prestação de um serviço, receber qualquer remuneração, comissão ou benefício previamente não acordado, artigo 313.º/1; e deve evitar conflitos de interesses, artigo 347.º.

IV. Por deveres secundários específicos, de índole legal ou contratual, contam-se os demais deveres assumidos pelos intermediários financeiros, para com cada cliente individualmente, que não

“Deveres dos intermediários financeiros, em especial, os deveres para com os clientes e o mercado”, *CadMVM*, 7 (2000) 330-350, 334.

²² A. Barreto Menezes CORDEIRO, “Deveres fiduciários de cuidado: imprecisão linguística, histórica e conceitual”, *RDS*, 7 (2015) 617-640.

²³ A. Barreto Menezes CORDEIRO, *Do trust no Direito civil*, Coimbra: Almedina, 2014, 477 s.

²⁴ Veja-se, como maior profundidade e concretude, Barreto Menezes CORDEIRO, *Manual*, 295 s., para onde se remete.

possam ser reconduzidos ao universo do dever de lealdade, nem ao do dever de prestação principal. Como exemplos esclarecedores, pense-se no dever de informação ou no dever de sigilo.

V. Os deveres de organização são deveres genéricos, ou seja, são deveres que não encontram no polo oposto um direito subjetivo, ou outra qualquer situação jurídica ativa.

Nos termos do artigo 305.º/1, “o intermediário financeiro deve manter a sua organização empresarial equipada com os meios humanos²⁵, materiais e técnicos²⁶ necessários para prestar os seus serviços em condições adequadas de qualidade, profissionalismo e de eficiência e por forma a evitar procedimentos errados” – segue-se uma lista, exemplificativa, do que efetivamente se espera.

O intermediário financeiro deve, ainda, adotar políticas e procedimentos adequados de forma a detetar qualquer risco de incumprimento dos deveres a que se encontra sujeito, assim como implementar medidas para os minimizar e corrigir, artigo 305.º-A; adotar políticas e procedimentos para identificar os riscos relacionados com as suas atividades, procedimentos e sistemas, artigo 305.º-B; estabelecer um serviço de auditoria interna, que examine e avalie a adequação dos sistemas adotados e emita recomendações, artigo 305.º-C; ou instituir um procedimento para receber reclamações de investidores não qualificados, artigo 305.º-D.

Cabe ainda aos intermediários financeiros organizarem-se por forma a identificar possíveis conflitos de interesses, artigo 309.º.

²⁵ Artigos 5.º e 6.º do R CMVM n.º 2/2007, por último alterado pelo R CMVM n.º 3/2013.

²⁶ Artigo 4.º do R CMVM n.º 2/2007: meios informáticos.

§ 2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO REGIME JURÍDICO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO INTERMEDIÁRIO FINANCEIRO

4. Do Regulamento sobre o Offício dos Corretores ao Decreto-Lei n.º 8/74

I. A 28 de fevereiro de 1825, foi publicado o *Regulamento sobre o Offício dos Corretores*, justamente apelidado de *a primeira lei mobiliária portuguesa*²⁷. O diploma, composto por 11 artigos, embora não versando, diretamente, sobre a matéria da responsabilidade, continha algumas referências interessantes: (i) a vigilância e a inspeção das atividades dos corretores eram exercidas pelo Tribunal da Real Junta do Commercio, Agricultura, Fabricas, e Navegação, artigo 1.º; (ii) os Livros dos Corretores, que faziam fé em Juízo, deviam estar “sempre limpos, sem lacunas, resuras, inversão de datas, nem cousa que os torne suspeitos de falsidade”, artigo 8.º; (iii) os Corretores não podiam “fazer commercio algum de sua conta particular”, artigo 9.º; (iv) os Corretores eram “responsaveis pela verdade, e identidade das firmas das pessoas, com quem tractarem”, artigo 10.º.

Conquanto o não cumprimento destes preceitos pudesse, em teoria, ser invocado no âmbito de uma ação de responsabilidade civil intentada por clientes, a sua aplicação em concreto estaria dependente do seu cabimento à luz do *Ius Commune*, enquanto fonte do Direito desta matéria, até à entrada em vigor do Código Ferreira Borges²⁸.

II. O Direito dos valores mobiliários foi profundamente reformulado e sistematizado com o Código Ferreira Borges: o regime geral das bolsas de comércio era regulado nos artigos 97.º a 101.º e o dos corretores nos artigos 102.º a 140.º²⁹.

²⁷ Barreto Menezes CORDEIRO, *Direito*, 123 s.: evolução histórica do Direito dos valores mobiliários.

²⁸ António Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito civil*, VIII, Coimbra: Almedina, 2010, 353 s.

²⁹ O *Regulamento para as Praças Commerciaes do Reino* e o *Regulamento da Corporação dos Corretores* (*Collecção de leis e outros documentos officiaes publicados no*

No Código Ferreira Borges, a matéria da responsabilidade civil surgia tratada, genericamente, nos artigos 929.º ss. Contudo, no seio do regime dos corretores, encontramos inúmeras menções relevantes:

111. É do dever dos corretores o certificar-se da identidade das pessoas contraentes dos negócios em que intervêm, e da sua capacidade legal para celebrá-los. Se intervirem, sabendo-o, em contracto feito por pessoa, que segundo a lei não podia fazê-lo, *responderão pelos prejuizos* que se seguirem do efeito directo e immediato da incapacidade do contrahente.

113. O corretor, que com motivos falsos induzir o contraente a erro, *responderá pelo damno* que dahi resultar ao contraente, provando-se dolo no corretor.

115. É dever do corretor guardar inteiro segredo de tudo quanto respeita ás negociações de que se encarrega: pena de destituição e *responsabilidade por perda e damnos*.

131. Aos corretores é prohibido . . . tudo debaixo da perda do officio, e de *responder por perdas e damnos*.

Foi mesmo positivado um preceito de aplicação genérica: nos termos do disposto no artigo 138.º os corretores seriam responsabilizados por “perda e damnos, a que dêr causa o seu procedimento ou culpa”, por violação das disposições estabelecidas nos artigos 102.º a 140.º.

III. O Código Veiga Beirão conserva parte da estrutura do Código Ferreira Borges, dedicando um título aos corretores – artigos 64.º a 81.º – e um capítulo às bolsas – artigo 82.º a 92.º, dentro do Título VIII: *Dos lugares destinados ao commercio*. As inovações introduzidas em ambos os regimes, fruto do natural desenvolvimento socioeconómico, são acompanhadas por um novo capítulo, no Livro II: *Dos contratos especiais de commercio*, intitulado *Das operações da bolsa*³⁰.

1.º semestre de 1837, Lisboa: Imprensa Nacional, 97-100) não trouxe especiais novidades no campo da responsabilidade civil.

³⁰ Sobre a figura do corretor no Código Veiga Beirão, *vide*, Ruy ULR-

No campo da responsabilidade civil, o destaque natural vai para o artigo 77.^{o31}:

Os corretores, além das responsabilidades em que, como taes, incorrerem por falta de cumprimento de alguma das obrigações que lhes são impostas nos artigos 68.^o a 76.^o, ficarão sujeitos à que dimanar dos contratos de mandato e comissão, na parte applicavel ás negociações em que intervirem, tendo do mesmo contra os committentes os direitos que d'aquelles contratos lhes dimanarem.

A responsabilidade dos corretores prescrevia no prazo de seis meses, a contar da conclusão do contrato, artigo 78.^o.

IV. Apesar das profundas alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.^o 8/74, de 14 de janeiro, a matéria da responsabilidade civil dos corretores manteve-se inalterada. O legislador português limitou-se a atualizar, linguisticamente, o conteúdo do artigo 77.^o do Código Veiga Beirão. Atente-se ao disposto no artigo 108.^o/1:

Os corretores, além da responsabilidade em que incorrerem pela falta de cumprimento das obrigações estabelecidas no presente diploma e na demais legislação especial e regulamentos ou instruções applicáveis, ficarão sujeitos à que para eles resultar dos contratos de mandato e comissão, tendo do mesmo modo contra os comitentes os direitos que daqueles contratos derivarem.

O prazo da prescrição foi alargado para um ano, a contar da data da conclusão do contrato, artigo 108.^o/3.

CH, *Da bolsa e suas operações*, 3.^a ed. revista e anotada por Maria Eugénia Mata / David Justino / José Carlos Rodrigues da Costa, Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2012, 183 s.; José Caeiro da MATTA, *Direito commercial português*, Coimbra: Imprensa da Universidade, 1910, 667-700; Luiz da Cunha GONÇALVES, *Comentário ao Código Commercial português*, 1, Lisboa: Emprensa, 1914, 146 s.; José Maria Barbosa de MAGALHÃES, *Direito comercial: apontamentos coligidos por Adelino da Palma Carlos*, Lisboa: J. Rodrigues, 1924, 302-316. Infelizmente, a matéria relativa à responsabilidade civil não é tratada por nenhum destes autores.

³¹ Vejam-se as anotações de Adriano ANTHERO, *Comentario ao Codigo Commercial Portuguez*, 1, Porto: Livraria Moreira, 1913, 148.

5. Código do Mercado de Valores Mobiliários

I. A responsabilidade civil dos intermediários financeiros, de modo idêntico ao que se verifica, atualmente, no CVM, concretizava-se e era desenvolvida sectorialmente, no CdMVM, em inúmeros preceitos:

- Artigo 73.º: serviço de registo de valores mobiliários escriturais;
- Artigo 82.º: depósito de valores mobiliários;
- Artigo 95.º: pelo bom funcionamento do sistema de depósito e controlo de títulos fungíveis;
- Artigo 160.º: colocação da emissão de valores mobiliários; conteúdo do prospeto³²;
- Artigo 169.º: colocação da emissão de valores mobiliários; publicidade da oferta³³;
- Artigo 183.º: transações de valores mobiliários;
- Artigo 427.º: perante terceiros com fundamento na falta de autenticidade, erro ou outro vício da ordem ou na falta de cumprimento das formalidades a que esteja sujeita a transmissão ou receção de ordens;
- Artigo 578.º: pela suficiência, objetividade, veracidade e atualidade das informações contidas no anúncio de lançamento e na nota informativa da oferta;
- Artigo 605.º: pela suficiência, veracidade, objetividade e atualidade das informações contidas no prospeto da oferta pública de venda.

³² Com idêntico sentido, veja-se o artigo 333.º: relativo à responsabilidade pelo conteúdo do prospeto de admissão à cotação em mercado regulamentado.

³³ Com idêntico sentido, veja-se o artigo 334.º: relativo à responsabilidade pela publicidade da oferta relativa à admissão de valores mobiliários à cotação em mercado regulamentado.

II. A esta miscelânea de preceitos, acrescia um regime de aplicação tendencialmente geral, consagrado no 651.º/1³⁴:

1. Sem prejuízo do disposto em outros preceitos deste decreto-lei, a violação por um intermediário financeiro de qualquer das normas que nele se contêm ou que resultem de legislação especial aplicável ou de regulamentos da CMVM emitidos ao abrigo do presente diploma ou dessa legislação obriga o intermediário a indemnizar todos os danos sofridos por terceiros em consequência de tal violação, desde que para o efeito se mostrem preenchidos os requisitos gerais de responsabilidade civil estabelecidos no artigo 483.º do Código Civil.

Este artigo, como bem fundamenta Costa Pina, não seria aplicável às relações estabelecidas e aos contratos concluídos entre os intermediários financeiros e os seus clientes³⁵. Ao empregar a expressão “dano sofridos por terceiros”, o legislador terá pretendido circunscrever o campo de aplicação do preceito à responsabilidade civil delitual (483.º), por violação de direitos ou de normas de proteção. Aos danos causados no âmbito contratual e relacional restava aplicar o regime previsto no artigo 798.º, ambos do cc.

§ 3.º O ARTIGO 304.º-A DO CVM

6. Responsabilidade civil obrigacional e delitual e pressupostos de aplicação

I. O estudo da responsabilidade civil dos intermediários financeiros melhor será compreendido se primeiro esclarecermos os contornos gerais do instituto da responsabilidade civil e os diferentes pressupostos de aplicação das modalidades que o compõem.

³⁴ Durante um curto espaço de tempo, as sociedades de corretagem foram reguladas pelo Decreto-Lei n.º 229-1/88, de 4 de julho. O regime da responsabilidade encontrava-se consagrado no artigo 20.º, que remetia para os regimes civis gerais.

³⁵ Carlos Costa PINA, *Dever de informação e responsabilidade pelo prospecto no mercado primário de valores mobiliários*, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, 211-213.

II. Do ponto de vista sistemático, a responsabilidade civil assenta em duas grandes modalidades: (i) responsabilidade civil delitual, artigo 483.º/1; e (ii) responsabilidade civil obrigacional, artigo 798.º, ambos do CC.

A responsabilidade civil delitual opera a dois níveis: (i) por violação de direitos; ou (ii) por violação de normas de proteção. Atuando a responsabilidade civil obrigacional igualmente a dois níveis: (i) por violação de uma obrigação contratual; ou (ii) por violação de uma obrigação legal específica³⁶. Não encontramos qualquer fundamento que justifique a delimitação do regime previsto no artigo 798.º do CC ao universo contratual ou, sequer, a atribuição a esta modalidade do epíteto *contratual*³⁷. O preceito respeita a toda e qualquer violação de deveres concretos – presume a existência de um credor –, quer tenham origem legal ou contratual: “o devedor que falta culposamente ao cumprimento da obrigação (legal ou contratual) torna-se responsável pelo prejuízo que causa ao credor”.

III. Tradicionalmente, a Ciência Jurídica portuguesa faz depender a aplicação da responsabilidade civil do preenchimento de cinco elementos distintos: (i) facto humano; (ii) culpa; (iii) ilicitude; (iv) dano; e (v) nexo de causalidade. E isto independentemente da modalidade em questão.

Esta conceção foi posta em causa, em 1996, pelo Professor Menezes Cordeiro, na sua tese de agregação, intitulada: *Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais*³⁸ – os argumentos invocados podem hoje ser confrontados no *Tratado de Direito civil*³⁹. Em termos genéricos, o Professor Menezes Cordeiro sustenta um afastamento entre a responsabilidade civil consagrada no artigo 483.º e a positivada no artigo 798.º. Enquanto a primeira exige o preenchimento dos cinco elementos

³⁶ Seguem-se de perto os ensinamentos do Professor Menezes CORDEIRO: *Tratado de Direito civil*, VIII, Coimbra: Almedina, 2016 (= 2010), 385 s.

³⁷ Mário Júlio de Almeida COSTA, *Direito das obrigações*, 12.ª ed., Coimbra: Almedina, 2018 (= 2009), 539 s.: sobre a questão linguística.

³⁸ Lisboa: Lex, 1996, 399 s., em especial 464 s.

³⁹ *Tratado*, VIII, 317 s., em especial 373 s.; e *Tratado de Direito civil*, IX, 3.ª ed., Coimbra: Almedina, 2017, 389-391.

supra referidos, a segunda já não: nesta opera uma conjugação da culpa e da ilicitude, em moldes idênticos ao que se verifica em França, com a *faute*⁴⁰. Esta posição havia já sido defendida, sem o suporte histórico-jurídico da *faute*, por Carneiro da Frada⁴¹. A construção foi criticada por Menezes Leitão⁴² e por Pinto de Oliveira⁴³.

Mota Pinto, embora discordando desta conceção, alcança idênticos resultados ao considerar que ao credor basta demonstrar o não cumprimento do dever: a aplicação do artigo 798.º basta-se com o preenchimento do tipo “falta . . . ao cumprimento”⁴⁴. É manifesto o paralelismo com o Direito penal, onde a subsunção dos factos ao tipo penal é suficiente. Cabe ao suposto agente prevaricador provar eventuais causas de exclusão da ilicitude.

IV. Apesar da hesitação inicial – tivemos Menezes Leitão como primeiro Mestre no estudo do Direito das Obrigações –, parece claro, em face das decisões dos nossos tribunais superiores, que não cabe aos credores provar a ilicitude da violação, bastando-lhes demonstrar essa mesma violação. A dúvida está *apenas* em saber se se trata de uma presunção no sentido técnico do termo – Menezes Cordeiro e Carneiro da Frada – ou uma decorrência do preenchimento do tipo *não cumprimento da obrigação* – Mota Pinto.

⁴⁰ Eduardo dos SANTOS JÚNIOR, *Direito das obrigações: sinopse explicativa e ilustrativa*, 1, 3.ª ed., Lisboa: AAFDL, 2014, 276-279: embora defendendo uma visão unitária da responsabilidade civil, considera que, no âmbito da modalidade obrigacional, basta ao credor demonstrar o incumprimento, na medida em que a presunção do 799.º abrange tanto a ilicitude como a culpa.

⁴¹ Manuel Carneiro da FRADA, *Contrato e deveres de protecção*, Coimbra: Almedina, 1994, 191 s.; e, posteriormente, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, Coimbra: Almedina, 2004, 301, nota 282

⁴² Luís Menezes LEITÃO, *Direito das obrigações*, I, Coimbra: Almedina, 2017, 345-347.

⁴³ Nuno Manuel Pinto OLIVEIRA, “Deveres de protecção em relações obrigacionais”, *SI*, 52 (2003) 495-523, 516 s. O Autor considera, hoje, que a discussão tem pouca relevância prática, na medida em que, independentemente da solução teórica preconizada, o resultado prático será o mesmo: ao credor basta demonstrar que o devedor não cumpriu o que lhe competia: *Princípios de Direito dos contratos*, Coimbra: Almedina, 2011, 625. Segue, na prática, a posição manifestada por Mota Pinto, veja-se a nota que se segue.

⁴⁴ Paulo Mota PINTO, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, II, Coimbra: Almedina, 2009, 1110, nota 3318.

Independentemente da solução preconizada, está terá sempre de partir cânones interpretativos vigentes: artigo 10.º do CC⁴⁵.

7. O artigo 304.º-A: delimitação exegética

I. O artigo 304.º/A aplica-se aos intermediários financeiros, independentemente das atividades de intermediação efetivamente exercidas; sem prejuízo, naturalmente, da sujeição da situação em concreto a regimes especiais, caso paradigmático da responsabilidade pelo prospeto, artigo 149.º ss.

O preceito pode ainda ser invocado por qualquer sujeito, quer se encontre numa relação de clientela, tenha com o intermediário negociado ou contratado ou não tenha tido, com ele, qualquer contacto. A utilização da expressão “a qualquer pessoa” é inequívoca. O ponderoso elemento linguístico invocado por Costa Pina encontra-se assim ultrapassado.

II. Todos os deveres dos intermediários financeiros estão, por princípio e salvo a postulação de regimes especiais, sujeitos ao artigo 304.º-A.

Por “deveres respeitantes à organização e ao exercício da sua atividade” entende-se os deveres principais, os deveres acessórios, os deveres secundários específicos e os deveres de organização.

8. Os pressupostos da responsabilidade civil do intermediário financeiro

I. Também em relação aos pressupostos da responsabilidade civil do intermediário financeiro, como de resto em relação a qualquer interpretação jurídica, importa atender sempre ao conteúdo do artigo 10.º do CC. De outro modo, os resultados alcançados refletirão as nossas conceções pessoais e subjetivas e não a vontade do legislador. Assim, o nosso ponto de partida apenas poderá ser a letra do artigo 304.º-A:

⁴⁵ Segue-se, de perto, o modelo apresentado por António Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito civil*, I, 4.ª ed., Coimbra: Almedina, 2012, 671 s.

1. Os intermediários financeiros são obrigados a indemnizar os danos causados a qualquer pessoa em consequência da violação dos deveres respeitantes à organização e ao exercício da sua atividade, que lhes sejam impostos por lei ou por regulamento de autoridade pública.

Ora, da leitura do número 1, apenas é possível identificar três pressupostos de aplicação: (i) danos – “os danos causados”; (ii) nexo de causalidade – “em consequência da”; e (iii) um terceiro elemento identificado com a expressão “violação dos deveres”. Não sendo sequer a culpa referida – recorde-se que o é no artigo 798.º do cc –, será de concluir que a expressão *violação dos deveres* abrange o facto, a culpa e a ilicitude do modelo consagrado no artigo 483.º/1 do cc: a violação não tem de ser culposa, nem ilícita ou, pelo menos, nenhum destes juízos de valor terá de ser demonstrado pelo investidor supostamente lesado, e isto independentemente de ser um efetivo cliente mobiliários ou um investidor, no sentido amplo do conceito.

II. Esta recondução de todos os três pressupostos à expressão “violação de deveres” parece ceder quando confrontada com o conteúdo do número 2 do artigo 304.º- A:

2. A culpa do intermediário financeiro presume-se quando o dano seja causado no âmbito de relações contratuais ou pré-contratuais e, em qualquer caso, quando seja originado pela violação de deveres de informação.

Se a culpa se presume nestas situações, então *a contrario sensu* não se presume nas demais: nessas caberá ao investidor provar a culpa do intermediário financeiro. Mas apenas a culpa ou também a ilicitude? É que estando os três pressupostos – facto, culpa e ilicitude – concentrados na *violação dos deveres*, caindo um, caem todos? Não é claro.

Em última análise, a própria aplicação deste número 2 aos litígios que envolvam a aplicação do número 1 pode mesmo ser contestada, visto não ser feita qualquer referência autónoma, no número 1, à culpa. A matéria que aqui se tenta estudar já é suficientemente complexa, em nada beneficiando com lacunas legislativas desta natureza.

III. Apesar de dogmaticamente estimulante, este problema tem uma relevância prática reduzida. Nos casos em que a culpa se presume, basta ao investidor demonstrar a violação de um dever. Nos casos em que a culpa não se presume – independentemente do conteúdo que lhe seja atribuído – a sua demonstração não será difícil: nos termos do artigo 304.º/2, os intermediários devem observar elevados padrões de diligência. Ora dificilmente se concebe que um intermediário financeiro que não atue com elevados padrões de diligência, possa agir sem culpa⁴⁶.

9. Natureza jurídica e alcance

I. Confrontada com o regime positivado no artigo 304.º-A, a maioria da Ciência Jurídica nacional⁴⁷ tem reconduzido o regime da responsabilidade civil dos intermediários financeiros ao campo da responsabilidade delitual, apresentando os deveres respeitantes à organização e ao exercício da sua atividade como normas de proteção⁴⁸, para efeitos de aplicação da segunda parte do artigo 483.º/1 do CC: “Aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente . . . qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação”. Esta posição tem sido igualmente assumida por parte da nossa jurisprudência⁴⁹, embora com importantes discordâncias⁵⁰.

⁴⁶ Menezes CORDEIRO, *Tratado*, VIII, 459 s.: para o conceito de culpa no Direito Civil.

⁴⁷ Luís Menezes LEITÃO, “Actividades de intermediação e responsabilidade dos intermediários financeiros”, *DVM*, 2 (2000) 129-156, 147-148; Gonçalo Castilho dos SANTOS, *A responsabilidade civil do intermediário financeiro perante o cliente*, Coimbra: Almedina, 2008, 189 s., embora admitindo uma dupla natureza; Paulo CÂMARA, *Manual*, 369; Felipe Canabarro TEIXEIRA, “Os deveres de informação dos intermediários financeiro em relação aos seus clientes e a sua responsabilidade civil”, *CadMVM*, 31 (2008) 50-87, 74 s.

⁴⁸ Adelaide Menezes LEITÃO, *Normas de protecção e danos puramente patrimoniais*, Coimbra: Almedina, 2009.

⁴⁹ RPT 5-mar.-2015 (Judite Pires), proc. 205/13.4TVPRT.P1; RGM 6-nov.-2014 (Heitor Gonçalves), proc. 6001/13.1TBBRG; RPT 21-mar.-2013 (Leonel Seródio), proc. 2050/11.2TBVFR.P1.

⁵⁰ STJ 17-mar.-2016 (Maria Clara Sottomayor), proc. 70/13.1TBSEI: conquanto utilize a expressão responsabilidade contratual e não obrigacional; RPT 3-jul.-2008 (Teles de Menezes), proc. 0832863: reconheça-se, contudo, que

II. Não vemos como possa o regime previsto no artigo 304.º-A ser reconduzido o universo do artigo 483.º do cc. O conteúdo do preceito é inequívoco: o intermediário financeiro é obrigado a ressarcir os danos causados não em virtude da eventual violação de direitos ou da violação de normas de proteção, mas da violação dos seus deveres, quer sejam concretos ou genéricos. Trata-se de uma concretização da responsabilidade civil obrigacional.

Do ponto de vista prático e dogmático, o artigo 304.º-A é autossuficiente, a sua aplicação não se encontra dependente da invocação do artigo 483.º ou do artigo 798.º, ambos do cc, nem dos respetivos pressupostos. Certamente que o intérprete-aplicador poderá fazer uso dos avanços doutrinários e jurisprudenciais aí alcançados, mas nunca ao ponto de desvirtuar a letra e o espírito do preceito mobiliário.

III. Se em relação à violação dos deveres principais, deveres acessórios e deveres secundários específicos não restam quaisquer dúvidas quanto à sua subsunção ao regime previsto no artigo 304.º-A, já em relação à subsunção dos deveres genéricos de organização poderão subsistir algumas desconfiças. Vejamos este ponto com maior cuidado, partindo do artigo 305.º/1:

O intermediário financeiro deve manter a sua organização empresarial equipada com os meios humanos, materiais e técnicos necessários para prestar os seus serviços em condições adequadas de qualidade, profissionalismo e de eficiência e por forma a evitar procedimentos errados.

Em princípio, o problema não se coloca autonomamente, na medida em que a violação deste preceito irá refletir-se no incumprimento de outros deveres ou no cumprimento defeituoso do contrato, ou seja, o cliente não irá (apenas) invocar a violação do artigo 305.º/1, mas a violação de deveres concretos – prestação principal, lealdade, informação, sigilo, etc. Contudo, admitin-

a análise do tribunal se centra no contrato de intermediação celebrado com um cliente. O mesmo se verifica no seguinte acórdão: RPT 7-jan.-2013 (Carlos Querido), proc. 1015/10.6 TVPRT.

do que da violação desses mesmos deveres emergem danos na esfera jurídica de um terceiro, não vemos qualquer obstáculo que impeça a invocação do regime geral da responsabilidade civil. Ao contrário do que se verifica com os artigos 73.º a 75.º do RGIC⁵¹, o artigo 304.º-A não é uma norma incompleta: os pressupostos de aplicação existem e são os mesmos independentemente da natureza do dever. O problema que se coloca é de ordem prática e não teórica e respeita, na realidade, ao pressuposto do nexo de causalidade.

10. Concretização jurisprudencial

I. A análise da jurisprudência dos nossos tribunais superiores fornece pistas decisivas para o esclarecimento dos pressupostos de aplicação do regime consagrado no artigo 304.º-A:

rcb 12-set.-2017⁵²: adota a posição de Menezes Cordeiro quanto à querela monista/dualista do instituto da responsabilidade civil, considerando que a presunção de culpa é, na realidade, uma presunção de culpa, ilicitude e nexo de causalidade; procede ao preenchimento, autónomo, da culpa e da ilicitude, mas reconduz a ilicitude à violação do dever e não à violação ilícita do dever.

RLX 8-jun.-2017⁵³: adota a posição clássica da autonomização da culpa e da ilicitude e circunscreve a presunção do n.º 2 à culpa; contudo, condensa todos estes pressupostos na expressão *violação de deveres*: “no caso dos autos não se provou que o R. não informou os AA . . . Falta-nos, assim, a demonstração por parte dos AA. do facto ilícito, ou seja, da violação dos deveres de informação em causa”.

RLX 6-abr.-2017⁵⁴: defende uma certa autonomia do artigo 304.º-A, colocando-o numa “zona intermédia entre a responsabilidade contratual e a extracontratual”; faz depender a aplicação do regime da responsabilidade civil do intermediário da violação ou

⁵¹ Menezes CORDEIRO, *Direito bancário*, cit., 348.

⁵² Rcb 12-set.-2017 (Moreira do Carmo), proc. n.º 821/16.2T8GRD.

⁵³ RLX 8-jul.-2017 (Maria José Mouro), proc. n.º 152-13.0TCFUN.

⁵⁴ RLX 6-abr.-2017 (Ondina Carmo Alves), proc. n.º 519/10.5.

não dos deveres que o adstringem: “assim, sempre que um Banco, na qualidade de intermediário financeiro, haja avançado para a aquisição do produto financeiro, sem observar os deveres de informação, tornar-se-á responsável pelos prejuízos caudados ao investidor”.

STJ 12-jan.-2017⁵⁵: sem entrar, diretamente, nas querelas doutrinárias, afirma: “não sendo possível surpreender qualquer violação do dever específico de informação por parte do intermediário financeiro, não se encontra verificada a ilicitude, inexistindo responsabilidade civil”.

rcb 15-dez.-2016⁵⁶: atribui uma dimensão delitual ao artigo 304.º-A; faz depender a aplicação do artigo da demonstração, pelo cliente, da violação, pelo intermediário financeiro, do dever de informação.

STJ 17-mar.-2016⁵⁷: adota a posição de Menezes Cordeiro; quanto à responsabilidade do intermediário, escreve: “numa situação de tipo obrigacional, a mera falta de informação do beneficiário responsabiliza, automaticamente, o obrigado. O responsabilizado só se liberará se lograr provar que, afinal, prestou a informação ou se beneficiou de alguma causa de justificação ou de excusa”.

rgm 2-jul.-2015⁵⁸: afirma que a violação, pelo intermediário financeiro, dos deveres consagrados no CVM faz incorrer esse intermediário na responsabilidade de indemnizar os danos causados.

RLX 10-mar.-2015⁵⁹: o juiz relator distingue os vários pressupostos clássicos da responsabilidade civil; contudo, no seu preenchimento individual, a atenção é sempre uma: foram os deveres violados ou não?

RLX 10-mar.-2015: assume a conceção clássica, assente em cinco pressupostos; a responsabilidade, no caso em concreto, emerge da demonstração do não cumprimento dos deveres de informação⁶⁰.

⁵⁵ STJ 12-jan.-2017 (Olindo Gomes), proc. 428/12.3.

⁵⁶ rcb 15-dez.-2016 (Maria Domingas Simões), proc. 377/12.5.

⁵⁷ STJ 17-mar.-2016 (Maria Clara Sottomayor), proc. n.º 70/13.1TBSEL.

⁵⁸ RGM 2-jul.-2015 (Fernandes Freitas), proc. n.º 8013/10.8.

⁵⁹ RLX 10-mar.-2015 (Manuel Marques), proc. n.º 100/13.7TVLSB.

⁶⁰ RLX 10-mar.-2015 (Maria da Conceição Saavedra), proc. n.º 153/13.8.

STJ 6-jun.-2013⁶¹: “A responsabilidade civil assacada ao intermediário financeiro, designadamente no âmbito de contrato de consultadoria para investimento em valores mobiliários, pressupõe a prova da ilicitude resultante do incumprimento de deveres legais ou contratuais, numa relação de causalidade adequada com o sinistro financeiro verificado”.

RLX 21-mar.-2013⁶²: “a ilicitude pressupõe a violação dos deveres em si, consagrados na lei, no regulamento ou acordado pelas partes”.

II. Duas conclusões facilmente se retiram da leitura destes acórdãos: (i) numa perspectiva dogmática, os nossos tribunais superiores assumem as mais díspares teorias; e (ii) numa perspectiva prática, a responsabilidade civil do intermediário financeiro é determinada à luz de um simples raciocínio: resulta ou não, da atuação do intermediário financeiro, a violação dos deveres que adstringem a sua posição? Confrontada com uma resposta positiva, a nossa jurisprudência nada mais avalia: nem a ilicitude da violação, nem a culpa da atuação.

⁶¹ STJ 6-jun.-2013 (Abrantes Geraldés), proc. n.º 364/11.0 TVLSB.

⁶² RPT 21-mar.-2013 (Leonel Serôdio), proc. n.º 2050/11.2TBVFR.

**A PRIMAZIA
DA RECONSTITUIÇÃO NATURAL
SOBRE A INDEMNIZAÇÃO
POR EQUIVALENTE
CONTRIBUTOS JURÍDICO-HISTÓRICOS
PARA A ANÁLISE
DO DIREITO PORTUGUÊS**

DAVID MAGALHÃES

Segundo o n.º 1 do artigo 566.º do Código Civil, a indemnização por reconstituição natural prevalece sobre a indemnização por equivalente, excepto quando “não seja possível, não repare integralmente os danos ou seja excessivamente onerosa para o devedor”.

A prioridade da reconstituição natural não é consagrada noutros ordenamentos. Trata-se de uma opção do legislador – e, precisamente por ter sido trilhado um caminho que podia não o ter sido, daí devem ser extraídas as devidas consequências. Sob pena de esvaziamento do sentido da solução.

Creemos que identificar as raízes desta opção legislativa através de um método histórico-comparativo (que permite conhecer a evolução das instituições e o seu significado) pode auxiliar decisivamente a identificar a razão de ser da figura reconstrução natural, bem como a resolver certas questões que se têm colocado com acuidade no direito português, nomeadamente:

- a interpretação da excepção de excessiva onerosidade;
- a concepção de danos a indemnizar.

Comecemos, então, o nosso muito breve excursus histórico-dogmático.

A recepção do *Corpus Iuris Civilis* na Europa Ocidental a partir do século XI tornou-o direito vigente como parte integrante do *ius commune*, o direito comum aos vários territórios.

O direito romano não continha, todavia, regras gerais de indemnização de danos. A matéria era tratada a propósito das acções que tutelavam concretas pretensões indemnizatórias, designadamente nos âmbitos contratual e delitual.

No campo dos delitos, a célebre *lex Aquilia de damno* (de 287/286 a.C.), base do posterior desenvolvimento da responsabilidade extracontratual (por isso também designada *aquiliiana*), mais não previa do que a obrigação de o lesante pagar o valor que se atribuísse à coisa danificada¹.

Mas, independentemente da fonte da obrigação de indemnização, esta era sempre em dinheiro. A reconstrução em espécie era estranha ao direito romano, cujo processo civil repousava na regra da *condemnatio pecuniaria*, que no processo das fórmulas assumia carácter absoluto². Apenas na época pós-clássica e, tão-só, quanto ao cumprimento de obrigações de *dare* e de *restituere*, se admitiu a realização coactiva da prestação, com a execução *manu militari* da entrega da *res* devida³.

¹ D.9,2,2 pr.; D.9,2,27,5. Sobre a disciplina da *lex Aquilia*, cf., na romanística portuguesa, António dos Santos JUSTO, “Lex Aquilia”, in *Estudos em Honra de Ruy de Albuquerque*, vol. 1, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, 13 s.

² GAIUS 4,48.

³ D.6,1,68 (certamente objecto de alteração). Sobre a evolução do regime da realização coactiva da prestação remete-se para David MAGALHÃES, “A Execução Específica: Alcance e Limites da Realização Coactiva da Prestação desde o Direito Romano”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 89/2 (2013) 667 s.

Logo, não sendo uma obrigação de *dare* ou de *restituere*, a obrigação de indemnização de danos estava sujeita à *condemnatio pecuniaria* e à necessária *aestimatio* do seu valor monetário⁴.

A reconstituição natural não é, pois, herança romana. As suas raízes são outras: as Sagradas Escrituras, a teologia cristã, o direito canónico e o jusnaturalismo racionalista⁵.

O contributo bíblico desentranha-se, nomeadamente, do Livro do Êxodo (21,37)⁶, do Livro de Ezequiel (33,14-16)⁷ e do Evangelho de São Lucas (19,8)⁸. De todas essas passagens ressalta a obrigação de reconstituição em espécie.

A reflexão teológica desenvolvida na Idade Média desenvolverá a mesma ideia. O Decreto de Graciano (1140) reproduzia uma epístola de Santo Agostinho ao Bispo Macedónio, segundo a qual quem subtraía coisa alheia estava afastado do sacramento da penitência enquanto não restituísse. Sem a restituição haveria uma mera simulação de penitência:

Quod uero penitencia agi non possit, nisi res aliena reddatur, testatur Augustinus in epistola [LIV.] ad Macedonium. Si res aliena, propter quam peccatum est, reddi possit, et non redditur, penitencia non agitur, sed simulatur. Si autem ueraciter agitur, non remittetur peccatum, nisi restituatur ablatum (C.14, q.6, c.1).

Há claros reflexos da doutrina de Santo Agostinho nas Decretais de Gregório IX (de 1234), onde eram referidas, até, si-

⁴ Neste exacto sentido, Udo WOLTER, *Das Prinzip der Naturalrestitution in § 249 BGB. Herkunft, historische Entwicklung und Bedeutung*, 1985, 16-17, especialmente a nota 8.

⁵ Sobre estes aspectos é de consulta absolutamente fundamental a já citada obra de WOLTER, *Das Prinzip der Naturalrestitution*.

⁶ “Quando um homem roubar um boi ou um animal do rebanho, e o abater ou o vender, pagará cinco bois pelo boi, e quatro ovelhas pelo animal do rebanho”.

⁷ ¹⁴ “Quando digo ao pecador: ‘Tu morrerás’, e ele se afasta dos seus pecados e pratica o direito e a justiça; ¹⁵ se ele restitui o penhor que lhe foi confiado, se devolve o que roubou, se observa as leis que dão a vida, e se se abstém de todo o mal, viverá e será preservado da morte. ¹⁶ Serão esquecidos todos os pecados que cometeu: se observar o direito e a justiça, viverá”.

⁸ ⁸ “Zaqueu, de pé, disse ao Senhor: «Senhor, vou dar metade dos meus bens aos pobres e, se defraudei alguém em qualquer coisa, vou restituí-lhe quatro vezes mais.» Jesus disse-lhe: «Hoje veio a salvação a esta casa, por este ser também filho de Abraão; 10 pois, o Filho do Homem veio procurar e salvar o que estava perdido»”.

tuações de reconstituição natural por danos provocados pela destruição de coisa alheia⁹.

A *Summa Theologica* de São Tomás de Aquino (II-II,62) trata da *restitutio* como um problema jurídico e uma exigência de justiça comutativa: deter coisa alheia era compensado com a restituição. A ideia de restituição como acto de justiça comutativa também era aplicável à injúria que alguém sofreu no seu corpo ou à palavra difamatória que foi proferida contra a sua honra.

A restituição era a forma prioritária de justiça comutativa, sem a qual não havia salvação (e aqui é notória a influência de Santo Agostinho). Apenas se a restituição fosse impossível poderia haver uma compensação em dinheiro.

O Doutor Angélico apontava que, para se satisfazer a justiça comutativa, bastava restituir-se aquilo que fora subtraído, afastando-se soluções como a do Livro do Êxodo (pagar cinco bois por um boi). Tal era justificado do seguinte modo: os preceitos judiciais anteriores à vinda de Cristo já não eram observáveis (I- II,104,3).

O Sexto de Bonifácio VIII (1298), consagrou expressamente, na sua extensa lista de regras jurídicas (*regulae iuris*), que *peccatum non dimittitur, nisi restituatur ablatum*: o pecado não é redimido enquanto não se restituir o subtraído. A reflexão teológica de Santo Agostinho tomava forma de lei da Igreja. A glosa ordinária (comentário oficial) a essas *regulae iuris* identificava a *restitutio* não apenas com a devolução do que fora subtraído mas, num sentido amplo, com a indemnização por danos. E só se a restituição não fosse possível se procedia à estimação do valor pecuniário.

Os teólogos-juristas da Escola Espanhola do Direito Natural, ou Segunda Escolástica, desenvolveram este legado, o que não surpreenderá dada a forte influência sobre eles exercida

⁹ x.3,13,6 (a alienação de bens da Igreja não produzia efeitos e os alienantes seriam excomungados a menos que rapidamente restituíssem); X.5,19,5 (invocando-se expressamente Santo Agostinho, determinava-se que os usuários estavam obrigados a restituir os juros recebidos conforme estabeleceu o III Concílio de Latrão); x.5,36,3 (seguindo-se o Livro do Êxodo 21,36, estabelecia-se que se um boi fosse morto por outro boi, o proprietário lesado tinha o direito a um novo animal e à carcaça se o dono do animal que investira soubesse que ele marrava e não o guardou).

pelo pensamento tomista. Cita-se, exemplificativamente, Diego de Covarrubias e Leyva, que apresentava a restituição como a contrapartida da lesão (ou seja, reforçava-se a ideia de justiça comutativa), o que era aplicável não só à ablação de coisas do património alheio, mas aos danos em geral. E, por isso, o lesado não tinha de aceitar senão que fossem repostas as utilidades e vantagens subtraídas.

É reconhecida a influência da Segunda Escolástica na génese do jusnaturalismo racionalista. E esta matéria ilustra-o perfeitamente: Hugo Grócio afirmava que os danos causados culposamente a outrem eram fonte de uma obrigação de restituição; para Pufendorf, sem a *reparatio* imposta pela justiça, a paz não se obtinha e os danos continuavam; Thomasius indicava que a remoção dos danos ocorria com a restauração das coisas danificadas ou, se esta não for possível, através de um pagamento que acautelasse a totalidade dos interesses do lesado.

No mesmo sentido, Joachim Georg Darjes afirmava de forma categórica que, quando a restituição ainda era possível, o lesado não tinha de se contentar com uma satisfação por equivalente, sendo ridículo o contrário. Oferecia-se um exemplo impressionante: alguém me subtrai um livro que me é muito querido. Exijo-lhe o livro e ele não me quer dar, mas responde que aceita pagar o valor do livro. Se eu tivesse de me contentar com essa satisfação por equivalente, teria lugar o mero pagamento. E Darjes rematava: isto é absurdo...

Este filão produziu frutos abundantes: a prioridade da indemnização por reconstituição natural foi consagrada, entre outros, pelo *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis* (1756), pelos Códigos Civis da Prússia (1794), da Áustria (1811) e da Saxónia (1863/65), pelo BGB alemão (§ 249) ou pelo actual *Codice Civile* italiano (artigo 2058.º).

O n.º 1 do artigo 566.º do Código Civil é, evidentemente, tributário desta concepção ética legada pela teologia moral cristã. São considerações de equidade, de justiça comutativa, que estiveram nas origens da indemnização por restauração natural. Essas origens revelam que não estão em causa questões económicas mas ético-jurídicas, em que se tutela a integridade patrimonial do

lesado e não o valor venal ou de troca. É por isso que se pretende que a esfera jurídica do lesado seja factualmente reprimada e não que receba uma quantia monetária.

No fundo, exigências de equidade impõem que o “risco de aquisição” onere o lesante. Perante a possibilidade de ser difícil encontrar no mercado um novo bem equivalente ao que foi destruído ou danificado, recai sobre o lesante a reconstituição em espécie.

Creemos que a excessiva onerosidade da reconstituição assenta, portanto, numa ponderação de valores jurídicos, não pecuniários. Não estão em causa considerações de oportunidade económica, mas de justiça.

Há dois pólos a considerar: o interesse do lesado na integridade da sua esfera jurídica e o esforço do lesado para ela ser reposta em espécie. A reconstituição só será excessivamente onerosa quando conduza à lesão de bens jurídicos superiores a essa integridade. Trata-se de um juízo de exigibilidade: perante os bens jurídicos tutelados pela reconstituição é de impor ao lesante, à luz das concepções dominantes no ordenamento (presentes, nomeadamente, na Constituição), os respectivos custos?

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

Apenas beliscada a esfera do lesado sem perigarem valores dessa importância, se justificam juízos de excessiva onerosidade, escorados, *e.g.*, no limite alemão do valor do objecto acrescido de 30%. Pense-se num ornamento danificado cuja utilidade não toca em interesses tão sensíveis¹⁰.

¹⁰ Deixa-se claro que isto é o que (talvez temerariamente) propomos.

Mas uma análise histórico-comparativa, por permitir compreender a génese, evolução e sentido das instituições, pode ainda dar-nos outra achega. A reconstituição natural, sendo a regra, pode não ter lugar se for impossível (por exemplo, a coisa não fungível pereceu totalmente), se não permitir a total indemnização dos danos (nomeadamente a privação do uso do veículo durante o período necessário ao conserto) ou, como se viu, se for excessivamente onerosa. Nessas hipóteses, a indemnização é fixada em dinheiro – e há que apurar o quantum indemnizatório.

Essa tarefa não pode ignorar que a regra é a restauração em espécie da situação que existiria se não fosse a ocorrência do dano (artigo 562.º CC) A indemnização por mero equivalente, sendo puramente subsidiária da reconstituição, visa prosseguir as mesmas finalidades. Pelo que, também aqui, não se pretende indemnizar o lesado pelo valor venal mas pela sua integridade patrimonial. Surge, então, a indemnização pelo valor de substituição do objecto, isto é, aquele valor que lhe permitiria adquirir um bem equivalente (isto é, com as mesmas características).

Note-se que o valor de substituição tem de ser provado em juízo. Como bem se defendeu no importantíssimo Acórdão do STJ de 4 de Dezembro de 2007 (relatado pelo Conselheiro Pires da Rosa)¹¹, ao lesado compete a prova dos factos constitutivos do seu direito, nomeadamente do direito à indemnização por reconstituição natural. Mas incumbe ao lesante provar as excepções, designadamente, os factos modificativos desse direito (artigo 342.º/2 CC), como a excessiva onerosidade. Se o lesante considerar que a reconstituição é excessivamente onerosa porque ultrapassa o valor de substituição do objecto, é dele o ónus de provar que se encontra no mercado, por aquele valor, um bem de características equivalentes ao sinistrado. Se não provar, dever ser condenado à reconstituição natural.

Pensamos que, com este entendimento do valor de substituição e da repartição do ónus da prova dos factos modificati-

Mas o significado mais profundo da opção pela reconstituição *in natura* leva-nos a crer que uma mera ponderação de montantes económicos não se coaduna com ele e, pelo contrário, parte de uma mercantilização que dificilmente encontra guarida num instituto cuja raiz axiológica é manifesta.

¹¹ Processo 06B4219.

vos do direito à reconstituição natural, se conseguem satisfazer as preocupações ínsitas à Recomendação do Provedor de Justiça n.º 2/B/2009:

a adopção de solução normativa que disponha no sentido de a empresa de seguros, ao propor a regularização de um sinistro com base no conceito de perda total, não se limite a indicar o valor da indemnização por perda total, indicando, outrossim, a disponibilidade no mercado de veículo automóvel com características similares às do veículo sinistrado e que franquee ao lesado uma utilização comparável à que este proporcionava.

Seria inadmissível apreciar o dano à luz do valor venal da coisa afectada, afastando-se a reconstituição se o respectivo custo ultrapassasse aquele montante. Perante um valor diminuto que não permitisse a aquisição de objecto equivalente, o lesado perderia as utilidades que antes obtinha. “Uma coisa é ter o valor, outra coisa é ter a coisa”, como de forma enxuta mas certa escreveu Pires da Rosa no aludido aresto.

Há, desta feita, que louvar o esforço renovador de sectores da doutrina e jurisprudência nacionais que, relativamente a acidentes viários, defenderam que a obrigação de indemnização por equivalente deve ter como objecto o valor de substituição e que é esse valor que permitirá saber se há lugar à reparação do veículo. Tal foi consagrado pelo artigo 41.º do Decreto-Lei n.º 291/2007, de 21 de Agosto (seguro obrigatório de responsabilidade civil automóvel)¹².

¹² Artigo 41.º (Perda total)

1 - Entende-se que um veículo interveniente num acidente se considera em situação de perda total, na qual a obrigação de indemnização é cumprida em dinheiro e não através da reparação do veículo, quando se verifique uma das seguintes hipóteses:

- a) Tenha ocorrido o seu desaparecimento ou a sua destruição total;
- b) Se constate que a reparação é materialmente impossível ou tecnicamente não aconselhável, por terem sido gravemente afectadas as suas condições de segurança;
- c) Se constate que o valor estimado para a reparação dos danos sofridos, adicionado do valor do salvado, ultrapassa 100 % ou 120 % do valor venal do veículo consoante se trate respectivamente de um veículo com menos ou mais de dois anos.

2 - O valor venal do veículo antes do sinistro corresponde ao seu valor de substituição no momento anterior ao acidente.

Seria inconstitucional, na verdade, impor uma indemnização monetária correspondente ao valor venal, pois tal equivaleria a uma expropriação por utilidade particular, como defendem Menezes Leitão e Paulo Mota Pinto. O legislador já incorreu, aliás, em tal vício (artigo 20.º - I, n.º 2, do felizmente revogado Decreto-Lei n.º 83/2006, de 03 de Maio, também relativo ao seguro de responsabilidade automóvel).

Claro que o que defendemos anteriormente sobre a prevalência da reconstituição natural tem de ser temperado com o regime específico do seguro de responsabilidade automóvel. Aí o legislador definiu uma disciplina diferente daquela que, em nossa opinião, vigora na generalidade dos casos e impôs a indemnização por equivalente sempre que “o valor estimado para a reparação dos danos sofridos, adicionado do valor do salvado, ultrapassa 100 % ou 120 % do valor venal [de substituição] do veículo consoante se trate respectivamente de um veículo com menos ou mais de dois anos”. Um *favor debitoris* que nem sequer seguiu a bitola dos 130% e que não se entende a não ser por uma manifesta intenção de favorecer o sector segurador.

Mas, a nosso ver, mantém-se a questão do ónus da prova do valor de substituição. Tratando-se da prova de um facto modificativo, aquele ónus está a cargo da seguradora, ao contrário do que decidiu, por exemplo, o Acórdão da Relação de Coimbra de 14 de Dezembro de 2010 (Desembargador Pedro Martins, Processo 380/09.2TBCBR.C1). Se a seguradora não provar esse

3 - O valor da indemnização por perda total corresponde ao valor venal do veículo antes do sinistro calculado nos termos do número anterior, deduzido do valor do respectivo salvado caso este permaneça na posse do seu proprietário, de forma a reconstituir a situação que existiria se não se tivesse verificado o evento que obriga à indemnização.

4 - Ao propor o pagamento de uma indemnização com base no conceito de perda total, a empresa de seguros está obrigada a prestar, cumulativamente, as seguintes informações ao lesado:

- a) A identificação da entidade que efectuou a quantificação do valor estimado da reparação e a apreciação da sua exequibilidade;
- b) O valor venal do veículo no momento anterior ao acidente;
- c) A estimativa do valor do respectivo salvado e a identificação de quem se compromete a adquiri-lo com base nessa avaliação.

5 - Nos casos de perda total do veículo a matrícula é cancelada nos termos do artigo 119.º do Código da Estrada.

valor, não se pode dele prevalecer e está obrigada à reparação do automóvel.

Por fim, se censuramos o regime do seguro obrigatório de responsabilidade civil automóvel (pelo seu descarado *favor debitoris*), aplaude-se o artigo 493.º-A do Código Civil, que impôs a obrigação de indemnização pelas despesas com o tratamento de animais lesados, ainda que aquelas superem o seu valor monetário¹³. Trata-se de uma solução que – a nosso ver acertadamente – concretiza coerentemente a ponderação de bens jurídicos (e não de montantes económicos) ínsita a um regime de indemnização de danos por reconstituição natural.

Bibliografia

GEMAS, Laurinda Guerreiro, “A Indemnização dos Danos Causados por Acidentes de Viação – Algumas Questões Controversas”, *Julgar*, 8 (Maio/Agosto 2009).

GOMES, Júlio Vieira, “Custo das Reparações, Valor venal ou Valor de Substituição? (Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 27.2.2003, Rev. 4016/02)”, *Cadernos de Direito Privado*, 3 (Julho/Setembro 2003).

JUSTO, António dos Santos, “Lex Aquilia”, in *Estudos em Honra de Rui de Albuquerque*, vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

¹³ O preceito foi aditado pela Lei n.º 8/2017, de 03 de Março – Estatuto Jurídico dos Animais.

Artigo 493.º-A (Indemnização em caso de lesão ou morte de animal)

1 - No caso de lesão de animal, é o responsável obrigado a indemnizar o seu proprietário ou os indivíduos ou entidades que tenham procedido ao seu socorro pelas despesas em que tenham incorrido para o seu tratamento, sem prejuízo de indemnização devida nos termos gerais.

2 - A indemnização prevista no número anterior é devida mesmo que as despesas se computem numa quantia superior ao valor monetário que possa ser atribuído ao animal.

3 - No caso de lesão de animal de companhia de que tenha provindo a morte, a privação de importante órgão ou membro ou a afetação grave e permanente da sua capacidade de locomoção, o seu proprietário tem direito, nos termos do n.º 1 do artigo 496.º, a indemnização adequada pelo desgosto ou sofrimento moral em que tenha incorrido, em montante a ser fixado equitativamente pelo tribunal.

- LEITÃO, Luís Menezes, *Direito das Obrigações*, vol. I, 14.^a ed., Coimbra: Livraria Almedina, 2017.
- MAGALHÃES, David, “A Execução Específica: Alcance e Limites da Realização Coactiva da Prestação desde o Direito Romano”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 89/2 (2013).
- PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 76.^a ed., Munique: C. H. Beck, 2017; especialmente os comentários aos §§ 249 e 251 BGB.
- PINTO, Paulo Mota, *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- WOLTER, Udo, *Das Prinzip der Naturalrestitution in § 249 BGB. Herkunft, historische Entwicklung und Bedeutung*, 1985.
- ZIMMERMANN, Reinhard, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, reimpr., Cidade do Cabo / Munique: Juta / C. H. Beck, 1992.

**BREVES REFLEXÕES SOBRE
O MÉTODO DE DETERMINAÇÃO
DO REGIME DE RESPONSABILIDADE
CIVIL APLICÁVEL
O CASO DA RESPONSABILIDADE CIVIL
DO ADVOGADO**

HONG CHENG LEONG

I. Introdução ao problema

A responsabilidade civil nas relações privadas tem sido um tema muito estudado no mundo jurídico. A história da sua problematização é tão rica que já desde a época do Direito Romano – e até mais remoto – ela emergia como um dos problemas mais relevantes para as civilizações humanas, que reclamam, embora com aspirações e preocupações muito variantes, sempre certa “justiça” na convivência entre os membros da sociedade. Por isso, não é nada de exagero se se advogar que a afirmação da responsabilidade civil é um dos pilares fundamentais para a manutenção da paz social e da sustentação do desenvolvimento humano de cada época histórica. Donde, perspetivando-se através de outra ótica, é forçoso afirmar que o sistema jurídico de responsabilidade civil positivado se consubstancia sempre num reflexo imediato da mundividência vigente em cada civilização humana.

Assim sendo, é natural verificar-se que o âmbito (de proteção) do próprio instituto de responsabilidade civil, a sua consistência e facilidade de fundamentação variam consoante a ideologia de cada sociedade, e dentro desta, os modos de convivência intersubjetiva vigentes em cada área diferenciada de interações do género de *eu-e-o-outro* ou *eu-e-os-demais*.

Destarte, não é surpreendente que para cada Estado, e até para cada comunidade local e cada profissão, existam preocupações especiais contextualizadas a propósito da problemática da responsabilidade civil dos *sens* membros.

Numa perspetiva jurídico-dogmática, sem dúvida, estas preocupações singulares, embora possuam relevância jurídica, nem sempre implicam a autonomização de um ramo especial na ciência jurídica de responsabilidade civil. Contudo, o certo é que elas apelam sempre a uma problematização dogmático-jurisprudencial diferenciada, recordando (reivindicando) assim a sensibilidade ético-social da normatividade jurídica, a não autosuficiência da ordem jurídica, e a sua evolução dialética diante o pluralismo social¹.

À luz deste pensamento, entre outros, a responsabilidade civil dos profissionais é indubitavelmente uma das áreas que justificam uma escarpelização e densificação especial. Com efeito, nas relações entre os profissionais e os seus clientes, existe sempre uma certa assimetria de conhecimento intelectual (salvo o caso de os clientes serem eles próprios também profissionais da mesma área) – e é justamente esta assimetria que faz os “prestadores de serviço” (em sentido impróprio) “profissionais” e justifica a utilidade dos seus “serviços”. Ora, esta inapagável assimetria de conhecimento, para além de ser o fator fundamentante (até dignificante) da existência dos serviços de profissionais, penetra na dinâmica de toda a vida da relação estabelecida entre os profissionais e os clientes. Por isso, mesmo que a negociação, a constituição e a execução desta relação de prestação sejam totalmente livres, dependendo exclusivamente da liberdade-autonomia pri-

¹ Sobre a teoria de não autossuficiência da ordem jurídica, *v. inter alii*, Castanheira NEVES, *Curso de Introdução ao estudo do direito (extractos)*, Coimbra, 1971-1972, 124 s.

vada de cada parte negocial, no plano de facto, entre a posição dos profissionais e a dos clientes não existe uma verdadeira igualdade. Isto leva a que, perspetivando-se a partir da posição dos clientes, as atuações dos profissionais (*rectius*, aquelas atividades que pressupõem necessariamente a titularidade do conhecimento especial que os profissionais possuem) são dificilmente controláveis pelos próprios clientes, nem pelos terceiros imparciais que não possuam aquele especial domínio de conhecimento.

Destarte, no tempo antigo em que a relação entre os profissionais e os clientes-leigos ainda não era perspetivada como uma verdadeira relação “paritária” de “prestadores de serviços-e-clientes”, mas como uma relação “vertical” em que os profissionais se encontravam numa posição de superioridade, não é surpreendente que a regra era a irresponsabilidade civil dos profissionais². Até na sociedade contemporânea, em que se verifica uma acentuada clientelização e comercialização dos serviços profissionais (pense-se, *maxime*, no domínio de assistência médica e de advocacia), que catalisa avultadamente a (devida) exposição dos profissionais também à responsabilidade civil pelas suas condutas (sobretudo, a responsabilidade por omissões), a fundamentação da responsabilidade civil dos profissionais ainda se encontra muito estorvada *na prática* por mor da reiterada assimetria de conhecimento ou monopólio do conhecimento especial.

Por isso, não se estranha que o estudo de “responsabilidade profissional”, com atenção debruçada mormente na vertente de proteção da posição vulnerável dos clientes, se consubstancia num tema altamente debatido na ordem jurídica contemporânea – pense-se, designadamente, no desenvolvimento do mecanismo de *peer-review*, a inversão de ónus da prova a favor dos clientes, a

² Como Paulo CORREIA defende, na ocasião do estudo da responsabilidade civil do advogado, “[e]nquanto que no anterior paradigma a relação mandatário/mandante era uma relação autoritária e vertical – o advogado encontrava-se numa posição de superioridade perante o patrocinado de apoio; hoje essa relação apresenta-se de forma democrática e horizontal, o que justifica que a tradicional resignação pelo insucesso na causa tenha cedido o lugar à crítica e à exigência”. Cfr. IDEM, “Da responsabilidade civil do advogado pelo incumprimento dos deveres de competência e de zelo”, *Revista do Ministério Público*, 119 (2009) 158.

introdução das provas *a prima facie*, a adoção da teoria de danos desproporcionais, *etc.*

Ora, entre a miríade dos domínios de profissões, a responsabilidade do advogado é sem dúvida uma das quais que patentemente paradigmaticamente esta linha de evolução. Contudo, na sociedade contemporânea, apesar da importância cada vez mais acrescida desta profissão de interesse público, na nossa perspectiva, a problematização da sua responsabilidade civil ainda não adquire uma relevância merecida na doutrina portuguesa³. Ou seja, citando a observação pertinente de Paulo Correia, hoje em dia, “ainda não é razoável falar-se de uma “jurisprudência portuguesa” sobre responsabilidade do advogado”⁴.

Diante esta carência da “jurisprudência sobre responsabilidade do advogado” – cuja colmatação, contudo, se mostra necessária –, os juristas, sendo parte constitutiva da evolução dialética da normatividade jurídica, indubitavelmente, não podem ficar em inércia. Isto justifica assim o nosso ensejo de contribuímos para o desenvolvimento desta temática – que constitui a razão de ser do presente trabalho.

Todavia, confessamos de imediato que não possuímos qualquer pretensão de saciar neste trabalho a ambição de construir uma verdadeira doutrina sobre a responsabilidade do advogado. Limitamo-nos somente a escarpelizar uma das problemáticas mais básicas desta responsabilidade profissional. Isto é, qual é o regime da responsabilidade aplicável a atuações profissionais dos advogados? Contratual, extracontratual ou da terceira via?

³ Esta insuficiência de desenvolvimento dogmático da responsabilidade dos advogados torna-se óbvia sobretudo quando olhemos para o empenho que a doutrina tem investido no estudo da responsabilidade por atos médicos.

⁴ Cfr. Paulo CORREIA, “Da responsabilidade”, 159.

II. Reflexões críticas sobre o entendimento correntemente adotado na determinação de uma situação de responsabilidade como contratual ou extracontratual

No Código Civil atual, o legislador sistematicamente regula em sítios diferentes o regime substantivo da responsabilidade civil extracontratual (artigos 483.º s.) e o do incumprimento contratual (artigos 790.º ss.); embora depois, demostre uma pretensão unificadora no tratamento da matéria da obrigação de indemnização (artigos 562.º s.). Destarte, apesar da existência da posição doutrinária não despicienda que pugna por um sistema unificado da responsabilidade civil, a doutrina maioritária que defende um sistema de bipartição entre a responsabilidade civil extracontratual e a responsabilidade civil contratual encontra-se ainda firmemente arreigada na jurisprudência portuguesa.

Todavia, mesmo para esta doutrina “dualista”, a afirmada bipartição sistemática não deve ser levada a máximo, sob pena de conferir indevidamente ao sistema positivado uma rigidez que obstaculiza a assimilação da problematicidade dos casos concretos (sobretudo os casos situados na “zona cinzenta” entre contratual e extracontratual) pelo próprio sistema normativo. Na pior das hipóteses, esta rigidez ia assim criar um “conflito negativo” entre a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual nos ditos casos da “zona cinzenta”, deixando sem tutela disponível no sistema jurídico positivo uma situação de responsabilidade cuja resolução se apresenta imprescindível ao abrigo do comando da justiça comutativa.

Consequentemente, foi desde logo questionada a plausibilidade de uma terceira via da responsabilidade – construção dogmática esta que tem ganhado a adesão de uma parte significativa da doutrina. Por nossa parte, sem entrarmos na essência desta *vexata quaestio* da terceira via da responsabilidade (por não ser oportuno desenvolvê-la neste trabalho com alcance limitado⁵), não podemos, porém, deixar de patentear o mérito da ati-

⁵ Remetemos então para Carneiro da FRADA, *Uma «Terceira Via» no Direito da Responsabilidade Civil?*, Coimbra, 1997, *passim*; Mafalda Miranda BARBOSA, *Lições de Responsabilidade Civil*, Cascais, 2017, 22 s.; e a grande lista de bibliografia lá citada.

tude subjacente a esta construção doutrinária – que sempre nos recorda que o sistema jurídico não é um sistema fechado, e que nem o elemento literal nem o elemento sistemático são dotados de valor decisivo, muito menos absoluto, na interpretação e aplicação das soluções legais.

Por ora, não obstante a doutrina ter reconhecido uma certa flexibilidade ao sistema dualista da responsabilidade civil (independentemente da adesão ou não à tese da “terceira via da responsabilidade”), em nosso entender, certa rigidez indesejável (até perniciososa) se evidencia ainda no momento metodológico do enquadramento de uma certa situação de responsabilidade concreta numa das modalidades disponíveis no sistema.

Com efeito, para identificar a modalidade de responsabilidade assimilável ao caso-problema, é corrente na jurisprudência portuguesa o recurso ao método de “definição do âmbito de aplicação da responsabilidade civil extracontratual pela negativa” – *i.e.* como o *nomen iuris* do próprio instituto sugere, a responsabilidade *extracontratual* tem aplicação apenas nos casos em que não existe qualquer conexão com uma prévia relação contratual. Por isso, à luz da racionalidade deste método, na determinação do regime aplicável, é fulcral examinar, em primeiro, o caso-problema, analisando se está em causa (ou não) uma patologia de uma relação contratual pré-estabelecida. Em seguida, se a resposta for positiva, aplica-se então o regime da responsabilidade contratual; em caso contrário, entrará em aplicação o regime da responsabilidade *extracontratual*⁶.

Ora, não obstante a conveniência em aplicação, este método não pode deixar de ser defeituoso. Por um lado, ao permitir que a tarefa material da determinação do regime aplicável a uma situação de responsabilidade concreta seja guiada primariamente pelo *nomen iuris* dos institutos, corre sempre o risco de cometer erro metodológico silogístico. Efetivamente, o *nomen iuris* não é nada mais do que uma designação conferida a um instituto para

⁶ O Ac. de 2011/01/18 do Tribunal da Relação de Lisboa, proc. 2814/08.4TVLSB.11-7 manifesta claramente este método de identificação do regime de responsabilidade, ao qualificar a responsabilidade do patrono nomeado como *extracontratual* simplesmente por não existir qualquer contrato (de mandato forense) entre o patrono e o beneficiário do apoio judiciário.

facilitar a sua inteligibilidade e divulgação intersubjetiva. Por isso, o *nomen iuris* nem sempre consegue comunicar uma imagem fiel à racionalidade substancial tão rica do instituto por ele representado. Em não raros casos, o *nomen iuris* escolhido até pode ser enganoso por ser demasiado abrangente ou restritivo, causando perturbações no entendimento da essência substantiva do instituto; mas mesmo assim, continua a ser recorrido consensualmente (mormente, como um *nickname*) entre juristas por se ter convertido já numa linguagem tradicional. Portanto, se deixássemos ser guiados exclusivamente pelo *nomen iuris* na tarefa de determinação do regime de responsabilidade aplicável, só apanharíamos um “atalho” que nos desvia para soluções que eventualmente profanam a racionalidade do regime de responsabilidade aplicado. Destarte, a doutrina portuguesa, sensível ao engano introduzido pelo *nomen iuris* (contratual e extracontratual) tradicionalmente recorrido para designar as duas modalidades de responsabilidade legalmente reguladas no Código Civil, já tem sugerido diferentes alternativas para substituir as terminologias tradicionais. Desde logo, atendendo-se a que o regime dos artigos 790.º ss. do Código Civil não é aplicável exclusivamente ao domínio contratual, mas sim à patologia verificada em todos os tipos de relações negociais, tem-se sugerido a designação de “responsabilidade negocial”⁷. Por enquanto, considerando-se que i) o regime legal mencionado possui uma intencionalidade normativa ainda mais vasta, de maneira a regular a consequência da violação de quaisquer obrigações em sentido técnico, e que ii) os negócios jurídicos não são a única da fonte da obrigação, tem-se aconselhado também o nome de “responsabilidade obrigacional”⁸.

Por outro lado, o método de definição do âmbito de aplicação da responsabilidade extracontratual pela negativa potencia perniciosamente o entendimento impertinente que considera a

⁷ Adotando a terminologia de responsabilidade negocial / extranegocial, embora reconheça que a responsabilidade negocial pode resultar amplamente da “violação de um direito de crédito ou obrigação em sentido técnico, emergente de um negócio jurídico unilateral..., de um contrato... ou directamente da lei”, Capelo de SOUSA, *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. I, Coimbra 2003, 72-75.

⁸ Cfr. Carneiro da FRADA, *Uma «Terceira Via»*, 21.

responsabilidade civil extracontratual de relevância meramente residual ou subsidiária em face da responsabilidade contratual – entendimento este que negligencia contrarrevolucionariamente a diferença estrutural, funcional e axiológica entre a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual⁹. Aqui, mais uma vez, julgamos que estamos diante um erro metodológico potenciado pelo *nomen iuris*, que designa o regime dos artigos 483.º s. do Código Civil como “*extra-contratual*”, “*extra-negocial*” ou “*extra-obrigacional*” – com efeito, como Carneiro da Frada alerta, é possível “...a existência de formas de responsabilidade não obrigacionais, na medida em que não decorrentes da violação de qualquer obrigação em sentido técnico, e que, todavia, também não são genuinamente delituais, isto é, que pressupõem a comissão de um delito civil e que não são subsumíveis, por conseguinte à regulamentação dos referidos arts. 483.º e seguintes”¹⁰. Por isso, em reação à inexatidão da terminologia “responsabilidade extraobrigacional”, o Autor propõe pertinentemente o nome de “responsabilidade delitual”¹¹, dando lugar ao desenvolvimento da chamada “terceira via da responsabilidade” naquela zona da responsabilidade não obrigacional contudo não abrangida pela intencionalidade aplicativa dos artigos 483.º ss. do Código Civil.

Entretanto, mesmo que tenha sido ultrapassada a dificuldade colocada pela nomenclatura e afaste-se o método de identificação do terreno aplicativo da responsabilidade extracontratual pela negativa, o método recorrido correntemente na doutrina para determinar o regime de responsabilidade aplicável demonstra ainda certo defeito metodológico. Com efeito, mesmo para a posição doutrinária que consideramos como a mais substancialista (*v. infra*), o indagando método de identificação não deixa de padecer de certo formalismo/ simplicidade. Vejamos:

Ainda que não tenha qualquer intensão explícita de mobilização do silogismo, ao tentar encontrar o regime de respon-

⁹ Sobre esta diferença fundamentalíssima e a impertinência de estabelecer uma relação de especialidade entre a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual, *v. Mafalda Miranda BARBOSA, Lições*, 19 s. e a vasta lista de bibliografia lá disponibilizada.

¹⁰ Cfr. Carneiro da FRADA, *Uma «Terceira Via»*, 22.

¹¹ Carneiro da FRADA, *Uma «Terceira Via»*, 22.

sabilidade aplicável ao caso-problema, uma parte significativa de doutrina¹² (*rectius*, uma parte daquela que nega eficácia externa a obrigações¹³) começa pela análise da situação jurídica subjacente ao caso-problema, escarpelizando se está em causa uma violação de obrigações em sentido técnico (ou um contrato, ou um negócio jurídico, consoante a amplitude que cada doutrina confere ao regime dos artigos 790.º s. do Código Civil) ou um delito. Depois, se se concluir que se está em causa uma violação de obrigações (premissa do silogismo), como o regime dos artigos 790.º s. do Código Civil regula a responsabilidade pelo incumprimento das obrigações em sentido técnico (premissa do silogismo), este regime será aplicável ao caso-problema (conclusão do silogismo). Por enquanto, se se estiver diante um delito, como o regime dos artigos 483.º ss do Código Civil regula o problema da responsabilidade delitual, este já é o regime aplicável ao caso-problema.

Sem dúvida, a doutrina mais substancialista já tem alertado a impertinência da fórmula formalista (quase irrefletida) de “obrigação – responsabilidade obrigacional; não obrigação – responsabilidade extracontratual”, salientando que a aplicação de cada modalidade de responsabilidade deve ter em conta sempre a intencionalidade problemática subjacente (muitíssimo sucintamente, responsabilidade contratual: tutela da confiança na relação intersubjetiva específica; responsabilidade extracontratual – tutela da relação geral de mútuo respeito na convivência entre os seres humanos enquanto “pessoas”: *neminem laedere*¹⁴). Isto porque só

¹² Manifestamente, o citado Ac. de 2011/01/18 do Tribunal da Relação de Lisboa.

¹³ V. Antunes VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, Coimbra, 2015, 175-182; Almeida COSTA, *Direito das Obrigações*, Coimbra, 2014, 91-101 (sobretudo p.91-96); Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade por Conselhos Recomendações ou Informações*, Coimbra, 1989, 185-187; Mafalda Miranda BARBOSA, *Liberdade vs. Responsabilidade, A Precaução como Fundamento da Imputação Delitual?*, Coimbra, 2006, 86-102, entre outros, aos cujos argumentos subscrevemos.

Caso quiser mais desenvolvimento sobre este problema, deixe-nos remeter para a lista de bibliografia bem elaborada constada em Almeida COSTA, *Direito das Obrigações*, 93, nota 2.

¹⁴ V., entre outros, Carneiro da FRADA, *Uma «Terceira Via», maxime*, 19-25 e 31-36; Mafalda Miranda BARBOSA, *Lições, maxime*, 13 s. e 405 s.

Especialmente sobre a evolução do sentido de *neminem laedere* e a sua ligação com a responsabilidade civil extracontratual, v. Mafalda Miranda

assim se pode, a partir da análise da problematicidade do caso concreto, aquilatar se esta é assimilável dialética e analogicamente pela intencionalidade problemática especial subjacente a cada uma das modalidades de responsabilidade.

Ora, sem negar o mérito desta visão axiológica das diferentes modalidades de responsabilidade, a verdade é que, em nosso entender, esta tese sofre ainda de alguma simplicidade, que atalha de certa forma a sua sensibilidade à complexidade das situações de responsabilidade verificáveis na vida prática.

Com efeito, mesmo para a doutrina “moderna” que admite um concurso/ cumulação do regime da responsabilidade contratual com o regime da responsabilidade extracontratual na fundamentação de uma mesma pretensão indemnizatória¹⁵, as regulações normativas constantes respetivamente dos artigos 790.º s. e dos artigos 483.º s. do Código Civil são tendencialmente considerados como verdadeiros “regimes” que se destinam (pelo menos, em regra) a ser aplicados “em bloco” a relações jurídicas na sua totalidade.

Todavia, salvo todo o respeito, consideramos que esta não é a compreensão metodologicamente mais correta.

Por um lado, em nosso entender, tendo sempre como *prius* argumentativo os limites/ insuficiências naturais insupríveis da lei¹⁶, não devemos olvidar que por melhor e por mais desenvolvida que seja uma regulação legislativa, o legislador nunca tem a capacidade de prever todas as situações que na prática poderão ser enquadradas total ou parcialmente dentro da teleologia e da axiologia subjacente a uma regulação (geral e abstrata) positivada. Por isso, ao consagrar os artigos 790.º s. e os artigos 483.º s. do Código Civil, razoavelmente, o legislador não tem (*rectius*, não deveria ter) qualquer pretensão de constituir um sistema rígido e fechado.

BARBOSA, *Lições*, 169-196.

¹⁵ V. Mafalda Miranda BARBOSA, *Lições*, 19-21 e a grande lista de bibliografia ali citada.

¹⁶ Sobre os limites da lei enquanto fonte do direito, v. Castanheira NEVES, *Curso de Introdução ao Estudo do Direito: relatório. O sentido do direito. O pensamento moderno iluminista como factor determinante do positivismo jurídico. Fontes do direito. Interpretação jurídica*, Coimbra, 1976, 112-118.

Efetivamente, por mor dos seus limites, em cada momento, o legislador não pode regular senão apenas as situações típicas (*rectius*, as situações mais ou menos previsíveis) tendo em conta a *ratio* da pretendida regulação – trata-se de um fator relevantíssimo que devemos ponderar sempre na interpretação e na aplicação de qualquer regulação legislativa.

Por exemplo, como se refere, tendo em conta a racionalidade subjacente aos artigos 790.º s. do Código Civil – *i.e.* a tutela da confiança na relação intersubjetiva específica –, embora o legislador apenas refira à relação contratual na delimitação (aparente) do âmbito objetivo de aplicação deste conjunto de normas, não podemos deixar de aplicá-lo também a todas as relações obrigacionais em sentido técnico. A relação contratual representa, sem dúvida, o *tipo* paradigmático que exige sempre uma tutela jurídica da confiança emergente da relação intersubjetiva específica; mas também é verdade que ela não esgota o elenco das relações jurídicas que precisam e merecem da mesma tutela. Por outras palavras, a importância especial de relações contratuais na vida prática não conduz o legislador a lhe dar um monopólio de tutela, que deixaria todas as demais relações de confiança emergentes de relações intersubjetivas específicas sem abrigo da justiça comutativa. Pelo contrário, a sua relevância (apenas) justifica que ela emerge como a *situação mais típica* em que se verifica a exigência de uma tutela especial do referido valor de confiança, pelo que ela se configura (apenas) como “o caso de referência” para o legislador na construção de um conjunto de regras concretizadoras da predicativa (e mais abrangente) finalidade tutelar.

Sem dúvida, este entendimento já é comum entre a nossa doutrina. Todavia, julgamos que devemos levá-lo ainda a mais longe.

Com efeito, sendo munidos de uma perspetiva “atomista” por mor da complexidade da tarefa da aplicação de direito em concreto, defendemos que não é necessário, até não é pertinente, considerar os artigos 790.º s. ou os artigos 483.º s. do Código Civil como verdadeiros regimes cujas regras devem ser aplicadas em conjunto, como se fossem “um *pack* que não se vende em separado”. Tendo em conta a compreensão que comunicámos

supra, cada norma inserida nestas regulações devem ser interpretadas e aplicadas *com autonomia*, tendo como referência a teleologia e a axiologia subjacentes e a problematicidade do caso concreto.

Assim sendo, por um lado, mesmo que esteja em causa um incumprimento de obrigações em sentido técnico, nada impede que nem todas as normas constantes dos artigos 790.º s. do Código Civil sejam aplicáveis ao caso, essencialmente porque se pode verificar, perfeitamente na prática, que certos problemas colocados por este incumprimento não implicam (de maneira atípica) uma questão da tutela de confiança emergente de uma relação jurídica específica. Estamos assim perante uma aplicação ou desaplicação das normas em concreto sempre com respeito pelas suas teleologia e axiologia subjacentes. E *mutatis mutandis*, a mesma observação aplica-se cabalmente em relação aos artigos 483.º s. do Código Civil.

Por outro lado, é possível acontecer casos duvidosos em que não é inequívoco qualificar a relação jurídica *sub indice globalmente* como uma obrigação em sentido técnico ou uma questão do mútuo respeito geral na convivência interpessoal do género *um-e-os-demais*, tal como existem casos em que é ambíguo qualificar um direito como direito relativo ou direito absoluto (ambiguidade esta que, a nosso ver, pode surgir, *inter alia*, em relação aos direitos pessoais de gozo¹⁷). Neste tipo de casos, acreditamos que a perspetiva atomista – quer da relação jurídica *sub indice*, quer das regulações consagradas nos artigos 790.º ss. e nos artigos 483.º ss. do Código Civil – consegue dissipar as hesitações na escolha do “regime” aplicável.

Com efeito, de acordo com a nossa posição defendida, o momento da classificação (ou não) de uma realidade como uma obrigação em sentido técnico não tem valor decisivo na determinação do regime de responsabilidade para o caso-problema. Pelo mais, este momento só pode representar uma tentativa de aproximação ao caso-problema *com valor meramente indicativo e inspiratório*, e nunca se pode consubstanciar numa premissa de silogismo que trata a tarefa de determinação do regime de responsabilidade apli-

¹⁷ Sobre esta figura, v. José de Andrade MESQUITA, *Direitos Pessoais de Gozo*, Coimbra, 1999, *passim*.

cável (enquanto momento que integra a realização de direito em concreta) como um exercício de subsunção silogística.

Na nossa perspetiva, o momento metodologicamente relevante e decisivo consiste em analisar atomisticamente cada aspeto problematizante da concreta relação juridicamente relevante que levanta um problema de responsabilidade civil, escalpelizando então a problematidade de cada questão que se coloca em concreto. Depois, consoante a natureza de cada destes problemas (um problema da tutela de confiança emergente de uma relação jurídica intersubjetiva específica, ou um problema da garantia/ reintegração do mútuo respeito na convivência geral interpessoal), ensaia-se encontrar quer nos artigos 790.º s. quer nos artigos 483.º s. do Código Civil (ou noutros diplomas legais com regulações especiais) a(s) norma(s) cuja intencionalidade normativa-problemática consegue assimilar à problematidade de cada aspeto problematizante do caso, constituindo assim agregadamente um “regime de responsabilidade *ad hoc*” para a relação juridicamente relevante em causa¹⁸.

Por outras palavras, consoante a especialidade de cada relação juridicamente relevante, é sempre necessário constituir a partir do sistema positivado o “regime de responsabilidade do caso” com vigência especializada para a problematidade singular subjacente ao caso concreto¹⁹.

No entanto, mesmo que adotemos esta visão atomista da constituição do “regime de responsabilidade do caso” ligada à metodologia subjacente à realização de direito em concreto²⁰, não negamos que *na prática*, na maioria de casos, a problematidade

¹⁸ Claro, nada obsta em teoria à generalização *ex post* e até à tipificação legislativa posterior deste regime *ad hoc*.

¹⁹ Assim sendo, dando um comentário brevíssimo sobre a doutrina da terceira via, salvo o respeito devido, não podemos deixar de manter certa reserva perante esta construção dogmática que parte, a nosso ver, de uma aceitação tácita do aludido método formalista e silogística de determinação do regime de responsabilidade civil aplicável, e do pressuposto (incorreto) de que os artigos 483.º ss. e os artigos 790.º ss. do Código Civil se consubstanciam respetivamente em dois regimes em sentido próprio em que se manifesta uma vocação normativa de aplicação em bloco.

²⁰ Sobre a visão dogmática da metodologia de direito que adotamos, não podemos deixar de referenciar o ensinamento de Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica, Problemas Fundamentais*, Coimbra, 2013, *maxime*, 83 s.

do caso basicamente não se diverge daquela situação típica que o legislador do Código Civil tem como referência na consagração dos artigos 790.º s. e dos artigos 483.º s. pelo que estes artigos se aplicam frequentemente “em bloco”. Contudo, realçamos sempre que isto representa nada mais do que uma observação prática que apenas se pode servir como a indicação de certa “tendência aplicativa pragmática”, em pretexto da qual não é legítimo pugnar pela existência de qualquer intencionalidade normativa (*maxime*, legislativa) da tipificação taxativa e rígida dos (dois) regimes-blocos abstratos de responsabilidade.

III. Responsabilidade civil do advogado

A partir da visão atomista adotada, constataremos como é que isto pode resolver de maneira dogmaticamente mais pertinente e axiologicamente mais coerente o problema da determinação do regime da responsabilidade civil do advogado que, como veremos, representa uma das matérias pouco desenvolvidas, mas muito discutíveis na doutrina.

Indagaremos em primeiro a responsabilidade civil do mandatário forense, e em seguida, a responsabilidade civil do patrono nomeado.

a) Responsabilidade civil do mandatário forense

Como Paulo Correia tem analisado sinteticamente²¹, mesmo que estejamos no âmbito do exercício da advocacia com celebração do contrato de mandato forense, a doutrina não é unânime na questão atinente à determinação do regime de responsabilidade aplicável.

Em primeiro lugar, temos doutrina que fundamenta a responsabilidade do advogado (mandatário forense) perante os clientes diretamente no contrato de mandato²², pugnando assim pelo regime da responsabilidade contratual. No fundo, trata-se

²¹ V. Paulo CORREIA, “Da responsabilidade”, 162-165.

²² Por exemplo, Orlando Guedes da COSTA, *Direito Profissional do Advogado*, Coimbra, 2015, 437.

de uma posição que enquadra a globalidade das relações entre o advoga e os clientes no âmbito da relação típica entre mandatário e mandante²³.

Em segundo lugar, podemos encontrar autores que defendem o carácter extracontratual da responsabilidade civil do mandatário forense mesmo na sua relação com os clientes. É sobretudo a posição de António Arnaut²⁴ que, para o efeito, mobiliza três argumentos principais: 1) por uma razão histórica (para o Autor) a regulação do Código Civil sobre o contrato de mandato não é aplicável ao mandato forense; 2) pelo contrato de mandato forense, o cliente não impõe ao seu mandatário forense “um dever concreto de agir deste ou daquele modo” mas sim “os deveres ético-profissionais decorrentes da sua função”. Por isso, a eventual responsabilidade civil do advogado decorrerá necessariamente da violação destes deveres deontológicos, em lugar do incumprimento da concreta obrigação contratual; 3) sendo a advocacia uma profissão de interesse público – um elemento imprescindível na administração da justiça –, “a responsabilidade civil decorrente do seu exercício só pode resultar da infração de deveres deontológicos estabelecidos, justamente, em nome daquele interesse”.

Em terceiro lugar, não faltam juristas que advogam a teoria mista²⁵, no sentido de que a determinação do regime da responsabilidade civil aplicável deve depender da natureza dos deveres violados em concreto pelo advogado. Com efeito, se estiver em causa um incumprimento do próprio contrato de mandato forense (mormente, as suas cláusulas escritas), teremos um problema da responsabilidade contratual do advogado. Pelo contrário, se os deveres concretos violados pelo advogado não tiverem origem no contrato, mas decorrem dos preceitos legais (*maxime*,

²³ Destarte, é de relevância fundamental para esta doutrina o enquadramento dos deveres legais deontológicos dos advogados no âmbito de mandato forense, sobretudo enquanto “deveres acessórios contratuais”. Neste sentido, Vítor Furtado SOUSA, *A Responsabilidade Civil dos Advogados pela Violações de Normas Deontológicas*, Porto, 2014, *policop.*, 34 s. (obra consultada através do repositório eletrónico da Universidade do Porto).

²⁴ Cfr. António ARNAUT, *Iniciação à Advocacia*, Coimbra, 2014, 115 s.

²⁵ Por exemplo, Paulo CORREIA, “Da responsabilidade”, 164-165; Moitinho de ALMEIDA, *Responsabilidade Civil dos Advogados*, Coimbra, 1998, 13.

do Estatuto da Ordem dos Advogados), já estamos diante um problema da responsabilidade civil extracontratual do advogado.

Assim sendo, tendo em conta a essência de cada destas teorias vigentes, podemos concluir que em geral, o problema central subjacente que diverge estas teorias prende-se, de modo convergente, com a compreensão do âmbito de relevância do próprio contrato de mandato forense na temática em apreço – âmbito de relevância este que atinge ao máximo para a posição da responsabilidade contratual, mas já se torna nulo para a posição da responsabilidade extracontratual.

Todavia, *metodologicamente dito*, estas posições doutrinárias, de facto, não se divergem de um e outro. Com efeito, todas elas operam com base numa racionalidade lógica subsuntiva de “contrato – responsabilidade contratual; não contrato – responsabilidade extracontratual”. Racionalidade esta que já criticámos e rejeitámos anteriormente.

Na nossa perspetiva, para melhor determinar o “regime” da responsabilidade civil do mandatário forense, não devemos cingir à tarefa da delimitação do âmbito de relevância do contrato de mandato forense; pelo contrário, é necessário indagar a natureza daquela relação concreta estabelecida entre o advogado e os clientes, da qual se origina o problema de responsabilidade do primeiro. Só a partir desta perscrutação se pode compreender se o(s) problema(s) de responsabilidade suscitado(s) na relação entre o advogado e os clientes fica(m) melhor assimilado(s) pela intencionalidade problemática dos artigos 790.º s. ou dos artigos 483.º s. do Código Civil²⁶.

Por enquanto, sem negarmos que estas tarefas metodológicas – enquanto momentos integrados na própria realização de direito – só se alcançam em concreto, imprescindivelmente com referência ao caso-problema, afigura-se-nos, porém, legíti-

²⁶ Apenas recordamos que este ensaio de assimilação não se realiza “em bloco”, mas sim de maneira individualizada, do género “problema por problema”. Por isso, pode perfeitamente acontecer que certo aspeto problematizante do caso fica melhor assimilado pela intencionalidade problemática da certa norma dos artigos 790.º ss.; enquanto outro aspeto problematizante já fica melhor assimilado pela intencionalidade problemática da certa norma dos artigos 483.º s.

mo afirmar que, *em situações* típicas, as relações entre o advogado e os seus clientes constitui sempre uma relação especial de confiança. Afirmção esta que até se encontra “codificada” no n.º 1 do artigo 97.º do Estatuto da Ordem dos Advogados, que consagra expressamente que, “[a] relação entre o advogado e o cliente deve fundar-se na confiança recíproca”.

Destarte, salvo casos excepcionais, os problemas de responsabilidade emergentes da relação entre o advogado e os clientes são, em regra, assimiláveis pela intencionalidade problemática dos artigos 790.º s. do Código Civil. Portanto, se se preferir utilizar ainda as terminologias tradicionais, é legítimo defender que, em princípio, a responsabilidade do advogado face aos seus clientes é de natureza contratual.

Ora, ao perspetivarmos o problema indagando desta maneira, julgamos que conseguimos, afinal, ultrapassar a impasse que se verifica na doutrina sobre a determinação do regime de responsabilidade do advogado por violação das normas legais deontológicas.

Com efeito, recordando, existem grandes discussões sobre a possibilidade da inclusão destas normas legais no conteúdo do próprio contrato de mandato forense no caso do silêncio das partes, configurando os deveres derivados destas normas profissionais-deontológicas como deveres contratuais acessórios, cuja violação dará lugar a um incumprimento contratual em sentido técnico²⁷.

Trata-se, sem dúvida, de uma questão com relevância não despreciable. Contudo, uma vez que rejeitámos a racionalidade lógica-substantiva de “contrato – responsabilidade contratual; não contrato – responsabilidade extracontratual”, consideramos que a sua resolução não é imprescindível para determinar o regime da responsabilidade civil entre o mandatário forense e os seus clientes. O essencial é saber a natureza da relação estabelecida entre eles.

Já analisámos que em regra, a relação entre o advogado e o seu cliente é uma relação típica de confiança. E em nosso entender, a vigência das normas profissionais-deontológicas que

²⁷ Neste sentido, Vítor Furtado SOUSA, *A Responsabilidade*, 34 s.

impõem obrigações e/ou deveres jurídicos especiais para os advogados no exercício da sua profissão não altera a natureza desta relação-base²⁸. Efetivamente, na nossa perspetivas, as normas legais deontológicas configuram, ou como um *plus*, ou como um *alia*, para a relação (de confiança) entre o advogado e os clientes.

No primeiro caso – normas profissionais-deontológicas como um *plus* – estamos perante uma conformação *legal* direta da relação de confiança entre o advogado e os clientes: com efeito, sendo a advocacia uma profissão de interesse público, a conformação da relação de confiança entre o advogado e os clientes não pode ser realizada apenas pela autonomia privada das partes (*maxime*, os termos contratuais estabelecidos consensualmente entre um e outro, cuja violação constitui em princípio um incumprimento contratual tipicamente regulado nos artigos 790.º ss. do Código Civil); mas também pelas normas da ordem pública. Por isso, a violação destas normas legais não representa apenas objetivamente uma ilegalidade da ordem pública (que provoca questões de responsabilidade disciplinar e até de responsabilidade criminal), mas também uma quebra flagrante da relação de confiança entre o advogado e os clientes, cuja reintegração em contexto de ressarcimento será proporcionada, em regra, pelos artigos 790.º ss. do Código Civil, que são dotados de uma intencionalidade problemática que assimila os problemas (de responsabilidade) da rutura de confiança emergente de uma relação específica intersubjetiva.

No segundo caso – normas profissionais-deontológicas como um *alia* – já estamos perante normas que não têm qualquer intenção de regular a relação *específica* de confiança entre o advogado e o cliente (pense-se, a título exemplificativo, em alguns deveres dos advogados para com a comunidade – *v.* o artigo 90.º do Estatuto da Ordem dos Advogados; e os deveres dos advogados para com a Ordem dos Advogados – *v.* o artigo 91.º do mesmo Estatuto). Por isso, no domínio do direito de responsabilidade, a sua violação em regra não constitui um caso assimilável pelos ar-

²⁸ Recorde assim o n.º 1 do artigo 97.º do Estatuto da Ordem dos Advogados que legalmente define a relação entre o advogado e o seu cliente como uma relação especial de confiança recíproca.

tigos 790.º s. do Código Civil. É também muito difícil configurar-se como um caso assimilável pelos artigos 483.º do Código Civil porquanto na maioria dos casos, estas normas legais profissionais não têm a pretensão normativa singularizada de regular a relação de mútuo respeito na convivência geral interpessoal²⁹. Tratam-se, amiúde, de normas que tutelam principalmente valores objetivos não individualizáveis, como a dignidade da profissão, o bom funcionamento do sistema da justiça, *etc.*

Por isso, para determinar a responsabilidade (e o seu regime) do advogado pela violação das normas legais deontológicas, é, antes do mais, necessário interpretar em concreto a norma violada, escalpelizando a sua intencionalidade problemática. Só assim se pode realizar a normatividade jurídica em concreto em conformidade com a intencionalidade normativa das regras deontológicas envolvidas e com cabal respeito pela natureza substantiva da relação jurídica entre o advogado e os clientes subjacente ao caso-problema.

b) Responsabilidade civil do patrono nomeado

Tal como no caso da responsabilidade civil do mandatário forense, a determinação do regime da responsabilidade civil do patrono nomeado traduz-se numa problemática sem consenso dogmático na doutrina portuguesa. Contudo, como se vê, em comparação com a responsabilidade civil do mandatário forense, a doutrina corrente nesta temática fica consumada de maneira

²⁹ Contudo, nunca negamos a hipótese da responsabilidade civil extracontratual do advogado pela violação das normas deontológica. Constitui caso típico a violação do segredo profissional que atinge a esfera subjetiva dos terceiros (*v.* o artigo 92.º do Estatuto da Ordem dos Advogados). Neste sentido, Jorge Adriano CARLOS, “A responsabilidade do advogado por violação do segredo profissional”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 58/2 (Jul. 1998) 1050-1052.

Contudo, já discordamos com a posição do Autor que considera, indiferenciadamente, a violação do segredo profissional na relação para com os clientes também como um delito. Com efeito, estando nós neste caso perante uma quebra de confiança emergente da relação específica estabelecida entre dois sujeitos autónomos, o problema será em regra assimilável pelos artigos 790.º s. do Código Civil.

até mais patente pela criticada racionalidade lógica-substuntiva de “contrato – responsabilidade contratual; não contrato – responsabilidade extracontratual”. Com efeito, como se sabe, a nomeação de patrono (enquanto uma das modalidades do apoio judiciário segundo as alíneas b) e e) do n.º 1 do artigo 16.º da Lei do Apoio Judiciário) é efetuada através de um ato unilateral do direito público que cabe à Ordem dos Advogados (trata-se de um ato administrativo constitutivo de relação jurídica entre particulares). Deste modo, os direitos e os deveres a vigorar nas relações entre o patrono nomeado e o beneficiário do apoio judiciário encontram a sua origem num ato unilateral público, sendo as suas regulações pré-determinadas em termos legais. Por outras palavras, a relação jurídica entre o patrono nomeado e o beneficiário do apoio judiciário não é constituída nem conformada por qualquer contrato ou negócio jurídico. Por conseguinte, dando relevância a este facto normativo de “ausência de contrato”, a doutrina (maioritária) que adota (nem que seja implicitamente) a aludida racionalidade lógica-substuntiva não se hesita em rejeitar a via da responsabilidade contratual e pugna pela via da responsabilidade extracontratual para ressarcir os danos causados pelo patrono nomeado ao beneficiário do apoio judiciário no exercício da sua profissão³⁰.

Salvo todo o respeito, discordamos completamente com esta posição doutrinária. Para além da reiterada impertinência da aplicação da racionalidade substuntiva na tarefa da realização do direito em concreto, esta tese acarreta injustiça a nível consequencial, tendo em conta que como a doutrina já tem salientado devidamente, existe uma diferença substancial entre as regras que integram o regime “típico” da responsabilidade contratual, e as que integram o regime “típico” da responsabilidade extracontratual – a nível da presunção da culpa, do prazo de prescrição, da solidariedade da obrigação de indemnizar, *etc.*

³⁰ Alinhando nesta corrente doutrinal, *v.g.*, Salvador COSTA, *O Apoio Judiciário*, Coimbra, 2013, pp.198-199; Moitinho de ALMEIDA, *Responsabilidade*, 11; o citado O Ac. de 2011/01/18 do Tribunal da Relação de Lisboa, proc. 2814/08.4TVLSB.L1-7.

Realmente, por exemplo, mormente tendo em conta que o que caracteriza o conteúdo das obrigações (em regra, de meio) de um mandatário forense em face dos seus clientes e o conteúdo das obrigações de um patrono nomeado em face do beneficiário do apoio judiciário é basicamente idêntico, não conseguimos compreender por que razão substancial é que o direito a indemnização de um mandante forense só prescreve ao fim de 20 anos (cfr. o artigo 309.º do Código Civil), enquanto o de um beneficiário do apoio judiciário prescreve logo depois de ter decorrido 3 anos (cfr. o artigo 498.º do Código Civil)? Parece-nos que a falta (*rectius*, a impossibilidade) da fundamentação substancial deste tratamento “discriminatório” revela nada mais do que a obsessão acrítica pelo silogismo subsuntivo.

Na nossa perspetiva, sobretudo tendo em conta que a confiança é essencialmente o valor fundamental que “dignifica” a profissão da advocacia independentemente de modalidades do seu exercício, a relação entre o patrono nomeado e o beneficiário do apoio judiciário, apesar de não ser contratual, também não pode deixar de ser qualificada como uma relação específica interpessoal de confiança³¹. No entanto, não ignoramos que o grau de confiança que marca a relação contratual entre o mandatário forense e os clientes e aquele que marca a relação entre o patrono nomeado e o beneficiário do apoio judiciário são diferentes, sendo mais acentuado no primeiro caso – recorde que, por exemplo, no sistema vigente, o beneficiário do apoio judiciário não goza de qualquer direito de indicar o seu advogado preferido como o patrono a nomear (indicação e escolha estas que cabem exclusivamente à Ordem dos Advogados); enquanto no mandato forense, a escolha do mandatário forense pelo cliente tem de ser sempre livre (cfr. o n.º 1 do artigo 98.º do Estatuto da Ordem dos

³¹ O Conselho Regional de Évora da Ordem dos Advogado, na sua “Guia do Apoio Judiciário”, qualifica a relação entre o patrono nomeado e o beneficiário do apoio judiciário e a relação entre o mandatário forense e o cliente “igualmente como uma relação representativa”, não obstante ser diferente o título de representação em uma e outra – ato de nomeação na primeira e procuração na última.

A Guia está disponível em: <http://www.oa.pt/cd/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?sidc=31923&idsc=627&ida=39758>.

Advogados)³². Por isso, urge-se esclarecer que o que defendemos não é uma equivalência completa entre estas duas relações; mas sim uma analogia substancial entre elas em vários aspetos problemáticos, mormente a nível da responsabilidade civil da profissão.

Agora, especialmente sobre o problema da responsabilidade civil do patrono nomeado, julgamos que existe efetivamente analogia entre mandatos forenses e patrocínios judiciais através da nomeação de patrono³³. Com efeito, ainda que o título e a causa que fundamentam a relação sejam diferentes, não se pode negar que: 1) por um lado, sendo o particular o beneficiário direto do serviço profissional prestado pelo patrono nomeado em cumprimento da sua obrigação legal derivada da aceitação do patrocínio oficioso, é forçoso afirmar que o beneficiário e o patrono nomeado são duas pessoas com laço relacional especial, em lugar de dois estranhos que se encontram ocasionalmente no contexto da convivência geral interpessoal. Por isso, a questão envolvida em quaisquer litígios entre o beneficiário e o patrono nomeado não pode ser perspetivada como um problema do mútuo respeito básico exigido pela comunidade na convivência interpessoal do género de *um-e-os-demais*. Estando em causa dois sujeitos com laço relacional, na medida em que um se encontra como o beneficiário do serviço prestado por outro, é mais do que evidente que estamos perante uma relação especial intersubjetiva, cujo laço se arrega no valor de confiança; 2) por outro lado, estando em causa igualmente o exercício da profissão de advocacia, quer o patrono nomeado quer o mandatário forense está sujeito à observação das regras profissionais-deontológicas, *maxime* as previstas no Estatuto da Ordem dos Advogados. Portanto, mesmo que no caso do apoio judicial através da nomeação de patrono não existam regulações concretas do exercício da profissão provenientes da liberdade contratual das partes, a relação específica interpessoal

³² Trata-se de uma diferença material entre mandato forense e nomeação de patrono que o STJ no Ac. de 2009/11/12, proc. 2882/06.0TBAGD-A.C1.s1 e o TC no Ac. de 2010/05/12, proc. 1002/09 têm destacado para justificar a não inconstitucionalidade da diferença entre o artigo 47.º do Código do Processo Civil (o antigo artigo 39.º) e o n.º 2 do artigo 34.º da Lei do Apoio Judiciário.

³³ No sentido próximo, Paulo CORREIA, “Da responsabilidade”, 165; Orlando Guedes da COSTA, *Direito*, 437.

entre o patrono nomeado e o beneficiário não deixa de ser conformada por estas regras deontológicas (salvo aquelas que não são compatíveis com o mecanismo do próprio apoio judiciário, como as regras sobre os honorários) – a título exemplificativo, mesmo que se careça de qualquer regulação contratual, o patrono nomeado é – tal como no caso de mandatário forense – obrigado a tratar o caso do beneficiário com toda a diligência e zelo. Por outras palavras, a base nuclear de exigência dirigida ao exercício da profissão de advocacia não pode ser diferente consoante o título que fundamenta a prestação de serviço da advocacia – seria assim ilegítimo e até violaria o princípio do acesso ao direito, o princípio da não discriminação de pessoas em função da situação económica e o princípio da dignidade da pessoa humana, se se afirmasse que o patrono nomeado é menos responsável perante o beneficiário do apoio judiciário do que o mandatário forense perante os seus clientes; ou que o patrono nomeado responde perante o beneficiário do apoio judiciário de maneira substancialmente diferente em comparação com a base da responsabilidade do mandatário forense diante os seus clientes.

Por conseguinte, não podemos deixar de pugnar pela aplicação analógica à responsabilidade civil do patrono forense das considerações que tecemos *supra* em relação ao regime da responsabilidade civil do mandatário forense. Acreditamos que só assim se pode garantir em geral, a retidão metodológica da aplicação do direito em concreto, e em especial, a igualdade material na proteção de cidadãos que necessitam do serviço profissional da advocacia face a condutas ilícito-danosas dos advogados cometidas na prestação do seu serviço profissional.

Considerações finais

Como se tem destacado no início, o tema da responsabilidade do advogado não é suficientemente tratado pela doutrina nacional. Diferentemente da responsabilidade por atos médicos, estamos ainda longe de poder afirmar a vigência de uma “Jurisprudência da responsabilidade dos advogados”.

Sem possuir qualquer ambição de construir instantaneamente esta Jurisprudência, pretendemos, porém, sim, com este trabalho, realizar um contributo modesto para o efeito. Assim, começámos pela base e investigámos o “regime” aplicável à responsabilidade civil do mandatário forense diante os seus clientes e à responsabilidade civil do patrono nomeado em face do beneficiário do apoio judiciário.

Escusando-nos de papaguear o que já perscrutámos *supra*, limitamo-nos apenas a realçar que na construção desta “Jurisprudência da responsabilidade dos advogados”, nunca se pode olvidar que, por mais especial que seja a responsabilidade civil dos advogados, esta é ainda na sua base um domínio de responsabilidade civil, pelo que mesmo que o regime a construir possa ser justificadamente diferente do regime comum, nunca se pode desviar da axiologia subjacente ao próprio instituto de responsabilidade civil. Por isso, na construção desta Jurisprudência, cada traço do regime especial eventualmente elaborado nunca se deve prescindir do equilíbrio entre liberdade e responsabilidade – essencialmente, não se deve cingir à dimensão profissional da advocacia e menoscabar a dimensão do advogado enquanto pessoa humana.

A PERDA DE OPORTUNIDADE COMO DANO NO DIREITO PORTUGUÊS

LUÍS MENEZES LEITÃO

1. Generalidades

Uma das questões dogmaticamente mais discutidas no âmbito da responsabilidade civil consiste na possibilidade de reconhecimento da perda de oportunidade como dano. No âmbito desta conferência iremos referir-nos a esta problemática, começando pelo estado da questão no Direito Comparado, para depois referir a discussão existente na doutrina e na jurisprudência nacional.

2. A experiência do Direito Comparado

2.1. Generalidades

Na jurisprudência estrangeira, especialmente nos direitos francês, italiano e inglês tem sido admitida a possibilidade de indemnizar a perda de oportunidade (*loss of chance*, *perte de chance*) em resultado de negligência alheia, especialmente em casos de responsabilidade civil profissional por actos médicos ou por actos de advogado. Pelo contrário no direito alemão, a jurisprudência e a doutrina manifestam-se frontalmente contra essa possibilidade.

2.2. O Direito francês

O reconhecimento da indemnização pela perda de oportunidade aparece pela primeira vez em França no Acórdão da *Cour de Cassation* de 17 de Julho de 1889. O caso dizia respeito a um oficial de justiça que, por culpa sua, impediu um cliente de apresentar um recurso, levando-o a perder a possibilidade de ganhar a causa. A *Cour de Cassation* reconheceu ao cliente um direito de indemnização com fundamento na perda de oportunidade, considerando que esta tinha a natureza de prejuízo reparável¹.

Também no caso dos actos médicos, a jurisprudência francesa tem reconhecido a relevância como dano da perda de oportunidade de cura, havendo a salientar a decisão da *Cour d'appel* de Grenoble, de 24 de Outubro de 1962, em que esteve em causa a situação que um indivíduo que partiu o pulso, não tendo sido tratado por erro de diagnóstico, apesar de o exame radiológico demonstrar a fractura, o que levou a que tivesse partido o pulso segunda vez, perdendo a hipótese de cura integral². Esta decisão foi depois seguida pela *Cour de Cassation*, na decisão de 14 de Dezembro de 1965, onde se concedeu igualmente uma indemnização pela perda de oportunidade de cura de uma criança a quem não foi detectada uma fractura do úmero³. Em consequência, parte da doutrina francesa admite pacificamente a indemnização da perda de oportunidade⁴.

Esta jurisprudência não deixa, porém, de suscitar as re-

¹ Cfr. *Cass. Req.*, 17 juillet. 1889, em *Sirey*, I, 1891, p. 1841.

² Cfr. Grenoble, 24 octobre 1962, na *Rev. Trim. Dr. Civ.* (1963) 334.

³ Cfr. *Cass. Chambre civile 1*, du 14 décembre 1965, em *J.C.P.* 1966, II, p. 14753 e em *D.* 1966 p. 453.

⁴ Assim, Jean CARBONNIER, *Droit Civil. 4-Les Obligations*, 22^a ed., Paris, P.U.F., 2000, p. 378, depois de considerar que o dano deve ser certo, não permitindo os danos eventuais obter direito a reparação, admite que a perda de oportunidade é mais do que um dano eventual, sendo um valor no património que pode ser avaliado de acordo com um cálculo de probabilidades. Exige, porém, que a perda de oportunidade seja certa e se encontre em relação directa com o dano invocado, sendo em qualquer caso a reparação sempre parcial.

Também Yves CHARTIER, *La réparation du préjudice dans la responsabilité civile*, Paris: Dalloz, 1983, n.º 22 s., p. 31 s., admite a indemnização nos casos de perda de oportunidade real e séria de realizar um ganho ou evitar uma perda, estabelecendo a indemnização com base nas probabilidades de verificação da oportunidade perdida.

servas de alguma doutrina, que considera que a perda de oportunidade de cura nada mais é que uma forma de ultrapassar as dificuldades em estabelecer um nexo de causalidade no âmbito da responsabilidade civil médica⁵. Assim Savatier considerou que permitir ao juiz condenar o médico nos casos em que se verificasse haver uma probabilidade de 60% de o tratamento ter evitado o dano equivaleria a estabelecer que a culpa do médico poderia engendrar uma responsabilidade pelo dano sem o haver causado, o que seria contrário ao Direito francês⁶. Esta rejeição por essa doutrina levou a que a própria *Cour de Cassation* passasse a ser mais restritiva em admitir a perda de oportunidade, surgindo decisões a partir de 1982 a considerar que qualquer dúvida sobre a causalidade deve conduzir à improcedência da acção⁷.

2.3. O Direito alemão

Na Alemanha a jurisprudência tem-se mantido constante na rejeição do dano da perda de oportunidade⁸. Num único caso em que o OLG Frankfurt reconheceu uma indemnização por perda de oportunidade a um arquitecto ilegalmente excluído de um concurso municipal que poderia ter ganho, a decisão foi revogada pelo BGH que entendeu não haver lugar a qualquer indemnização⁹.

A doutrina tem também rejeitado pacificamente esta categoria de dano, com muito poucas vozes discordantes¹⁰. O dano da perda de oportunidade de ganho de uma acção surge pela primeira vez referido em 1908 num trabalho de Oehlert, que considerou que a perda de oportunidade de ganhar um processo duvidoso constitui um dano positivo sofrido pelo man-

⁵ Cfr. Rui Cardona FERREIRA, *Indemnização do interesse contratual positivo e perda de «chance» (em especial na contratação pública)*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, 120-121.

⁶ Cfr. René SAVATIER, «La responsabilité médicale en France (aspects de droit privé)», *Rev. Int. Dr. Comp.* 3 (1976) 493-510 (501 s.).

⁷ Cfr. *Cass. 17 novembre 1982*, J.C.P. 1983, II, p. 20056, *Cass. 9 décembre 1986*, J.C.P. 1987, V, 62.

⁸ Cfr. Gerald MÄSCH, *Chance und Schaden: zur Dienstleisterhaftung bei unaufklärbaren Kausalverläufen*, Tübingen : Mohr, 2004, 146 s.

⁹ Cfr. BGH 23.09.1982, em *NJW* (1983) 442-444.

¹⁰ Cfr. Gerald MÄSCH, *Chance und Schaden*, 149 s.

dante, ainda que de valor económico distinto de um direito já reconhecido, dano esse que por isso se deveria presumir independentemente de se demonstrar ou não a possibilidade de sucesso da acção¹¹.

Esta tese foi, porém, rejeitada prontamente por Josef, que considerou não haver qualquer base legal para estabelecer essa presunção, sendo a proposta de Oehlert uma tentativa de corrigir o direito vigente¹², posição que se tem mantido na doutrina alemã actual¹³.

Modernamente apenas Fleischer se mostra minimamente receptivo à admissão desta categoria de dano. Embora considere que a perda de oportunidade é um elemento significativo no cálculo do dano contratual, especialmente em casos de concorrência, já não o considera adequado na responsabilidade médica contratual por permitir uma ultrapassagem do nexos de causalidade. Finalmente, na responsabilidade do advogado, considera a sua admissão problemática, já que permitiria à parte lesada obter direitos sobre o advogado, que provavelmente nem tinha sobre a outra parte na acção que não foi instaurada¹⁴.

O dano da perda de oportunidade é claramente rejeitado por Koziol que considera que a perda de oportunidade de ganho de um processo não pode ser considerada um dano, uma vez que o BGB configura o dano em sentido subjectivo, não admitindo uma configuração abstracta-objectiva de um dano positivo no momento da lesão¹⁵. Em relação à perda de oportunidade de cura, Koziol considera que a mesma não constitui um bem jurídi-

¹¹ Cfr. OEHLERT, “Zur Frage der Beweislast bei Entschädigungsklagen wegen Versäumung eines Rechtsmittels”, *Seuffert's Blätter* 73 (1908) 740-743.

¹² Cfr. Eugen JOSEF, “Die Beweislast bei Entschädigungsklagen gegen Rechtsanwälte wegen Versäumung eines Rechtsmittels”, *Seuffert's Blätter* 75 (1910) 20-26.

¹³ Cfr. Erwin DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht*, 2.^a ed., Köln / Berlin / Bonn / München: Carl Heymanns, 1996, n.º 852, 342.

¹⁴ Cfr. Holger FLEISCHER, “Schadenersatz für verlorene Chancen im Vertrags- und Deliktsrecht”, *JZ* (1999) 766-775.

¹⁵ Cfr. Helmut KOZIOL, “Schadenersatz für den Verlust einer Chance?”, in Gerhard HOHLOCH / Rainer FRANK / Peter SCHLECHTRIEM, org., *Festschrift für Hans Stoll zum 75. Geburtstag*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2001, 233-250 (241).

co independente, que possa ser autonomamente objecto de lesão, nos casos em que sejam causados danos à saúde¹⁶.

2.4. O Direito italiano

Já na Itália, pelo contrário, o dano da perda de oportunidade tem sido pacificamente reconhecido em inúmeras decisões da *Cassazione*, afirmando esta que a perda de oportunidade constitui uma hipótese de um dano patrimonial futuro que é ressarcível desde que o lesado demonstre, ainda que recorrendo a presunções, um válido nexo causal entre o facto e a possibilidade de verificação futura do dano¹⁷. Onde se foi mais longe foi na decisão da Cassazione de 13/12/2001 que considerou que a negligência do advogado deve ser sempre gerar indemnização, independentemente da viabilidade da acção. Neste caso os juízes afirmaram que “a *chance* de conseguir um determinado bem não é uma mera expectativa de facto, mas antes uma entidade patrimonial jurídica e economicamente susceptível de avaliação autónoma, pelo que a sua perda constitui uma lesão da integridade do património, ressarcível como consequência directa e imediata do incumprimento do lesante”¹⁸. Esta posição foi aceite pela doutrina¹⁹.

2.5. O Direito Inglês

A jurisprudência inglesa mostra-se algo dividida em relação ao dano da perda de oportunidade.

No caso dos actos de advogado a indemnizabilidade pela perda de oportunidade de instauração de uma acção foi reconhecida em Inglaterra pela *House of Lords* em 1958 no caso *Kitchen v. Royal Air Force Association*²⁰, considerando que neste caso deveria ser indemnizado esse dano, uma vez que se tratava de uma perda

¹⁶ Cfr. KOZIOL, “Schadenersatz für den Verlust einer Chance?”, 243 s.

¹⁷ Cfr. Cass. Sez. III, 25.9.1998, n. 9598, Cass. Sez. III, 4.3.2004, n. 4400, e Cass. Sez. III, 7.7.2006, n. 15522.

¹⁸ Cass. Sez. II, 13.12.2001, n. 15759.

¹⁹ Cfr. Roberto PUCELLA, “Il danno da perdita di chances”, in Enrico GABRIELLI / Ugo CARNEVALLI, org., *Commentario dal Codice Civile. Dei Fatti Illeciti*, Milano: Wolters Kluwer, 2011, 420-435 (432).

²⁰ Cfr. *Kitchen v. Royal Air Force Association* [1958] WLR 563.

de oportunidade real e efectiva e não meramente especulativa. Mas já no caso da responsabilidade pelos actos médicos a posição tem sido mais restritiva, sendo que em 1987 no caso *Hotson v. East Berkshire Area Health Authority*, depois de a Queen's Bench Division e a Court of Appeal terem reconhecido a indemnizabilidade da perda de uma “substantial chance of achieving a better medical result”, a House of Lords considerou que por ausência de nexo de causalidade não se poderia responsabilizar um médico autor de um diagnóstico tardio que levou a que um rapaz de 13 anos ficasse inválido em virtude de uma necrose ocorrida após ter caído de uma árvore a que subira. A *House of Lords* desconsiderou a existência de dano pelo facto de as possibilidades de cura do doente serem inferiores a 50%²¹. Este precedente veio a ser reiterado pela House of Lords em 2005, embora apenas por uma maioria de três contra dois, no caso *Gregg v Scott* [2005] UKHL 2, em que um médico diagnosticou erradamente um cancro como sendo um tumor benigno, reduzindo as possibilidades de sobrevivência do doente em 10 anos de 42% para 25%²².

3. O debate na doutrina portuguesa

Já em Portugal, quer a doutrina, quer a jurisprudência se mostram bastante divididas em torno da configuração ou não da perda de oportunidade como dano indemnizável.

Parte da doutrina portuguesa, onde se incluem, os nomes de Paulo Mota Pinto²³, e Menezes Cordeiro²⁴, é contrária à indemnização da perda de oportunidade.

²¹ Cfr. *Hotson v. East Berkshire Area Health Authority* [1987], II, *All E. R.* 909, H.L.

²² Cfr. *Gregg v Scott* [2005] UKHL 2.

²³ Cfr. Paulo Mota PINTO, *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, II., p. 1106, sustentando que “não parece que exista já hoje entre nós base jurídico-positiva para apoiar a indemnização da perda de chances”. A pp. 1103 e ss., nota (3103), o autor defende antes *de iure condendo* o caminho da inversão do ónus da prova ou da facilitação da prova da causalidade e do dano.

²⁴ Cfr. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II. *Parte Geral. Negócio jurídico*, Coimbra: Almedina, 2014, p. 288, defendendo que “ao mandar indemnizar pela perda de chance, dispensando, com isso, a prova da causalidade, está-se a proceder a uma (re)distribuição do risco não prevista pela lei”.

A indemnizabilidade da perda de oportunidade já tinha sido, porém, defendida entre nós por Jaime de Gouveia²⁵, sendo presentemente sustentada por Jorge Sinde Monteiro²⁶, e João Álvaro Dias²⁷.

Com uma posição intermédia situam-se Júlio Gomes e Rui Cardona Ferreira. Júlio Gomes considera que a perda de oportunidade não terá, entre nós, virtualidades para fundamentar uma pretensão indemnizatória, admitindo, no entanto, a sua aplicação residual nos casos de a oportunidade estar de tal forma consolidada, que já constitua um bem no património do lesado²⁸. Cardona Ferreira considera que não existe um dano autónomo da perda de oportunidade, salvo nos casos de danos não patrimoniais na responsabilidade civil médica, admitindo, porém, que a mesma possa relevar para estabelecimento do nexo de causalidade, em termos semelhantes aos da teoria da conexão do risco²⁹.

4. A divisão na jurisprudência nacional

A jurisprudência portuguesa tem-se revelado profundamente dividida em relação à indemnizabilidade da perda de oportunidade, parecendo-nos ser ainda maioritária a tese que a nega.

²⁵ Efectivamente, Jaime de GOUVEIA, *Da responsabilidade contratual*, depois de considerar a p. 93 s., que o prejuízo só pode ser indemnizável se for certo, admite a pp. 95, existir ainda um prejuízo certo na “perda da *sorte*, da *chance*”, havendo nesses casos que “determinar o valor que tem esta *álea*”.

²⁶ Cfr. Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade*, 297 s.

²⁷ Cfr. João Álvaro Dias, *Dano corporal*, 250 s. Para este autor, a perda da oportunidade não corresponde a um lucro cessante, o qual exige uma demonstração da sua probabilidade de verificação, mas a um dano emergente certo, de perda de uma possibilidade actual. Neste âmbito, o autor admite a sua indemnizabilidade, mas exige “que se consiga fazer prova de todos os requisitos ou pressupostos da obrigação de indemnizar, com destaque especial para a certeza do dano que se invoca e o nexo de causalidade adequada entre o facto e o dano”.

²⁸ Cfr. Júlio GOMES, “Sobre o dano da perda de chance”, *DJ* 19/2 (2005) 9-47 (*maxime* 43-44).

²⁹ Cfr. Rui Cardona FERREIRA, *Indemnização*, *passim*; e IDEM, “A perda de chance revisitada (a propósito da responsabilidade do mandatário forense)”, *ROA* 73/4 (2013) 1301-1329.

Salienta-se em primeiro lugar o Ac. STJ 6/3/2007, onde se considerou atentar contra o pressuposto da causalidade adequada indemnizar os danos causados a uma empresa de construção civil, pelo facto de o serviço de entregas que contratou não ter entregue em tempo a documentação necessária à participação num concurso lançado por uma Câmara Municipal, impedindo-a de nele participar³⁰.

Da mesma forma, no Ac. STJ 22/11/2009, não se indemnizou a perda de oportunidade de progressão na carreira sofrida por uma professora que, por negligência do superior hierárquico, não viu apreciada uma sua candidatura a uma avaliação extraordinária para reconhecimento de mérito excepcional, tendo apenas se considerado os danos morais sofridos pela lesada³¹.

Também no Ac. STJ 9/4/2010, se considerou não ser indemnizável a não entrega de alegações por um advogado que levou a considerar uma deserção de um recurso, restringindo ainda a indemnização pelos danos morais sofridos³².

Já surgiram, no entanto, algumas decisões que admitem a indemnizabilidade autónoma da perda de oportunidade.

O primeiro caso de que temos conhecimento corresponde ao Ac. STJ 9/2/2006, em que estava em causa a resolução de um contrato-promessa pelo facto de o imóvel prometido vender ter sido objecto de penhora por terceiro. Neste caso, perante a alegação da revista de que a perda de oportunidade não constitui dano autónomo no nosso ordenamento jurídico, o STJ considerou que a perda de oportunidade de alienar o imóvel constitui um lucro cessante, mas que o mesmo não se identifica com o preço estipulado para a venda, uma vez que o lesado continua proprietário do imóvel, podendo voltar a aliená-lo. Entendeu, por isso, não se poder aplicar o artigo 566.º, n.º 2, para conceder ao lesado o lucro que ele poderia ter obtido com a alienação do imóvel, pelo que, concedendo parcialmente a revista, fixou a indemnização em um terço desse valor³³.

³⁰ Cfr. Ac. STJ 6/3/2007 (Borges Soeiro), processo 07A138.

³¹ Cfr. Ac. STJ 22/11/2009 (João Bernardo), processo 409/09.4YFLSB, em *CJ-ASTJ* 17/3 (2009) 152-158.

³² Cfr. Ac. STJ 9/4/2010 (Sebastião Póvoas), processo 2622/07.0TBPNF. p1.s1.

³³ Cfr. Ac. STJ 9/2/2006 (Moitinho de Almeida), processo 06B016.

Há ainda a considerar o Ac. STJ 9/7/2015 (Tomé Gomes), processo 5105/12.2TBXL.L1.S1, onde se considerou indemnizável a perda de oportunidades processuais, desde que haja uma certeza segura de ganho do processo.

5. Posição adoptada

Os argumentos principais da doutrina tradicional contra a indemnização autónoma da perda de oportunidade residem na ausência de carácter certo do dano, na falta de nexo de causalidade entre o facto e o dano e na sobrecompensação atribuída ao lesado. A falta de carácter certo do dano resultaria da forma fluida como a perda de oportunidade seria configurada³⁴. A ausência de nexo de causalidade resulta do facto de serem incertas as probabilidades de que essa oportunidade conduzisse ao ganho visado, não se conseguindo assim demonstrar uma *conditio sine qua non*. Finalmente a sobrecompensação resulta do facto de a generalização da indemnização pela perda de oportunidade conduzir a múltiplas indemnizações em casos em que nenhum dano poderia ser indemnizado.

Nenhum destes argumentos nos parece decisivo. Quanto às dificuldades de avaliação, elas existem igualmente noutros danos, como o dano moral, o que nunca impediu as indemnizações de serem atribuídas. Raramente se consegue em indemnização obter uma certeza absoluta em relação ao dano, sendo precisamente por esse motivo que o artigo 566.º, n.º 3, prevê a possibilidade de o juiz fixar equitativamente o valor da indemnização.

Quanto à objecção da falta de nexo de causalidade, a verdade é que o mesmo não se coloca entre a lesão e o resultado possível da oportunidade, mas antes entre a lesão e a própria perda da oportunidade, não havendo nesse enquadramento motivos para que a causalidade não se possa considerar estabelecida.

³⁴ Neste sentido, cfr. na doutrina alemã, Erwin DEUTSCH, *Haftungsrcht*, n.º 852, 342, sustentando que a perda de oportunidade não pode seguramente ser qualificada como dano, uma vez que as perspectivas de verificação da mesma podem ser diferentemente avaliadas, não podendo assim ser determinadas com segurança.

Finalmente, a preocupação com a sobrecompensação é facilmente resolvida não indemnizando a perda de oportunidade em termos idênticos ao resultado que não se obteve e só concedendo indemnização perante oportunidades com um grau razoável de verificação.

Sendo reconhecida a admissibilidade dessa indemnização pela perda de oportunidade, a dúvida consiste, porém, na forma como se configura este tipo de dano, existindo uma corrente que propugna que a perda de oportunidade constitui um dano emergente, uma vez que essa oportunidade já existia no património do lesado, enquanto que outra corrente sustenta tratar-se antes de um caso especial de lucro cessante, cuja verificação apenas não se encontra demonstrada de acordo com os parâmetros habituais em matéria de causalidade, mas a ela se pode chegar com base em critérios estatísticos ou no estabelecimento de uma mera certeza gradativa em termos de causalidade³⁵. A distinção entre estas duas perspectivas não é irrelevante, uma vez que só na primeira a perda de oportunidade pode ser vista como um dano em sentido próprio, enquanto que na segunda a mesma não tem autonomia como dano, resultando de um particular entendimento da causalidade em certos grupos de casos³⁶.

A nosso ver, a perda de oportunidade deve ser admitida como dano, sendo a indemnização fixada com base na determinação das probabilidades que a oportunidade tinha de se verificar, nunca devendo ser concedida mesmo perante fortíssimas probabilidades, mais do que uma indemnização parcial. Neste enquadramento, a perda da oportunidade não deve ser vista como um lucro cessante, mas antes como um dano emergente, considerando-se que a oportunidade corresponde a um benefício já adquirido pelo lesado, de que este vem a ser privado, benefício esse que se deve calcular com base nas probabilidades de realização da oportunidade.

O facto de a indemnização pela perda de oportunidade não ser coincidente com a do dano final leva alguma doutrina a

³⁵ Cfr. Rui Cardona FERREIRA, *Indemnização*, 124-125.

³⁶ Cfr. Rui Cardona FERREIRA, *Indemnização*, 13 e 95. É esta última a posição de Júlio GOMES, *DJ* 19/2 (2005) 38, que considera não haver na perda de oportunidade uma revisão do conceito de dano, mas antes uma ruptura em relação à concepção clássica da causalidade.

afirmar que esta solução põe em causa o princípio da reparação integral e contribui para questionar a autonomia do dano da perda da oportunidade³⁷. Por nossa parte, encaramos, no entanto, essa diferenciação como natural, uma vez que o valor da oportunidade não é naturalmente idêntico ao do sucesso da mesma, pelo que a indemnização terá que manter-se dentro dos limites do dano. Tal só confirma o cariz autónomo do dano da perda de oportunidade em relação ao dano final.

A nosso ver, no entanto, terá que se exigir uma probabilidade minimamente séria de verificação da oportunidade, sendo de excluir a indemnização no caso em que a mesma falte em absoluto. Não nos convence o argumento de que a perda de oportunidade só teria relevância enquanto dano se a sua verificação implicasse sempre uma qualquer indemnização, independentemente da probabilidade da verificação da mesma³⁸. Efectivamente, a perda de oportunidade só pode revelar enquanto dano se a frustração da utilidade que a mesma representa constituir algum sacrifício para o lesado, o que não sucede em relação a oportunidades meramente hipotéticas. Defendemos, por isso, que a indemnização deve ficar dependente de uma probabilidade mínima de verificação da oportunidade perdida, sem o que não nos parece existir base para se atribuir indemnização. Deverá assim exigir-se sempre que essa oportunidade tenha uma probabilidade de verificação superior a 50%, não se admitindo que oportunidades com uma percentagem de sucesso inferior sejam indemnizáveis³⁹.

³⁷ Cfr. Rui Cardona FERREIRA, *Indemnização*, 118.

³⁸ Cfr. Rui Cardona FERREIRA, *Indemnização*, 118.

³⁹ Esse critério é absolutamente pacífico na jurisprudência inglesa, relativamente à perda de oportunidade de cura na responsabilidade civil médica conforme resulta dos já referidos precedentes *Holson v. East Berkshire Health Authority* [1987] AC 750 e *Gregg v. Scott* [2005] UKHL 2. Defende igualmente a aplicação do critério da probabilidade superior a 50% para considerar existente um dano resultante da perda de oportunidade na responsabilidade civil de advogado, Adela SERRA RODRÍGUEZ, *La responsabilidad civil del abogado*, 2.ª ed., Madrid, Aranzadi, 2001, 245-246, sustentando que só em caso de probabilidades efectivas e sérias, e não meramente hipotéticas ou eventuais, se pode considerar provada a existência de prejuízo.

6. Conclusão

Em conclusão sustentamos o reconhecimento da perda de oportunidade como dano no âmbito do Direito Português, desde que apenas se admita o ressarcimento de oportunidades com possibilidade de verificação superior a 50%, sendo a indemnização sempre fixada em montante inferior ao dano final, a graduar pelo juiz nos termos do artigo 566.º, n.º 3, consoante o maior ou menor grau de probabilidade de verificação da oportunidade.

DECISÕES EMPRESARIAIS E RESPONSABILIDADE CIVIL DOS ADMINISTRADORES

MARIA ELISABETE RAMOS*

Começo por felicitar os Coordenadores Científicos das *I Jornadas Luso-Brasileiras de Responsabilidade civil*. Muito me honra integrar esta iniciativa.

Cumprimento respeitosamente o Senhor Dr. Alfredo Castanheira Neves, ilustre advogado, que nos idos de noventa muito generosamente me recebeu, como estagiária, no seu escritório. Aprendi muito. Testemunho publicamente o rigor ético e a nobreza de caráter com que o Senhor Dr. Alfredo Castanheira Neves exerce a profissão de Advogado. O que significa que aprendi da melhor forma: com o exemplo.

Cumprimento cordialmente os Doutores Alexandre de Soveral Martins, Maria de Fátima Ribeiro e António Barreto Menezes Cordeiro com quem partilho este painel.

Às Senhoras e Senhores que, nesta tarde de quinta-feira, optaram, entre várias alternativas possíveis, pela presença nestas Jornadas, apresento as minhas saudações cordiais e votos de que os trabalhos sejam proveitosos.

* Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra. Investigadora do Centre for Business and Economics Research (CeBER – Universidade de Coimbra).

Serei breve. Sei, enquanto professora, que a atenção é um bem escasso, o que permite que se fale na “economia da atenção”. Assim, sendo, nos 15/20 minutos de que disponho, procurarei responder a três questões: *a)* qual é o relevo da *decisão empresarial*, no contexto da responsabilidade civil pela administração das sociedades? *b)* O artigo 72.º, 2, CSC preserva suficientemente a discricionariedade empresarial dos administradores? *c)* qual o contributo da autonomia privada na proteção da discricionariedade empresarial?

I. Qual o relevo da decisão empresarial no contexto da responsabilidade civil pela administração de sociedade?

A primeira resposta a esta pergunta poderia ser a de que é nulo o relevo da decisão empresarial no sistema português de responsabilidade civil pela administração da sociedade. Argumentar-se-ia que, ao contrário do § 93 da *AktG*, o artigo 72.º, 2, não faz expressa referência à decisão empresarial. E que, ao contrário do artigo 226 da *Ley de Sociedades de Capital* espanhola, o artigo 72.º, 2, não convoca “las decisiones estratégicas y de negocio”.

Tal resposta seria precipitada e redutora pois, por um lado, não compreende o que é gerir uma sociedade e, por outro, ignora que o regime do artigo 72.º, 2, pressupõe uma decisão empresarial tomada pelos administradores. Vejamos mais de perto.

Administração compreende, segundo Coutinho de Abreu, “*decisões estratégicas* ou fundamentais sobre os *objetivos empresariais a longo prazo*, as correspondentes *organização* dos meios produtivos, *dimensão e localização* da(s) empresa(s), as várias políticas empresariais – produção (tipos de produtos e mercados destinatários), *distribuição, pessoal, financiamento* –, o provimento dos *postos laborais de direção*, o sistema informacional inter-orgânico e intra-empresarial” e os atos de gestão corrente.¹

As *decisões estratégicas*, próprias da atividade de gestão, exigem prognose, projetam-se no futuro. Tais decisões são tomadas

¹ J. M. Coutinho de Abreu, *Governança das sociedades comerciais*, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2010, 42.

em *situações de incerteza* ou até em *situação de incerteza competitiva*. Em ambos os casos os decisores têm de atender a factos desconhecidos. Nas decisões em situação de incerteza antagónica os decisores são dois ou mais, numa situação de adversários ou em conflito, de tal modo que, cada decisor terá de ter em conta tanto a decisão dos rivais como a reação destes aos efeitos da sua própria ação (v. g. decisão/reação das empresas concorrentes).

Percebe-se que, em tais circunstâncias, o *critério jurídico* da valoração da conduta dos administradores, para efeitos de *responsabilização civil*, não pode nem deve ser o das *consequências danosas das suas decisões*. E isto por várias razões:

a) aos administradores não é exigível que garantam o êxito económico de medidas tomadas em situação de incerteza ou de incerteza antagónica;

b) as decisões empresariais *lícitas* não determinam responsabilidade civil, embora possam provocar impactos negativos em vários *stakeholders*;

c) as decisões vinculadas dos administradores – as que *são impostas* pelo cumprimento de normas legais, regulamentares, estatutárias ou pelo cumprimento de instruções vinculantes emitidas pela administração da sociedade diretora ou dominante – podem, também elas desencadear efeitos desfavoráveis para vários *stakeholders*;

d) As consequências danosas ou desfavoráveis próprias do risco empresarial são suportadas pela sociedade e, claro, indiretamente, pelos sócios, e não pelos administradores.

As decisões estratégicas, próprias da atividade de gestão, são *decisões empresariais discricionárias*, em que aos administradores é reconhecida a faculdade de escolher de entre várias alternativas, todas elas igualmente lícitas. E, neste caso, devem ou não os decisores-administradores ser escrutinados pelos resultados das suas escolhas?

Certamente que o são na hora em que prestam contas aos sócios e estes fazem “a apreciação geral da administração” (artigo 376.º, 1, c)).

Compreende-se que o artigo 75.º do CSC permita que em assembleia geral que aprecie as contas de exercício seja toma-

da deliberação sobre ação de responsabilidade, ainda que tal assunto não conste da convocatória. No entanto, o artigo 75.º não pode ser lido como autorizando a responsabilidade civil fundada exclusivamente nas consequências negativas de decisões tomadas na administração.

Responsabilizar civilmente os administradores tão-só pelas consequências prejudiciais das suas decisões sacrificaria a imprescindível discricionariedade empresarial. Registe-se que, há muito, as ordens de *civil law* reconhecem a discricionariedade empresarial dos administradores e, conseqüentemente, a *irresponsabilidade civil* pelo erro honesto. Fazem-no convocando vários fundamentos: *a)* a natureza própria das funções de gestão das sociedades; *b)* a obrigações de meios e não de resultado dos administradores; *c)* o risco empresarial onera o investimento dos sócios). É conhecida a máxima: “Se não cometes erros é porque não estás a projetar suficientemente longe” (David Packard).

Em matéria de *decisões empresariais discricionárias*, o que releva, para efeitos de responsabilização civil dos administradores-decisores, é, em primeira linha, o *processo de tomada de decisão*. É este o pensamento fundamental do artigo 72.º, 2, do CSC, ainda que imperfeitamente expresso na letra da lei.

É do conhecimento geral que o artigo 72.º, 2, introduzido pela reforma de 2006 do CSC, sofreu a influência da *business judgment rule*, desenvolvida pela jurisprudência estado-unidense desde o segundo quartel do século XIX a propósito da responsabilidade dos administradores por decisões atentatórias do dever de cuidado, mais precisamente do dever de tomar decisões razoáveis.

A *business judgment rule* determina que o mérito de certas decisões dos administradores não é julgado pelos tribunais com base em critérios de “razoabilidade”, mas segundo critério da irracionalidade.

Porém, a *business judgment rule* só é aplicável se se verificarem determinados pressupostos ou condições: *a)* É necessário que uma decisão tenha sido tomada. Uma decisão de fazer algo ou de não fazer, uma escolha entre várias possibilidades. A simples omissão, por ignorância ou por outros motivos, não beneficia da aplicação da regra. *b)* Os administradores, bem como pessoas

próximas, não podem estar em conflito de interesses com a sociedade relativamente ao objeto da decisão. c) as normas procedimentais da decisão têm de ser cumpridas; a regra não se aplica se o administrador não se informa razoavelmente antes de decidir.

Há fundadas razões para defender que o primeiro requisito (não o único) de que *depende* a aplicação do artigo 72.º, 2, é a tomada de uma decisão empresarial discricionária por parte dos administradores. E, por consequência, a decisão empresarial releva na hora de o juiz apreciar um pedido de indemnização apresentado pela sociedade, fundado em responsabilidade civil por violação de deveres de cuidado, em particular do dever de tomar decisões razoáveis.

II. O artigo 72.º, 2, preserva a discricionariiedade empresarial?

A *business judgment rule* nasce para *proteger a discricionariiedade empresarial dos administradores, impedindo a sua responsabilização*. O que se consegue evitando que os tribunais escrutinem *a posteriori* o *mérito das decisões empresariais discricionárias*. Diz-se que os juízes não são gestores; que quando avaliam *retrospectivamente* um comportamento ou uma decisão tomada em situação de incerteza são incapazes de uma avaliação imparcial, pois estão predeterminados a aceitar o resultado que efetivamente ocorreu.

Essencialmente, a *business judgment rule mitiga a aversão ao risco* dos administradores e induz decisões eficientes. O receio de ser responsabilizado pelos resultados desfavoráveis de uma decisão empresarial tomada em situação de incerteza torna os administradores conservadores (a chamada “gestão preventiva”, na terminologia de Pais Vasconcelos) e menos disponíveis para a inovação e rutura com práticas estabelecidas.

Estes argumentos florescem numa sociedade *obsessivamente litigiosa*, como é a sociedade estadunidense.

Na Europa, segundo um estudo dedicado aos deveres e responsabilidades dos administradores, elaborado em 2013 pela *London School of Economics*, na sequência de encomenda da Comissão Europeia, o quadro é de “under-enforcement” dos deveres

e responsabilidades dos administradores. Em 2006, a CMVM, nos documentos preparatórios da reforma do CSC, sublinha o défice de sentenças condenatórias dos administradores em Portugal.

O que suscita a questão de saber se as ordens jurídicas europeias precisam do *business judgment rule* (e de outras medidas de proteção dos administradores) ou, antes, a prioridade há de ser a aplicação eficaz (o *enforcement*) das normas sobre deveres e responsabilidades dos administradores, intensificando a *accountability*.

Pais de Vasconcelos entende que, em 2006, o legislador português quis corrigir o défice de sentenças condenatórias dos administradores e, para tanto, consagrou, uma presunção de ilicitude no artigo 72.º, 2. Nesta visão, quando não se prova a violação dos deveres de cuidado e de lealdade, o juiz deve proferir um juízo de ilicitude.

Parece-me que do artigo 72.º, 2, é possível extrair outro resultado interpretativo que preserve algum efeito útil protetor dos administradores. Vejamos.

O artigo 72.º, 2, lida com deveres de cuidado, em especial com o dever de tomar decisões razoáveis. Um administrador que toma *decisões irrazoáveis* viola, evidentemente, este dever presente no artigo 64.º, 1, *a*). Tal violação é suscetível de acarretar sanções várias. Mas – e é aqui que o artigo 72.º, 2, entra decisivamente em campo – não a sanção da responsabilidade civil se, apesar da irrazoabilidade da decisão, ela não for “irracional”.

Assim, parece-me que a sociedade demandante, ou quem a substitua (v. os artigos 75.º, 77.º, 78.º, 2), tem o ónus de provar os factos constitutivos do direito à indemnização (artigo 342.º, 1, do CC), tem de provar que atos ou omissões (em princípio) ilícitos do administrador causaram dano ao património social.

O administrador, porém, que prove terem-se verificado as condições postas na norma do n.º 2 do artigo 72.º não poderá ser responsabilizado (*por ausência de ilicitude*). Nos termos do artigo 72.º, 2, se o administrador provar que cumpriu as três condições aí mencionadas, ilidirá a presunção de culpa e, especialmente, provará a *licitude* da sua conduta, a não violação (relevante) dos deveres de cuidado e a não violação dos deveres de lealdade.

O que pode ser verdadeiramente comprometedor do efeito protetor dos administradores é a interpretação que se venha a fazer do segmento final do artigo 72.º, n.º 2. É exigido que o administrador prove que atuou “segundo critérios de racionalidade empresarial”.

De modo a conseguir que a parte final do artigo 72.º, n.º 2, ainda seja compatível com um espaço de discricionariedade dos administradores, Coutinho de Abreu propõe que ela seja “interpretada restritivo-teleologicamente (...). Assim, bastará ao administrador, para ficar isento de responsabilidade, que (contra) prove não ter actuado de modo “irracional” (incompreensivelmente, sem qualquer explicação coerente)”.

O artigo 72.º, 2, tanto quanto sei, não tem merecido relevante aplicação jurisprudencial (a avaliar, pelo menos, pela jurisprudência dos tribunais superiores). É, pois, por enquanto, prematuro vaticinar qual a orientação (presunção de ilicitude/exclusão da ilicitude) que vai prevalecer na jurisprudência.

III. Qual o contributo da autonomia privada na proteção da discricionariedade empresarial?

Permitam-me que tome uns segundos da vossa atenção destinados a contextualizar esta interrogação.

A *business judgment rule* nasce, desenvolve-se e reinventa-se numa experiência jurídica que opera a regulação da atividade dos administradores através de intensa litigância (a chamada “regulation through litigation”), como, simultaneamente, consolidou uma bateria de instrumentos jurídicos destinados a proteger os administradores contra as diminuições patrimoniais causadas pela litigância e responsabilização. Recorde-se que a *business judgment rule* tem um alcance *limitado* pelas condições em que assenta e, por consequência, não satisfaz todas as necessidades de proteção dos administradores.

No século XX, os EUA conhecem o desenvolvimento de instrumentos jurídicos, fundados na autonomia privada, destinados, todos eles, a proteger o património dos administradores das diminuições patrimoniais causadas pela responsabilização. Consi-

derem-se as convenções de limitação ou de exclusão da responsabilidade civil dos administradores, a contratação do seguro de responsabilidade civil dos administradores, as convenções pelas quais a sociedade reembolsa os administradores de despesas causadas pela litigância.

Na Europa e, em particular, em Portugal, a situação é assaz diferente – diferentes regras de distribuição de custas, menor litigiosidade, regimes legal jurídico-substantivo e jurídico-processual de responsabilidade civil que não estimulam a responsabilização dos administradores.

O artigo 74.º, 1, do CSC, mantendo-se fiel a centenária tradição, proíbe cláusula, inserta ou não em contrato de sociedade, que exclua ou limite a responsabilidade civil dos administradores, independentemente do grau de culpa. Deste modo, são nulas as convenções que excluam ou limitam a responsabilidade dos administradores por culpa leve. Tal proibição vale tanto na responsabilidade perante a sociedade como na responsabilidade civil para com os credores sociais, perante sócios e terceiros (artigo 78.º, 79.º).

Os negócios de *renúncia* ou *transação* de indemnização de que a sociedade é credora são lícitos. No entanto, estão sempre (seja qual for o tipo societário) dependentes de deliberação expressa dos sócios, sem o voto contrário de minoria que represente pelo menos 10% do capital social. O que significa, como é fácil de ver, que os votos da maioria que elegeu os administradores não são suficientes para aprovar a deliberação de renúncia ou transação, se contra esta votar 10% dos votos emissíveis (Coutinho de Abreu). Formar-se-á, neste caso, uma deliberação negativa.

Acresce que se a sociedade, através do órgão de administração, renuncia ao direito de indemnização ou transige sobre ele sem deliberação prévia (com os votos necessários), tais negócios são ineficazes relativamente à sociedade.

O regime do artigo 74.º, 1, não hostiliza a prática internacional de a sociedade financiar integralmente o prémio do *D&O Insurance* (seguro de responsabilidade civil dos administradores seja integralmente pago pela sociedade).

Várias razões fundam a licitude desta prática societária: *a*) a pressão das regras da responsabilidade civil sobre os administradores, embora diminuída, mantém-se – especialmente porque são excluídos da cobertura do seguro certos comportamentos (os dolosos, por exemplo) ; *b*) o seguro não exclui ou limita a responsabilidade dos administradores – diminui sim o risco de estes pagarem as respetivas indemnizações; *c*) a sociedade, apesar de pagar o prémio, também é favorecida pelo seguro, pois permite que ela recrute pessoas que, sem o seguro, não estariam disponíveis para aceitar os vários riscos de litigância e responsabilidade civil; *d*) também os credores sociais e terceiros são beneficiados pelo seguro; *e*) se os administradores fossem obrigados a pagar o prémio do seguro, seria natural que a sociedade os tivesse de reembolsar da respetiva importância, designadamente através do aumento das remunerações.

Por fim, à luz do artigo 74.º, é lícito o negócio pelo qual a sociedade, em momento posterior à atuação do administrador demandado, se vincula a reembolsar as despesas de defesa, desde que estas não tenham sido causadas por atos ilícitos e culposos. Na verdade, os negócios relativos a este reembolso prestado pela sociedade, nestas condições, não configuram cláusulas de limitação ou de exclusão da responsabilidade dos administradores, pelo que não lhes é aplicável o artigo 74.º, 1, CSC.

Se bem vejo, à luz do CSC está condicionado o poder da autonomia privada na conformação da responsabilidade civil dos administradores pela administração da sociedade.

No entanto, o debate prossegue. O 70.º Congresso Alemão de Juristas (Secção de Direito Económico) (que teve lugar em setembro de 2014 em Hannover) debruçou-se especificamente sobre o tópico “Reform der Organhaftung? – Materielles Haftungsrecht und seine Durchsetzung in privaten und öffentlichen Unternehmen”.

Neste Congresso foram aprovadas, entre outras, as propostas de: *a*) poderem ser introduzidas limitações estatutárias da responsabilidade dos administradores, desde que satisfeitos os legítimos interesses de informação; *b*) ser lícita a exclusão da responsabilidade por negligência leve; *c*) ser lícita a previsão de

limites máximos (estatutários) de indemnização; d) ser excluída a franquia do *De&O Insurance*, atualmente prevista no § 93, Abs. 2, S. 3, *AktG*.

Será esta a tendência que no futuro irá prevalecer - a de expandir a autonomia privada na conformação do regime da responsabilidade civil pela administração? É, por enquanto, incerta a resposta a esta pergunta.

Muito obrigada pela vossa atenção.

A RESPONSABILIDADE DOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES COMERCIAIS E A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA, EM PORTUGAL E NO BRASIL¹

MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO*

Introdução: A relação entre a responsabilidade dos administradores e a desconsideração da personalidade jurídica

A responsabilidade dos administradores e a desconsideração da personalidade jurídica das sociedades comerciais são dois mecanismos com funções distintas e diferentes âmbitos subjetivos, embora seja possível identificar alguns possíveis pontos de intersecção entre ambos. Assim, a responsabilidade civil dos administradores, cujo regime se encontra previsto nos artigos 72.º e seguintes do CSC, destina-se essencialmente à tutela da sociedade, dos seus sócios e dos seus credores (por via da acção directa ou

* Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.

¹ Este texto corresponde, com adaptações, ao nosso “A evolução da figura da desconsideração da personalidade jurídica das sociedades comerciais no Brasil – uma perspectiva portuguesa”, in Ricardo LUPION, coord., *40 Anos da Lei 6404/76: Inovações, Desafios e Perspectivas*, São Paulo: editor fi, 2017, 497-530.

da acção sub-rogatória dos credores sociais, nos termos, respectivamente, dos n.ºs 1 e 2 do artigo 78.º do csc), responsabilizando, quando verificados os requisitos legalmente exigidos, todos aqueles que exerçam ou tenham exercido (ainda que apenas de facto) funções de administração numa sociedade comercial. Por seu turno, o recurso à desconsideração da personalidade jurídica para efeitos de responsabilidade (criação da doutrina e da jurisprudência, sem previsão legal expressa no ordenamento jurídico português, ao contrário do que acontece no direito brasileiro) tem exclusivamente a função de assegurar a tutela dos credores sociais, fazendo responder, em determinados grupos de casos, o património de sócios pelas dívidas da sociedade.

Então, é no âmbito da tutela de credores que responsabilidade de administradores e desconsideração da personalidade jurídica podem concorrer. E o facto de, não raras vezes, numa sociedade comercial um sócio exercer funções de administração (ainda que, por vezes, apenas de facto) adensa a dificuldade em determinar a via adequada para assegurar a pretendida satisfação dos credores sociais (não estando excluído, como se verá, que as duas se complementem). Este é um problema que, sentido na doutrina e jurisprudência portuguesas, tem afectado particularmente a aplicação do Direito no Brasil (sendo aí frequente e legalmente permitido o recurso à desconsideração da personalidade jurídica para responsabilizar membros do órgão de administração), o que justifica a análise delimitadora, evolutiva e comparativa, que aqui trazemos².

² E deixamos, de caso pensado, o desenvolvimento dos aspectos relativos à responsabilidade civil dos administradores à Doutora Maria Elisabete Ramos (FEUC) que, neste mesmo painel, se apresenta com o tema *Decisões empresariais e responsabilidade civil dos administradores*.

1. A consagração legal genérica da desconsideração da personalidade jurídica no Brasil: o artigo 50.º do Código Civil

No ordenamento jurídico brasileiro, e ao contrário do que acontece nos diferentes países europeus, como o português, existe a consagração genérica da figura da desconsideração da personalidade jurídica, no artigo 50.º do Código Civil (embora a doutrina já aceitasse pacificamente a desconsideração da personalidade jurídica, cuja fundamentação dogmática assentava essencialmente na fraude à lei e no abuso do direito³)⁴, que determina o seguinte: “[e]m caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo *desvio de finalidade*, ou pela *confusão patrimonial*, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os *efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica*”.

Assim sendo, entende-se que a desconsideração da personalidade jurídica implica a “suspensão da eficácia da personalidade jurídica, no caso concreto, por decisão judicial”, estendendo-se os efeitos subjectivos do título executivo a um sócio ou administrador da sociedade e fazendo-o responder patrimonialmente pelas obrigações desta – pelo que os seus bens ficam sujeitos à execução, caso os bens da sociedade sejam insuficientes para sa-

³ Cfr. Rubens REQUILÃO, “Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica (disregard doctrine)”, in *Revista dos Tribunais*, n.º 410, 12-14, São Paulo, 1969; Fábio Konder COMPARATO, *O Poder de Controle na Sociedade Anónima*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976 (na edição mais recente, com Calixto Salomão Filho, 6.ª ed., 2014, 297 s.); J. Lamartine Corrêa de OLIVEIRA, *A Dupla Crise da Pessoa Jurídica*, Saraiva, São Paulo, 1979; Luís Roldão de Freitas GOMES, “Noção de pessoa no direito brasileiro. Direitos de personalidade”, *Boletim da Faculdade de Direito* (1993, 319-349) 337 s. Note-se que J. Lamartine Corrêa de OLIVEIRA, *A Dupla Crise da Pessoa Jurídica*, 5 s., descreve, a propósito, uma “dupla crise” da pessoa colectiva: por um lado, são aplicadas a entidades sem personalidade jurídica normas que “só teriam sentido se tais realidades fossem consideradas pessoas jurídicas”; por outro lado, a ordem jurídica – especialmente através da actuação dos tribunais – “desconsiderou o princípio dogmático segundo o qual ‘as pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros’”.

⁴ Aprovado pela Lei n.º 10.406, de 10 de Janeiro de 2002, em vigor desde Janeiro de 2003.

tisfazer a dívida em causa⁵.

A simples leitura desta norma pode gerar no seu intérprete alguma perplexidade. A primeira estranheza é provocada pelo facto de na mesma se dispor, literalmente, que por efeito da desconsideração da personalidade jurídica de uma pessoa colectiva os efeitos de certas e determinadas relações e obrigações se estendem, quer aos bens particulares dos seus sócios, quer aos dos seus administradores. Depois, fundamenta-se inequivocamente a desconsideração da personalidade jurídica no abuso do direito (ela opera apenas *em caso de abuso da personalidade jurídica*), sem especificar se, para o efeito, se requer um abuso subjectivo, ou se basta que ele, objectivamente, exista. Finalmente, enumeram-se (no que aparenta ser uma enumeração taxativa) dois grupos de casos de abuso: desvio de finalidade da pessoa colectiva e confusão patrimonial; ora, o desvio de finalidade é sempre a própria concretização do abuso da pessoa colectiva (pois trata-se de abuso institucional), e a confusão patrimonial não é mais do que uma das vias pelas quais esse abuso pode ser perpetrado. Analisaremos cada um destes pontos à luz da teorização de que o recurso à desconsideração da personalidade jurídica tem sido objecto em Portugal e no espaço europeu.

Pois bem, quanto ao primeiro aspecto, embora alguma da doutrina e da jurisprudência portuguesas tenham já confundido desconsideração da personalidade jurídica com responsabilidade de administradores, é certo que isso é cada vez mais raro e que os contornos das duas figuras aparecem, cada vez mais, claramente delimitados: se a desconsideração da personalidade jurídica con-

⁵ Cfr. Ana FRAZÃO, “Desconsideração da personalidade jurídica e tutela de credores”, in Fábio Ulhoa COELHO / Maria de Fátima RIBEIRO, coord., *Questões de Direito Societário em Portugal e no Brasil*, Coimbra: Almedina, 2012, 479-514, 483, que esclarece que se trata aqui, portanto, de uma responsabilidade patrimonial pela dívida da sociedade, pelo que o devedor continua a ser sempre e só a própria sociedade. Também J. Lamartine Corrêa de OLIVEIRA, *A Dupla Crise da Pessoa Jurídica*, cit., pág. 620, fala em “mera suspensão de eficácia da personalidade jurídica, que continua viva e actuante fora do caso concreto”. Por seu turno, Fábio Ulhoa COELHO, *Curso de Direito Comercial. Volume 2. Direito de Empresa. Sociedades*, 14.ª ed., São Paulo: Saraiva, 2013, 52, caracteriza a situação como suspensão episódica da eficácia do ato de constituição da sociedade.

duz a que se responsabilize o substrato pessoal da sociedade, esse é constituído pelos seus sócios, e nunca, em caso algum, pelos seus gerentes ou administradores. Sendo verdade que é frequente que os sócios sejam, simultaneamente, gerentes ou administradores da sociedade⁶, não o é menos que deve sempre ser identificada a actuação que justifica a sua responsabilização, por uma ou pela outra via: se o sujeito agiu na condição de sócio, estará em causa a desconsideração; se o fez enquanto gerente ou administrador, o único instituto chamado a tutelar os interesses dos credores sociais (directa ou indirectamente) será a responsabilidade civil.

Em segundo lugar, a norma não toma posição quanto ao tipo de abuso requerido para a aplicação do seu consequente, o que pode suscitar dúvidas: adere-se à fundamentação da personalidade jurídica pela via do abuso (que é uma das vias possíveis), mas seria útil que se previsse se basta o abuso objectivo, ou se se exige a consciência do abuso – matéria que mereceu ampla discussão na doutrina especializada, embora se tenha evoluído no sentido da adopção de critérios objectivos. Na verdade, qualquer construção jurídica que parta da noção de abuso do direito acaba por ser objectivada, centrada no excesso objectivo cometido no exercício do direito (embora sejam sempre relevantes considerações de ordem subjectiva quanto aos casos de violação dos limites impostos pela boa fé e pelos bons costumes; já o limite do “fim social ou económico” do direito representa a consagração de um critério puramente objectivo). De resto, o próprio recurso ao mecanismo da desconsideração da personalidade jurídica ficaria seriamente comprometido pelas dificuldades que pode levantar a prova daquele elemento subjectivo⁷.

⁶ Embora não se ignore a existência, nas sociedades ditas de capitais (incluindo as sociedades anónimas), dos chamados sócios empresários. Mas também se identificam, no ordenamento jurídico, meios capazes de assegurar a tutela dos credores sociais relativamente a estes, ou através dos limites impostos à sua actuação, ou pela sua responsabilização enquanto sócios. Em situações limite, eles poderão até ser responsabilizados como administradores ou gerentes de facto. Cfr. Maria de Fátima RIBEIRO, “O papel do accionista empresário no governo societário”, in *Volume Comemorativo dos 20 Anos da Abreu Advogados*, Coimbra: Almedina, 2015 (Estudos 4; Instituto do Conhecimento AB), 557-593, *passim*.

⁷ Para uma análise deste ponto, cfr. Maria de Fátima RIBEIRO, *A Tutela*

Finalmente, o abuso a que se refere o artigo 50.º é o chamado abuso institucional, ou seja, não se abusa propriamente de um direito subjectivo, mas de um instituto jurídico (a pessoa colectiva), o que se consubstancia no desvio da finalidade para que o mesmo foi criado no ordenamento jurídico. Assim sendo, o desvio da finalidade não constitui grupo de casos de desconsideração, correspondendo antes à própria definição de abuso de pessoa colectiva. Temos, então, que o único grupo de casos destacado ou especificado pela norma é a “confusão patrimonial”, absorvendo a “cláusula geral” do desvio da finalidade – na qual a “confusão patrimonial” se integra – todos os outros casos possíveis⁸. Ora, aqui caberia à lei esclarecer aquilo a que corresponde a confusão patrimonial para que possa recorrer-se à desconsideração da personalidade jurídica; nomeadamente, teria sido útil prever que, para o efeito, é necessário que essa confusão tenha sido prejudicial à sociedade (caso em que, por exemplo, o pagamento pelo sócio de dívidas da sociedade não produziria aquela consequência) e que já não seja possível identificar os actos concretos através dos quais ela ocorreu (pois, nesse caso, as regras jus-societárias relativas à conservação do património da sociedade podem revelar-se capazes de prover a adequada tutela dos credores).

2. A previsível evolução do direito societário brasileiro

Entretanto, cabe trazer à análise a evolução que, previsivelmente, sofrerá esta matéria no estrito domínio das sociedades comerciais no ordenamento jurídico brasileiro. Têm sido desenvolvidos no Brasil dois projectos de Código Comercial, sendo que um deles corre na Câmara dos Deputados e um outro no Senado.

dos Credores da Sociedade por Quotas e a “Desconsideração da Personalidade Jurídica”, Coimbra: Almedina, 2009, 103 s.

⁸ Antes da vigência do referido preceito, já J. Lamartine Corrêa de OLIVEIRA, *A Dupla Crise da Pessoa Jurídica*, 611, caminhava no sentido de só reconhecer a necessidade de uma “autêntica técnica desconsiderante” no âmbito dos problemas de responsabilidade no caso da chamada “mistura de negócios e patrimónios”. No mesmo sentido, cfr., ainda, Fábio Konder COMPARATO, *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, 362 s.

O primeiro, o *Projeto de Lei da Câmara* n.º 1572, de 2011, tem recebido ao longo do tempo inúmeras emendas e sofrido importantes alterações estruturais; recentemente, foi recriada a Comissão Especial destinada a dar parecer ao projecto (a Comissão já tinha no passado analisado o projecto e promovido diversas audiências públicas, mas nunca chegou a emitir parecer e votar a proposta). Na sua versão original, a desconsideração da personalidade jurídica encontrava-se regulada nos artigos 128.º a 131.º, ocupando a Secção II do Capítulo II (Da personalidade jurídica) do Título I (Disposições gerais) do Livro II (Das sociedades empresárias) do projecto⁹. Actualmente, existe nova versão, fruto da elaboração do parecer final do Deputado Paes Landim relativamente ao *Projeto de Lei da Câmara* n.º 1572, de 2011, apresentado em meados do ano de 2016, mas ainda não votado. Aqui, a desconsideração da personalidade jurídica encontra-se regulada nos diferentes parágrafos do artigo 121.º.

O segundo é, neste momento, o *Projeto de Lei do Senado* n.º 487, de 2013, que dedica toda uma secção (a Secção II do Capítulo III, que trata da personalidade jurídica) à desconsideração da personalidade jurídica das sociedades. De facto, os artigos 196.º a 199.º propõem-se regular esta matéria.

Ora, se de um destes projectos vier a resultar o Código Comercial brasileiro, novas questões podem vir a colocar-se ao intérprete. Por comodidade, e porque a base de ambos os textos é muito semelhante, partiremos, na nossa análise da perspectiva

⁹ É o seguinte o texto das normas em causa: *Artigo 128.º* “Em caso de fraude perpetrada por meio da autonomia patrimonial da sociedade empresária, o juiz poderá ignorar a personalidade jurídica própria desta para imputar a responsabilidade ao sócio ou administrador”. *Parágrafo único*. “A confusão patrimonial ou o desvio de finalidade importam a presunção relativa de fraude”. *Artigo 129.º* “A simples insuficiência de bens no patrimônio da sociedade empresária para a satisfação de direito de credor não autoriza a desconsideração de sua personalidade jurídica”. *Artigo 130.º* “A imputação de responsabilidade ao sócio ou administrador, em decorrência da desconsideração da personalidade jurídica da sociedade empresária, só poderá ser determinada pelo juiz depois de assegurado o direito à ampla defesa e ao contraditório”. *Artigo 131.º* “No mesmo ato em que deferir pedido de desconsideração da personalidade jurídica de sociedade empresária, o juiz determinará a comunicação ao distribuidor, com a identificação do sócio ou administrador a quem imputou responsabilidade”.

de evolução do direito brasileiro, da mais recente versão do texto do *Projeto de Lei da Câmara* (que foi sofrendo alterações mais significativas) – referindo as normas do *Projeto de Lei do Senado* apenas quando e sempre que tal se justifique.

3. O Projeto de Lei da Câmara: questões e problemas

3.1. A aplicação às sociedades anónimas

Desde logo, o projecto não regula as sociedades anónimas (único tipo societário excluído), que continuariam a ser regidas pelo disposto na *Lei das Sociedades por Ações*, como resulta expressamente do Parágrafo único seu artigo 213.º. Mas dedica-lhes o artigo 213.º (que define sucintamente este tipo societário, quase exclusivamente do ponto de vista da limitação da responsabilidade dos respectivos sócios), único do Título III (*Da sociedade por anónima*). Ora, o Livro I da Parte especial do projecto intitula-se *Das sociedades* e o seu Título I trata *Das disposições comuns a qualquer sociedade*. É neste Título que se inclui o artigo 112, que esclarece que a sociedade anónima é um dos tipos societários, bem como o Capítulo *Da personalidade jurídica*, no âmbito do qual o artigo 119.º determina que a sociedade adquire personalidade jurídica com o arquivamento do acto constitutivo no *Registro Público de Empresas*, e é regulada a desconsideração da personalidade jurídica das sociedades. Pois bem, a questão que se coloca é a de saber se este regime se aplicaria também à sociedade anónima, continuando ela a ser regulada pela *Lei das Sociedades por Ações*. A ponderação do lugar sistemático destas normas levará, certamente, o intérprete a responder afirmativamente: o Título I da Parte especial aplica-se a todos os tipos societários e inclui a sociedade anónima entre estes. Mas a consideração da *occasio legis* pode conduzir a resposta diversa: contra todas as exigências da boa técnica legislativa, um projecto desta envergadura, que pretende “unificar” a regulação das matérias mercantis, deixa de fora o regime de um dos seus mais significativos institutos, aparentemente por razões

de natureza política – terá existido, por parte dos empresários, o receio de que a inclusão desta matéria no projecto pudesse levar a alterações do respectivo regime, e isso terá contribuído significativamente para delimitar o âmbito de intervenção do mesmo. Assim sendo, poderia vir a existir nesta sede fonte de conflito interpretativo, se não fosse o facto de o regime previsto no projecto para a desconsideração da personalidade jurídica poder vir a revelar-se, com toda a certeza, mais favorável aos empresários do que as soluções a que, na sua ausência, os tribunais brasileiros têm sistematicamente chegado¹⁰.

3.2. A desconsideração da personalidade jurídica e o artigo 121.º do Projeto de Lei da Câmara

Analisemos, então, o que se estabelece neste projecto. As normas basilares na matéria são os vários parágrafos do artigo 121.º, nas quais se dispõe o seguinte:

¹⁰ Embora se possa estar a assistir, na actualidade, ao início da inversão desta tendência, pelo menos no que respeita à actuação do Superior Tribunal de Justiça, que recentemente decidiu que o encerramento das actividades da sociedade ou a sua dissolução, ainda que irregulares, não são causas, por si sós, para a desconsideração da personalidade jurídica a que se refere o artigo 50 do Código Civil: “[p]ara a aplicação da teoria maior da desconsideração da personalidade social – adotada pelo Código Civil –, exige-se o dolo das pessoas naturais que estão por trás da sociedade, desvirtuando-lhe os fins institucionais e servindo-se os sócios ou administradores desta para lesar credores ou terceiros. É a intenção ilícita e fraudulenta, portanto, que autoriza, nos termos da teoria adotada pelo CC, a aplicação do instituto em comento. (...) Especificamente em relação à hipótese a que se refere o art. 50 do Código Civil, tratando-se de regra de exceção, de restrição ao princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, deve-se restringir a aplicação desse disposto legal a casos extremos, em que a pessoa jurídica tenha sido instrumento para fins fraudulentos, configurado mediante o desvio da finalidade institucional ou a confusão patrimonial. (...) Assim, a ausência de intuito fraudulento afasta o cabimento da desconsideração da personalidade jurídica, ao menos quando se tem o Código Civil como o microsistema legislativo norteador do instituto, a afastar a simples hipótese de encerramento ou dissolução irregular da sociedade como causa bastante para a aplicação do *disregard doctrine*?. O texto do acórdão, de 12 de Dezembro de 2014, pode ser consultado in <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.2&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201300220444>.

Artigo 121.º Em caso de fraude perpetrada por meio da autonomia patrimonial da sociedade, o juiz pode desconsiderar a personalidade jurídica própria da sociedade, mediante requerimento da parte interessada ou do Ministério Público, quando intervier no feito, para imputar a responsabilidade ao sócio ou administrador.

§ 1.º Será imputada responsabilidade exclusivamente ao sócio ou administrador que tiver praticado a irregularidade que deu ensejo à desconsideração da personalidade jurídica da sociedade.

§ 2.º Em caso de atuação conjunta na realização da irregularidade que deu ensejo à desconsideração da personalidade jurídica da sociedade, a responsabilidade dos envolvidos será solidária.

§ 3.º Na hipótese do parágrafo anterior, cada um dos responsabilizados responderá, em regresso, proporcionalmente à respectiva participação na irregularidade que deu ensejo à desconsideração da personalidade jurídica da sociedade.

§ 4.º A simples insuficiência de bens no patrimônio da sociedade para a satisfação de direito de credor não autoriza a desconsideração de sua personalidade jurídica.

§ 5.º A imputação de responsabilidade ao sócio ou administrador, ou a outra sociedade, em decorrência da desconsideração da personalidade jurídica da sociedade, só pode ser determinada pelo juiz, para qualquer fim, em incidente próprio, depois de assegurado o direito à ampla defesa e ao contraditório.

§ 6.º Decretada a desconsideração da personalidade jurídica, deve ser incluído no processo o nome do sócio, administrador ou da pessoa, natural ou jurídica, a quem se imputar responsabilidade.

3.2.1. Desconsideração para efeitos de responsabilidade e desconsideração para efeitos de imputação

E, logo, a primeira observação que merece a redacção do artigo 121.º do projecto é que ele se afasta da versão equivalente do *Projeto de Lei do Senado*, que autoriza uma leitura lata (à luz do que já acontece com o texto do artigo 50.º do

Código Civil): ela parece querer admitir expressamente o recurso à desconsideração da personalidade jurídica, não apenas para a tutela dos interesses dos credores sociais – vertente na qual se têm concentrado quase todas as atenções da doutrina brasileira –, mas também nos casos de desconsideração para efeitos de imputação, ou seja, aqueles casos que a desconsideração visa imputar a sócios um determinado comportamento “formalmente” adoptado pela sociedade. Por outras palavras, está em causa a distinção entre desconsideração para efeitos de responsabilidade e desconsideração para efeitos de imputação. Nesta última acepção, a desconsideração constitui um meio de reacção à utilização da sociedade, pelos sócios, para se esquivarem à aplicação de regime jurídico que, de outro modo, lhes seria aplicado – então, a interposição da personalidade jurídica de uma terceira pessoa (a sociedade) poderia, nomeadamente, permitir a fraude à lei. Pense-se, por exemplo, nos casos em que uma pessoa não pode exercer uma determinada actividade, sob pena de estar a violar uma obrigação de não concorrência, e constitui uma sociedade que tem como objecto o exercício da mesma; formalmente, não existe violação da obrigação de não concorrência por parte dessa pessoa; materialmente, e por efeito da desconsideração da personalidade jurídica da sociedade entretanto constituída, é possível imputar-lhe esse exercício e, conseqüentemente, a violação da obrigação, para o efeito de a sujeitar às respectivas consequências. Em síntese, trata-se de esclarecer que, além do abuso da autonomia patrimonial da sociedade, também o abuso de outras manifestações da personalidade jurídica pode conduzir à sua desconsideração.

Então, seria preferível um texto legal que, de modo estruturado, admitisse o recurso à desconsideração da personalidade jurídica nessas duas vertentes (para efeitos de responsabilização de sócio ou sócios, perante os credores sociais, pelas obrigações da sociedade; e para efeitos de imputação a sócio ou sócios de conhecimentos ou comportamentos da sociedade) – sempre admitindo a hipótese de ela se dar em sentido inverso. Depois, eventualmente, o legislador poderia especificar, dentro de cada um desses ramos da desconsideração, grupos de casos, como

acontece já com a referência à confusão patrimonial, no âmbito da desconsideração para efeitos de responsabilidade.

Mas na versão actual do *Projeto de Lei da Câmara* ter-se-á entendido, e bem, que a desconsideração para efeitos de imputação já se encontra regulada no artigo 50.º do Código Civil, pelo que apenas regula expressamente a desconsideração para efeitos de responsabilidade, e no específico caso de mistura de patrimónios.

3.2.2. A responsabilização dos administradores

Uma segunda observação é a que se refere à manutenção da referência aos administradores como responsáveis pelas dívidas da sociedade por efeito do recurso à desconsideração da personalidade jurídica. Em nosso entender, perdeu-se, com este projecto, a oportunidade de repensar o significado deste mecanismo e as consequências da sua aplicação, delimitando-o convenientemente do recurso à responsabilidade dos membros do órgão de administração para tutela dos interesses da sociedade e, reflexamente, dos seus credores – o que poderia eventualmente passar, com proveito para essa tutela e para a segurança jurídica, pela densificação do regime de responsabilidade dos administradores¹¹, a exemplo do que acontece noutros ordenamentos jurídicos, nomeadamente no espaço europeu e norte-americano. Aliás, a norma de teor equivalente do *Projeto de Lei do Senado* foi justamente criticada pela doutrina brasileira com este fundamento – e lamenta-se que essa crítica não tenha sido considerada¹².

¹¹ E a doutrina brasileira está bem ciente da distinção entre estas duas vias de tutela dos credores sociais. Cfr., nomeadamente, os casos de Marcella BLOK, “Desconsideração da personalidade jurídica: uma visão contemporânea”, *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, 59 (2013) 91-167, 106 s.; Luiza Rangel de MORAES, “Considerações sobre a teoria da desconsideração da personalidade jurídica e sua aplicação na apuração de responsabilidades dos sócios e administradores de sociedades limitadas e anónimas”, *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, 25 (2004) 31-48, 42 s.; Ana FRAZÃO, “Desconsideração da personalidade jurídica e tutela de credores”, 485 e 503 s.

¹² Veja-se Nelson EIZIRIK, *Estudo sobre o Projeto de Lei n.º 1572/2011, solicitado pela Confederação Nacional das Instituições Financeiras – CNF e pela ANBIMA – Associação Financeira das Entidades dos Mercados Financeiro e de Capitais: Projeto de Novo Código Comercial. Fragilidades e Deficiências*, 2012, disponível in <http://www.ibrademp.org.br/UserFiles/P_NE_EstudoProjetoNovoCodigoComer

O alcance desta destrição é mais vasto do que pode, à primeira vista, parecer. Ela reflecte a própria definição dos deveres que impendem sobre sócios, por um lado, e membros do órgão de administração, por outro; torna claro que os deveres que impendem sobre estes últimos têm como primeiro destinatário a sociedade, pelo que a sua violação levará, sempre, à sua responsabilização perante esta, para ressarcimento dos danos causados (a menos que tenha sido violada norma de protecção dos credores sociais, situação na qual se pode justificar o recurso à responsabilidade aquiliana, verificados que estejam todos os pressupostos para a sua aplicação); e esclarece que a privação de eficácia da personalidade jurídica operada pela desconsideração, do ponto de vista técnico-jurídico, apenas pode levar à imputação dos efeitos das relações jurídicas em que seja parte a sociedade àqueles que constituem o seu *abstracto* pessoal, ou seja, os sócios (uma vez que os membros do órgão de administração, enquanto tais, não integram esse *abstracto*; isso só poderá acontecer se eles forem simultaneamente sócios da sociedade cuja personalidade é desconsiderada, mas nesse caso a sua responsabilidade pelas obrigações da sociedade decorre estritamente dessa sua condição de sócio, nunca da de administrador).

3.2.3. Os grupos de casos e a fundamentação dogmática

No *Projeto de Lei do Senado*, enumeram-se os “casos” nos quais o juiz pode desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade (o que não poderá fazer oficiosamente, mas apenas a pedido – “mediante requerimento” – de parte ou do Ministério Público): são os de “confusão patrimonial, desvio de finalidade, abuso da

cial_01112012_CNF_ANBIMA.pdf>, 28. E a resposta de Fábio Ulhoa COELHO, *Contrapontos ao Parecer Sobre o Projeto de Código Comercial*, disponível in <http://www.ibrademp.org.br/UserFiles/Contrapontos_ao_Parecer_sobre_Projeto_de_Codigo_Comercial.pdf>, contraponto à crítica (54): insiste-se em que a desconsideração da personalidade jurídica leva à imputação de responsabilidade “a quem manipulou fraudulentamente a sociedade empresária cuja autonomia será desconsiderada”; e, tendo sido a manipulação fraudulenta feita pelo administrador, “a responsabilidade formalmente assumida pela sociedade empresária deve ser, depois da desconsideração, imputada ao administrador”.

forma societária ou de fraude perpetrada por meio da autonomia patrimonial da sociedade”. Ora, aqui o texto proposto afasta-se do disposto no artigo 50.º do Código Civil; recorde-se que, nesta norma, se diz que a personalidade jurídica de pessoa colectiva pode ser desconsiderada em caso de “abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial”; ou seja, tem de existir abuso da personalidade jurídica que se manifeste no desvio de finalidade ou na confusão patrimonial – e, como já ficou exposto *infra*, o desvio da finalidade não é manifestação do abuso da personalidade jurídica de pessoa colectiva, é a própria essência desse abuso institucional. Pois bem, o teor do artigo 196.º do *Projeto de Lei do Senado* revela-se, neste ponto, ainda menos fiel aos princípios da boa técnica legislativa. Aparentemente, existirão quatro grupos de casos que podem levar à desconsideração da personalidade jurídica de sociedade comercial, mas ali três deles constituem o fundamento jurídico da desconsideração: desvio de finalidade, abuso da forma societária e fraude perpetrada por meio da autonomia patrimonial da sociedade são, no domínio da desconsideração para tutela dos credores sociais, uma e a mesma realidade, ou seja, todos constituem explicação do abuso da personalidade jurídica, sem que algum deles constitua grupo de casos autónomo.

Por outras palavras, o projecto pretende fundamentar, do ponto de vista dogmático, a desconsideração da personalidade jurídica no abuso institucional da sociedade (“abuso da forma societária”); e isso mesmo será o “desvio de finalidade”, entendido como o desvio relativamente às razões que justificam a personificação da empresa societária, ligadas à função sócio-económica do instituto^{13/14}; bem como a “fraude perpetrada por meio da

¹³ Como bem nos dá conta Ana FRAZÃO, “Desconsideração da personalidade jurídica e tutela de credores”, 498, “[m]uitas vezes o desvio de finalidade é tratado como uma categoria autónoma diante do abuso de direito, quando, na verdade, é apenas um critério identificador do abuso”.

¹⁴ Embora a palavra “finalidade”, na ausência de esclarecimento, possa ser lida como “fim”, o fim lucrativo de toda a sociedade, na acepção de maximização do lucro no património social, aquele que responde perante os respectivos credores; então, os actos contrários ao fim lucrativo, além de nullos, levariam à desconsideração da personalidade jurídica da sociedade, o que não fará muito sentido neste contexto.

autonomia patrimonial”, que não é mais do que a adaptação das teorias do abuso objectivo ou institucionais da desconsideração à fundamentação da desconsideração para efeitos de responsabilidade (a lesão dos interesses dos credores sociais através da invocação da autonomia patrimonial é o abuso institucional da personalidade jurídica, no que à tutela dos credores sociais diz respeito; simplesmente, a doutrina brasileira distingue claramente a fraude do abuso do direito, através da identificação, na fraude, do *intuito de prejudicar terceiros*, o que não será essencial para que se afirme a existência de abuso¹⁵)¹⁶. Em síntese, o abuso de um direito existe

¹⁵ Cfr. Ana FRAZÃO, “Desconsideração da personalidade jurídica e tutela de credores”, 489 s. No entanto, a Autora conclui que, *em qualquer caso*, estará necessariamente em causa uma actuação incompatível com os pressupostos e funções da personalidade jurídica, pelo que se trata sempre, no fundo, do abuso institucional através do desvio de finalidade, no qual se contêm, necessariamente, o abuso objectivo e o abuso subjectivo. Por outras palavras, se basta, para que se afirme a desconsideração da personalidade jurídica, que exista abuso objectivo, ela continuará a afirmar-se se o abuso for subjectivo, uma vez que o abuso subjectivo apenas existirá se for de afirmar, simultaneamente, a existência do abuso objectivo – aquele é um *plus* relativamente a este último, que terá de estar sempre presente para que possa falar-se de abuso do instituto. Então, sempre que apenas se requer, para a desconsideração da personalidade jurídica, o abuso objectivo, abrangem-se as hipóteses de abuso objectivo e subjectivo; o inverso é que já não é verdade: se se exige a existência de abuso subjectivo, excluem-se as situações em que apenas se verifique o abuso objectivo, não acompanhado da consciência ou intenção de *distorção da realidade*. E isto mesmo pode ler-se no escrito citado (*ibid.* 489): apesar de o artigo 50.º não falar expressamente de fraude, tem-se entendido que ela está contida na definição geral de abuso do direito, que abrange a actuação intencional.

¹⁶ Neste ponto, percebe-se que o objectivo do Anteprojecto terá sido a “ampliação do âmbito de aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, relativamente ao artigo 50 do Código Civil, de inspiração sabidamente objetivista”, como consta do *Relatório Final da Comissão de Juristas para Elaboração de Anteprojecto de Código Comercial no Âmbito do Senado Federal*, de 2013, disponível in <<http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/140989.pdf>>, 20. Introduzindo-se a referência ao abuso da forma societária e à fraude perpetrada por meio da autonomia patrimonial, ter-se-á tentado dotar a norma de um cunho subjectivista – mas não é evidente que o resultado a que se chega na interpretação da norma proposta seja esse; quanto ao abuso da forma societária, pelas razões já expostas em texto; quanto à fraude, porque é duvidosa a sua autonomia dogmática e, logo, os pressupostos necessários para a afirmação da sua existência. Quanto a este último ponto, cfr. a análise de Maria de Fátima RIBEIRO, *A Tutela dos Credores da Sociedade por Quotas e a “Desconsideração da Personalidade Jurídica”*, 164 s., nota 147.

quando ele é invocado ou exercido para a prossecução de fins distintos daqueles para os quais o Direito o atribui; no abuso de um instituto, como a sociedade comercial, a sua personalidade jurídica e/ou autonomia patrimonial (que decorre da existência da personalidade) são invocadas ou utilizadas para a obtenção de um resultado que se afasta das finalidades que levaram o Direito a personificar essa pessoa colectiva.

Assim – mais uma vez –, da análise atenta do texto do artigo 196.º do *Projeto de Lei do Senado* decorre que apenas a confusão patrimonial pode ser entendida como específico grupo de casos de desconsideração (a exemplo do que já acontece ao abrigo do artigo 50.º do Código Civil). Hoje, isso resulta inequivocamente do artigo 121.º da versão actual do *Projeto de Lei da Câmara*. E esse poderá ser, a nosso ver, um ponto muito positivo: no âmbito da vertente da desconsideração para efeitos de responsabilidade, apenas deve constituir grupo de casos a confusão patrimonial, ou, como ele é comumente designado em Portugal, a mistura de patrimónios. Simplesmente, este ponto merece, como se desenvolverá *infra*, uma análise mais detalhada.

No espaço europeu, a tentativa de sistematização do recurso à desconsideração da personalidade jurídica vai sendo, como já se deduz do que fica escrito, distinta desta. Por um lado, ela parte estritamente da elaboração de grupos de casos (secundarizando o papel da sua fundamentação dogmática), pelo facto de neles não se encontrar *o mesmo sinal ou característica jurídica* – o que hipoteca a possibilidade de se encontrar uma *categoria com valor dogmático* e, portanto, de identificar aqui um instituto jurídico¹⁷. Por outro, a doutrina europeia demonstra maior afinco na sistematização desses grupos de casos, que vão evoluindo à medida que a realidade e o melhor aprofundamento do seu tratamento jurídico o vão solicitando.

O ponto de partida tem sido, desde há muito, a separação clara entre os casos de desconsideração para efeitos de imputação e aqueles outros em que se pretende a tutela dos cre-

¹⁷ Colhemos o ensinamento de Orlando de CARVALHO, “Negócio jurídico indirecto (teoria geral)”, in *Escritos. Páginas de Direito. I*, Coimbra: Almedina, 1998, 31-159, 137.

dores sociais, ou seja, os casos de desconsideração para efeitos de responsabilidade¹⁸.

Além da confusão patrimonial ou mistura de patrimónios, outros grupos de casos têm sido considerados pela doutrina europeia, ao longo do tempo, no âmbito da desconsideração da personalidade jurídica para tutela dos credores da sociedade: o controlo ou domínio da sociedade por um sócio, a subcapitalização e a “descapitalização” – sempre e apenas desde que o património da sociedade não seja suficiente para satisfazer integralmente os credores sociais (pelo que se reveste da maior importância, no estudo destas questões, a sua articulação com a análise do regime de responsabilidade de gerentes e administradores, de direito e de facto, na insolvência da sociedade¹⁹). Todavia, paulatinamente, todos têm vindo a ser excluídos do leque de casos que justificam o recurso à desconsideração da personalidade jurídica para tutela dos credores sociais²⁰.

No que respeita ao controlo ou domínio da sociedade por um sócio, a admissibilidade de constituição de sociedades unipessoais teve um papel decisivo, vindo esvaziar de sentido a possibilidade de responsabilização do sócio dominante – pois isso implicaria, necessariamente, que nas sociedades unipessoais não pudesse

¹⁸ Cfr. Maria de Fátima RIBEIRO, *A Tutela dos Credores da Sociedade por Quotas e a “Desconsideração da Personalidade Jurídica”*, 125 s., nota 109, e 134 s. (onde podem ainda colher-se as devidas referências a doutrina nacional e estrangeira). Mas note-se que já J. Lamartine Corrêa de OLIVEIRA, *A Dupla Crise da Pessoa Jurídica*, 282 s., falava de um sentido amplo e de um sentido estrito da expressão *Durchgriff*. No sentido estrito, *Durchgriff* significaria pôr de lado o princípio da separação entre a pessoa colectiva e os seus membros para fazer o sócio responder pelas dívidas da sociedade (ou vice-versa); ou seja, tartar-se-ia de *Haftungsdurchgriff*. Em sentido amplo, *Durchgriff* incluiria *Haftungsdurchgriff* e os casos em que aquele princípio é posto de lado com o objectivo de atribuir à pessoa colectiva características, atributos ou circunstâncias que se referem aos seus membros e vice-versa, ou seja, *Zurechnungsdurchgriff*.

¹⁹ Para mais desenvolvimentos, cfr. Maria de Fátima RIBEIRO, “A responsabilidade de gerentes e administradores pela actuação na proximidade da insolvência de sociedade comercial”, *O Direito*, 142/1 (2010) 81-128, 126 s.; IDEM, “A responsabilidade dos administradores na crise da empresa”, in *I Congresso Direito das Sociedades em Revista*, Coimbra: Almedina, 2011, 391-413, 391 s.

²⁰ Para outras visões, não coincidentes, vejam-se em particular António Menezes CORDEIRO, *O levantamento da personalidade colectiva*, 115 s.; Jorge Manuel Coutinho de ABREU, *Curso de Direito Comercial. Das Sociedades*, vol. II, 5.^a ed., Coimbra: Almedina, 2015, 170 s.

ser afirmada a limitação da responsabilidade do sócio único²¹. É que, subjacente ao entendimento de que este seria um grupo de casos que justificaria a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade, estava a concepção tradicional de sociedade como projecto pluripessoal (reflectida na exigência de *affectio societatis*), arredando-se a possibilidade de este instituto poder ser utilizado para a prossecução de projectos empresariais de uma só pessoa singular. Mas os problemas de tutela de credores das sociedades dominadas por um só sócio devem ser resolvidos com recurso aos mesmos meios de tutela legalmente consagrados²² – muitos dos quais aplicáveis a sociedades unipessoais e pluripessoais. Porém, a questão subsistirá para as relações de domínio (não total), no âmbito das coligações de sociedades. Aí, sempre defendemos a existência de outros mecanismos de responsabilização da sociedade dominante (nomeadamente, a responsabilidade do sócio controlador, bem como a qualificação da sociedade dominante como administrador de facto, para a sujeitar ao regime de responsabilidade dos administradores, ou a responsabilização do sócio que tenha, através da emissão de voto abusivo, feito aprovar uma deliberação em prejuízo da sociedade)²³ – e temos hoje a companhia de outros autores que analisam o tema²⁴. Porém, na doutrina brasileira existe o entendimento de que esse será um dos grupos de casos de desconsideração da personalidade jurídica a merecer desenvolvimento pela jurisprudência²⁵.

²¹ Apesar de subsistirem, no ordenamento jurídico português, normas que discriminam negativamente a sociedade unipessoal e o seu sócio único; é, nomeadamente, o caso do artigo 270.º-F, n.º 4, do CSC. Cfr. Maria de Fátima RIBEIRO, “O âmbito de aplicação do artigo 270.º-F, n.º 4, do CSC e a responsabilidade ‘ilimitada’ do sócio único”, *Direito das Sociedades em Revista*, 1/2 (2009) 201-235, *passim*.

²² Cfr. a análise de Maria de Fátima RIBEIRO, *A Tutela dos Credores da Sociedade por Quotas e a “Desconsideração da Personalidade Jurídica”*, 255 s.

²³ Cfr. Maria de Fátima RIBEIRO, “Responsabilidades nas relações de domínio”, in *III Congresso Direito das Sociedades em Revista*, Coimbra: Almedina, 2014, 425-465, 443 s.

²⁴ Cfr. Jorge Manuel Coutinho de ABREU, “Responsabilidade civil nas relações de domínio”, *Scientia Iuridica*, 61(/329 Maio-Agosto 2012) 223-246, *passim*.

²⁵ Cfr. Asdrubal Franco NASCIMBENI, “A aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica às sociedades anónimas”, *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, 61 (2013) 131-189, *passim*.

A subcapitalização (material) existe quando os sócios não dotam a sociedade, directa ou indirectamente, dos meios de financiamento necessários para a prossecução da actividade que constitui o seu objecto. Considerar que ela constitui grupo de casos de desconsideração da personalidade jurídica tem implicado a afirmação da existência de um dever de capitalização adequada, dever esse que impenderá sobre os sócios, pelo que a sua violação constituirá ilícito; sendo certo que a doutrina da subcapitalização apenas defende a responsabilização dos sócios que tenham agido com culpa (tendo tido, pelo menos, a consciência de que transferiam o elevado risco da exploração empresarial para os credores sociais), e que o seu discurso deixa clara a exigência de que estes credores não consigam satisfazer-se através do património social (esse é o dano), e que isso decorra da falta de adequada capitalização da sociedade, facilmente se intui que a tutela pretendida se extrai do instituto da responsabilidade civil, ficando afastado o cabimento da invocação da desconsideração da personalidade jurídica²⁶. Simplesmente, e em qualquer caso, para afirmar a possibilidade de responsabilização dos sócios com base na subcapitalização da sociedade sempre será necessário que se demonstre que sobre eles impende a obrigação de capitalização adequada. E, não sendo essa obrigação consagrada expressamente no ordenamento jurídico, nem dele decorrendo (antes pelo contrário: as mais recentes intervenções legislativas na matéria, em Portugal, vão no sentido de autorizar a transferência total do risco empresarial e de permitir aos sócios “desinvestir” na sociedade, tudo desde que respeitadas as regras que consagram o ordenado funcionamento

²⁶ É, nomeadamente, o caso de Paulo de Tarso DOMINGUES, “Artigo 201.º. Capital social livre”, in J. M. Coutinho de ABREU, coord., *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, vol III: artigos 175.º a 245.º, Coimbra: Almedina, 2011, 217 s.; e de Jorge Manuel Coutinho de ABREU, “Subcapitalização de sociedade e desconsideração da personalidade jurídica”, in Maria Miguel CARVALHO / Paulo de Tarso DOMINGUES, coord., *Capital Social Livre e Acções sem Valor Nominal*, Coimbra: Almedina, 2011, 37-41, 40: ao excluir a responsabilidade dos sócios perante aqueles credores “fortes” que “conheciam a situação de subcapitalização e /ou assumiram, com escopo especulativo, os riscos (quando podiam não contratar ou exigir garantias de um ou mais sócios)”, por aplicação do disposto no artigo 570.º do Código Civil (culpa do lesado), infere-se que, para o Autor, a responsabilidade dos sócios nestes casos em que defende a “desconsideração” da personalidade jurídica é, afinal, responsabilidade civil.

organizativo e contabilístico da mesma), não se vê como admitir a sua existência nem, conseqüentemente, como fundamentar a responsabilização dos sócios²⁷. No Brasil, a doutrina começou recentemente a considerar este grupo de casos (uma vez que não existe registo da sua ocorrência nos tribunais superiores), especialmente quando se trate de subcapitalização qualificada e quando esteja em causa a tutela dos chamados “credores fracos” – mas admite serem várias e complexas as questões que se colocam a esse propósito²⁸.

Depois, a “descapitalização” da sociedade, o grupo de casos mais recentemente criado (e mais rapidamente abandonado pela doutrina e jurisprudência alemãs, que o construíram), será constituído por situações nas quais os sócios desistem do projecto empresarial numa determinada sociedade, normalmente em crise, para o retomarem numa outra, expressamente constituída para o efeito. Também sempre nos manifestámos relutantes em admitir, aqui, a pertinência do recurso à desconsideração para tutela dos credores da primeira sociedade, por variadas razões. Desde logo, porque a doutrina concretizava este grupo de casos através da enumeração de actos que, pela sua natureza, apenas poderiam competir ao órgão de administração da sociedade, e não a sócios – pelo que não se poderia ponderar a sua responsabilização, por esta via. Entretanto, já se passou a entender que, na verdade, a desconsideração só deverá ter lugar quando a actuação em causa pode caber aos sócios enquanto tais, restringindo-se assim drasticamente o alcance deste grupo de casos. Então, diz-se, apenas se justificará a desconsideração pelo facto de os sócios, pretendendo dar seguimento ao projecto de exploração daquela actividade empresarial, em vez de continuarem a investir na em-

²⁷ Sobre o tema, cfr. Maria de Fátima RIBEIRO, *A Tutela dos Credores da Sociedade por Quotas e a “Desconsideração da Personalidade Jurídica”*, 180 s., nota 167; IDEM, “O capital social das sociedades por quotas e o problema da subcapitalização material”, in Maria Miguel CARVALHO / Paulo de Tarso DOMINGUES, coord., *Capital Social Livre e Acções sem Valor Nominal*, Coimbra: Almedina, 2011, 43-84, 50 s.

²⁸ Cfr. Alexandre Couto SILVA, *A Aplicação da Desconsideração da Personalidade Jurídica no Direito Brasileiro – Disregard of the Legal Entity*, 2.^a ed., Forense, Rio de Janeiro, 2009, pp. 271 ss.; Ana FRAZÃO, “Desconsideração da personalidade jurídica e tutela de credores”, 501 s.

presa societária em dificuldades – dificuldades essas que não decorram, em caso algum, da sua actuação (uma vez que, aí, outros meios de tutela são chamados a intervir) –, a abandonarem à sua sorte para iniciarem outro projecto, em tudo idêntico²⁹. Mas ainda nos parece que, aqui, se confundem questões morais ou éticas com questões jurídicas: se pode ser moralmente reprovável que não se continue a “assistir”, na crise para a qual não se contribuiu, a empresa societária, quando se tem capacidade para empreender um projecto empresarial novo e semelhante, não se pode encontrar no ordenamento jurídico qualquer norma ou princípio do qual decorra a obrigação de os sócios continuarem a investir na empresa societária, nessa ou noutra situação. Aliás, desentranha-se do mesmo, precisamente, o princípio oposto: a limitação da responsabilidade dos sócios visa permitir-lhes gerir a aversão ao risco (mesmo quando sejam sócios empresários), o que se traduz, também, em conceder-lhes a possibilidade de não responderem com o seu património pessoal pelas dívidas da sociedade, quando esta esteja insolvente (a menos que tenham, de algum modo, provocado ou agravado a insolvência da sociedade, situação na qual podem ser qualificados como gerentes ou administradores de facto para o efeito de virem a ser responsabilizados nos termos do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas). Afirmar o contrário é pôr em causa os princípios estruturantes do ordenamento jus-societário. Depois, existem ainda questões lógicas que essa doutrina deixa sem resposta: afirma que deveria existir sobretudo desconsideração da personalidade jurídica na situação em que os sócios viessem a investir, de novo, em projecto idêntico – por comparação com todos os casos em que os sócios, apesar de terem meios para apoiar a empresa societária em crise, decidem não o fazer, bem como aqueles em que decidam, além disso, investir em nova empresa societária com outro objecto³⁰. Então, o que se está a afirmar é uma limitação ao princípio da livre iniciativa económica: sempre que, ainda que por razões que

²⁹ Cfr. Jorge Manuel Coutinho de ABREU, *Curso de Direito Comercial*. II. *Das Sociedades*, 5.^a ed., Coimbra: Almedina, 2015, 170 s.

³⁰ Cfr. Jorge Manuel Coutinho de ABREU, *Curso de Direito Comercial*, II, 171.

não sejam imputáveis aos sócios, uma empresa societária está em crise, impenderá sobre eles o dever de não investirem em empresa com o mesmo objecto. Mas a afirmação desta limitação a um princípio constitucionalmente consagrado carece de fundamentação adequada, que não se pode bastar com considerações de ordem moral. E ainda ficariam por responder outras questões relevantes, como a de saber se esse suposto dever existiria para sempre, ou apenas durante um determinado período de “nojo”; ou a de apurar se ele deveria impender sobre todos os sócios, ou apenas sobre aqueles que possam ser qualificados como “empresários” (embora nos pareça que, tendo em conta a argumentação dessa doutrina, todos estão abrangidos, independentemente da sua participação no projecto inicial). De qualquer modo, deve afirmar-se que os sócios não podem adoptar comportamentos que ponham em causa o fim da sociedade: a obtenção de lucro. Se o fizerem, existem no ordenamento jurídico inúmeros meios de reacção para tutela do interesse da sociedade e, directa ou indirectamente, dos credores sociais – meios esses que a doutrina da desconsideração insiste em desconsiderar³¹...

Finalmente, a mistura de patrimónios (ou confusão patrimonial) consiste na prática de actos que não respeitam a autonomia patrimonial da sociedade, ou seja, a separação entre o património da sociedade e o património ou os patrimónios do seu sócio, ou dos seus sócios. Contudo, perante a prática de actos que não respeitam a autonomia patrimonial da sociedade não pode afirmar-se, sem mais, que se está perante um caso de desconsideração da personalidade jurídica da sociedade. Tem-se entendido, e bem, que perante actos isolados, identificáveis, existem meios legais que proporcionam a adequada tutela dos interesses da sociedade e dos seus credores (*v.g.*, o recurso aos chamados meios de conservação do capital social, bem como a declaração de nulidade ou à impugnação pauliana de tais actos). Então, é a esses meios de tutela que se deve recorrer³². Sim-

³¹ Para uma análise de alguns desses meios no ordenamento jurídico português, cfr. Maria de Fátima RIBEIRO, “Desconsideração da personalidade jurídica e tutela de credores”, 543 s.

³² Cfr. Maria de Fátima RIBEIRO, *A Tutela dos Credores da Sociedade por Quotas e a “Desconsideração da Personalidade Jurídica”*, 262 s.

plesmente, em determinadas situações, sobretudo quando não exista o respeito pelas regras que impõem a existência de uma contabilidade organizada e transparente (nos chamados casos de “opacidade contabilística”), é impossível, por esses meios, reintegrar o património da sociedade, até porque se ignora o que deve integrá-lo³³. Aí, a autonomia patrimonial da sociedade deixou de existir, pela actuação do(s) sócio(s), pelo que não lhe(s) deverá ser permitido invocá-la perante os credores sociais; logo, está justificada a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade, a fim de se fazer responder pelas obrigações desta o património do(s) seu(s) sócio(s)³⁴.

Esta enunciação dos casos em que pode ou poderia haver desconsideração da personalidade jurídica não prescinde, naturalmente, da explicitação da mesma, da sua fundamentação dogmática. Na linha proposta pelo *Projeto de Lei do Senado*, embora reclamando uma formulação distinta (por nele se confundir fundamentação dogmática com grupos de casos), tratar-se-á de desvio de finalidade, ou seja, de abuso da forma societária ou da autonomia patrimonial da sociedade.

Em conclusão, se se pretendem enumerar grupos de casos de desconsideração da personalidade jurídica para efeitos de responsabilidade, eles poderão ser a confusão patrimonial (como consta do artigo 50.º do Código Civil e das normas em análise do projecto de Código Comercial), bem como, se assim se entender, o domínio da sociedade por um sócio, a subcapitalização, ou a descapitalização. O *desvio de finalidade*, o *abuso da forma societária* ou a *fraude perpetrada por meio da autonomia patrimonial* (tal como referidos no Projeto de Lei do Senado) não são grupos de casos que justifiquem a aplicação deste mecanismo – constituem meios de a fundamentar³⁵. Assim sendo, para que exista desconsidera-

³³ Razão pela qual defendemos que se deve inverter o ónus da prova, uma vez que a situação de “opacidade contabilística” foi provocada pela parte contra a qual se invoca a desconsideração; por outras palavras, deve deslocar-se esse ónus para a esfera da parte que tiver culposamente tornado impossível a prova ao que seria normalmente onerado.

³⁴ E aqui, em nosso entender, de todos aqueles que provocaram a situação de mistura de patrimónios, e ainda dos que nisso consentiram ou que disso retiraram qualquer espécie de benefício.

³⁵ E parece evidente que a doutrina já o identificou, quando afirma

ção da personalidade jurídica, a verificação de um grupo de casos não é suficiente, devendo cumulativamente verificar-se que por meio dela existiu então *desvio de finalidade*, *abuso da forma societária* ou *fraude*. Nesta impositação se revê a generalidade da doutrina e jurisprudência europeia sobre o tema, independentemente do maior ou menor alcance e intensidade que a figura da desconsideração acabe por revestir, ou do mais ou menos numeroso grupo de casos que se aceitem.

Em qualquer caso, é sempre de afirmar a subsidiariedade do recurso à desconsideração da personalidade jurídica. Nos ordenamentos jurídicos onde este mecanismo não encontra consagração legal expressa (ou seja, na generalidade dos ordenamentos), a subsidiariedade impõe-se porque as regras de desenvolvimento do Direito impõem o recurso às soluções legais vigentes que se mostrem aptas a resolver satisfatoriamente o problema da tutela dos credores sociais³⁶ – apenas na sua ausência, ou insuficiência, será permitido o recurso a um mecanismo que parece corresponder à concretização de princípios gerais de Direito, preenchendo o intérprete ou julgador, por esse meio, uma possível lacuna³⁷. Mas também naqueles ordenamentos, como o brasileiro, em que existe previsão legal que determine o recurso à desconsideração da personalidade jurídica pode afirmar-se aquele princípio de subsidiariedade; pois não deve ignorar-se que a responsabilização

que à confusão patrimonial não se reconhece autonomia para o efeito de levar à desconsideração da personalidade jurídica, exigindo-se que exista abuso do direito ou fraude, “levados a cabo por esse meio”. Cfr. Marcella BLOK, “Desconsideração da personalidade jurídica: uma visão contemporânea”, 11; Alexandre Couto SILVA, *A Aplicação da Desconsideração da Personalidade Jurídica no Direito Brasileiro*, Rio de Janeiro: Forense, 2011, 489.

³⁶ Embora nem sempre a sua aplicação seja a via escolhida pelo intérprete. A este propósito, cfr. os comentários de Maria de Fátima RIBEIRO, “Da pertinência do recurso à ‘desconsideração da personalidade jurídica’ para tutela dos credores sociais”, *Cadernos de Direito Privado*, 27 (2009) 35-56; e IDEM, “Contrato de franquia (franchising): o recurso à ‘desconsideração da personalidade jurídica’ para tutela dos interesses do franquidor (Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 22 de Junho de 2009)”, *Cadernos de Direito Privado*, 35 (2011) 22-40.

³⁷ Cfr. Maria de Fátima RIBEIRO, “Desconsideração da personalidade jurídica e tutela de credores”, in Fábio Ulhoa COELHO / Maria de Fátima RIBEIRO, coord., *Questões de Direito Societário em Portugal e no Brasil*, Coimbra: Almedina, 2012, 515-555, 519 s.

dos sócios pelas dívidas de uma sociedade “de capitais” constitui um entorse ao princípio da responsabilidade limitada e à autonomia patrimonial das sociedades comerciais (que é consequência da sua personificação jurídica)³⁸.

3.2.4. As pessoas afectadas pela desconsideração da personalidade jurídica

Determina o §1.º do artigo 121.º do projecto que “[s]erá imputada responsabilidade exclusivamente ao sócio ou administrador que tiver praticado a irregularidade que deu ensejo à desconsideração da personalidade jurídica da sociedade.”

Este esclarecimento é relevante: uma das questões mais complexas no âmbito da análise do recurso à desconsideração da personalidade jurídica tem sido a da determinação daqueles a quem devem ser imputados os seus efeitos. Dando como assente que a referência aos administradores, nesta sede, não é adequada (pelas razões que se expõem *supra*), o texto da norma proposta merece dois tipos de observações.

Desde logo, é curioso que se detenha na vertente da desconsideração em que é *imputada responsabilidade*, restringindo então o seu âmbito de aplicação, desnecessariamente, aos casos de desconsideração para efeitos de responsabilidade – o seu consequente faz todo o sentido (ou ainda mais sentido) nos casos de desconsideração para efeitos de imputação, pois aí devem imputar-se, nomeadamente, os actos ou conhecimentos apenas àquele sócio que os praticou ou possui, e não aos restantes.

Depois, toma-se uma clara opção em questão que não tem tido resposta consensual: a de saber se por efeito do recurso à desconsideração para efeitos de responsabilidade devem ser chamados a responder perante os credores sociais apenas aqueles sócios que praticaram os factos que justificam a aplicação deste mecanismo, ou também aqueles que conheceram ou beneficiaram com a prática desses factos – excluída que fica a razoabilidade de se incluírem, nesses efeitos, mesmo aqueles sócios que os igno-

³⁸ Cfr. Ana FRAZÃO, “Desconsideração da personalidade jurídica e tutela de credores”, especialmente 513.

ravam e em nada foram beneficiados. A verdade é que a doutrina e a jurisprudência alemãs, por exemplo, se têm inclinado para a responsabilização de todos aqueles sócios que não ignoravam a prática dos actos, bem como daqueles que com ela beneficiaram, mas em Portugal não existe consenso. Em nosso entender, justificar-se-ia a extensão dos efeitos da desconsideração a estes sócios, não apenas porque eles de algum modo “participam” na actuação que provocou o recurso à desconsideração, mas até porque o legislador português também os responsabiliza pelos actos praticados antes do registo (numa fase em que, portanto, a sociedade – ainda – não tem personalidade jurídica)³⁹.

3.3. O § 4.º do artigo 121.º do Projeto de Lei da Câmara

O § 4.º do artigo 121.º do projecto tem sido, talvez, o mais controvertido nesta matéria: nele se prevê que “[a] simples insuficiência de bens no património da sociedade para a satisfação de direito de credor não autoriza a desconsideração de sua personalidade jurídica” – o que, à distância, nos parece que deveria ser evidente e, portanto, não carecer de previsão expressa. Esta tem sido, aliás, a crítica de que esta norma (estritamente dirigida à vertente da desconsideração para efeitos de responsabilidade) é alvo.

Em termos de pura técnica legislativa, essa crítica afigura-se-nos pertinente: se no projecto existe já a previsão de que a sociedade comercial tem personalidade jurídica, dela decorre a sua autonomia patrimonial e, portanto, a insensibilidade dos patrimónios dos sócios relativamente às dívidas da mesma (pelas quais deve responder o património social). Todavia, um dos autores do projecto reclama a pertinência de tal disposição, atenta a realidade que se vive no Brasil, no que respeita à aplicação do mecanismo da desconsideração de sociedade comercial para tutela dos credores sociais; razões didácticas justificariam, então, a sua presença num projecto de Código Comercial, e a *occasio legis* determinaria o seu conteúdo. Será assim?

A resposta a esta questão impõe um estudo, ainda que

³⁹ Cfr. Maria de Fátima RIBEIRO, *A Tutela dos Credores da Sociedade por Quotas e a “Desconsideração da Personalidade Jurídica”*, 343 s.

necessariamente perfunctório, do tratamento que tem merecido este mecanismo no espaço jurídico brasileiro. E deve-se começar por esclarecer que, nesse espaço, a própria elaboração de uma *teoria menor* da desconsideração coloca fortes reservas a quem tente criticar o teor da norma proposta; pois é ou deveria ser impen-sável que se afirme, como se faz nos termos dessa teoria, que os sócios podem ser chamados a responder pelas dívidas de uma sociedade comercial, desde que o património da sociedade seja insuficiente para a sua satisfação. Porém, a realidade doutrinal e, sobretudo, a prática jurisprudencial brasileira têm demonstrado que, ao arrepio da afirmação da personalidade jurídica das sociedades comerciais, e da limitação da responsabilidade dos seus sócios nos dois tipos societários mais presentes (ou quase os únicos presentes) no panorama económico brasileiro (a exemplo do que acontece no resto do mundo), tem existido a tendência para, sistematicamente, desconsiderar a personalidade jurídica de sociedade comercial pela mera verificação da insuficiência do seu património para satisfazer os credores sociais, com base na aplicação do disposto no artigo 50.º do Código Civil – especialmente nos âmbitos fiscal e laboral (já que noutros âmbitos, como o da defesa do consumidor, ou dos crimes ambientais, existem até normas de direito especial que parecem consagrar expressamente essa teoria menor da desconsideração⁴⁰)⁴¹.

⁴⁰ É o que decorre do artigo 28 §5 do Código de Defesa do Consumidor, bem como do artigo 4 da Lei de Crimes Ambientais – e é nessa acepção que o Superior Tribunal de Justiça tem interpretado e aplicado estas normas, apesar da discordância de boa parte da doutrina. Cfr. Ana FRAZÃO, “Desconsideração da personalidade jurídica e tutela de credores”, 491.

⁴¹ Cfr. Marcella BLOK, “Desconsideração da personalidade jurídica: uma visão contemporânea”, 93. Para o domínio fiscal, cfr. a análise de Tula WESENDONCK, “Desconsideração da personalidade jurídica: uma comparação do regime adotado no direito civil e no direito tributário”, *Revista dos Tribunais*, 915 (2012) 353-375, 366 s. A Autora salienta o facto de, no âmbito do direito tributário, a desconsideração aparecer relacionada com a dissolução irregular, que constitui causa de responsabilidade dos sócios, por imposição do artigo 134 do Código Tributário Nacional – e haverá dissolução irregular quando existam indícios como o da inexistência de bens penhoráveis no património da sociedade, o abandono da empresa societária, ou a mera cessação da respectiva actividade.

Ora, supostamente, o artigo 50.º do Código Civil consagra a teoria maior da desconsideração: nesta acepção, a mera insuficiência patrimonial não basta para que se desconsidere a personalidade jurídica da pessoa colectiva, levando aqueles que integram o substracto pessoal da mesma a responder pelas suas dívidas; ao invés, exige-se que tenha existido, por parte desses membros, o “abuso da personalidade jurídica”⁴². Mas a actuação dos tribunais, embora criticada por significativa parte da doutrina⁴³, tem levado à aplicação da norma, quando estão em causa sociedades comerciais por cujas obrigações os sócios não respondem, como se ela não exigisse mais, para a aplicação da sua estatuição, do que a insuficiência do património da sociedade para satisfazer os credores sociais – e isto, curiosamente, quer quando está em causa a tutela de credores “fracos”, como é o caso dos

⁴² Neste sentido, cfr. Ana FRAZÃO, “Desconsideração da personalidade jurídica e tutela de credores”, 490 s.

⁴³ Na interpretação desta norma, a doutrina brasileira debate particularmente a questão de saber se a confusão de patrimónios pode constituir, por si só, fundamento para a desconsideração da personalidade jurídica. Para a generalidade dos autores, a resposta deve ser negativa, uma vez que apenas “aquela [confusão patrimonial] que reflita um abuso na utilização da personificação” pode levar à desconsideração da personalidade jurídica (cfr. Oksandro GONÇALVES, *Desconsideração da Personalidade Jurídica*, Curitiba: Juruá, 2004, 80 s.). Todavia, foi desenvolvida uma teoria menor da desconsideração, nos termos da qual o artigo 50 do Código Civil estabeleceu como pressuposto da desconsideração a mera confusão patrimonial, com o fim de facilitar a tutela dos direitos em causa, uma vez que a prova do uso fraudulento ou abusivo do instituto pode levantar inúmeras dificuldades aos interessados – pelo que estaríamos aqui, então, perante uma presunção, ou uma inversão do ónus da prova. Ora, há muito que parece existir consenso quanto à excessiva recepção da figura pelos tribunais (cfr. José Edwaldo Tavares BORBA, *Direito Societário*, 10.^a ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2007, 36 s.), criticando-se a consagração jurisprudencial da teoria menor da desconsideração, que leva à responsabilização de um sócio ou administrador solvente de uma sociedade comercial sempre que o património desta última se revele insuficiente para o cumprimento das suas obrigações, independentemente da ocorrência de quaisquer outros pressupostos (cfr. Fábio Ulhoa COELHO, *Curso de Direito Comercial. Volume 2. Direito de Empresa. Sociedades*, 59 s.). Outros domínios que têm merecido a análise dos autores são o da compatibilização entre o artigo 50 do Código Civil e as previsões legislativas em que, especificamente e nas mais diversas áreas, o legislador responsabilizou directamente sócios ou administradores da pessoa colectiva (cfr. Thereza Christina NAHAS, *Desconsideração da Pessoa Jurídica. Reflexos Cíveis e Empresariais nas Relações de Trabalho*, São Paulo: Atlas, 2004, 156 s.; Fábio Ulhoa COELHO, *Curso de Direito Comercial. Volume 2. Direito de Empresa. Sociedades*, 70 s.

trabalhadores, quer quando a mesma se dirige a credores “fortes”, como é o caso da administração fiscal.

Assim, a orientação dos tribunais não pode ser exclusivamente justificada, nesta matéria, pela necessidade de proteger especialmente todos aqueles que, suportando no mercado as consequências da transferência do risco empresarial (por intermédio da limitação da responsabilidade dos sócios na exploração da empresa societária), não têm a oportunidade de assegurar a satisfação dos seus créditos, ou a força negocial necessária para o fazer. Este argumento, trazido à colação por alguma da doutrina que analisa a desconsideração da personalidade jurídica⁴⁴, nem justificaria, a nosso ver, a adesão a uma teoria menor da desconsideração, uma vez que a personificação das sociedades comerciais (com a conseqüente existência da autonomia patrimonial das mesmas) e a atribuição, aos sócios, do benefício da responsabilidade limitada têm precisamente a finalidade de permitir que empresários e investidores possam gerir a sua aversão ao risco, externalizando-o⁴⁵. As vantagens que daqui resultam para todos são evidentes: estes instrumentos jurídicos constituem os pilares do desenvolvimento económico⁴⁶, pelo que apenas podem ser ultrapassados ou afastados quando a eles se tenha recorrido para a prossecução de finalidades distintas daquelas que justificam a sua existência. Ora, a mera insuficiência patrimonial de uma sociedade, sem que se demonstre que ela ocorre por razões que não se limitem ao funcionamento do mercado e ao risco que isso

⁴⁴ Cfr. a análise de Ana FRAZÃO, “Desconsideração da personalidade jurídica e tutela de credores”, 495. A Autora acrescenta que, uma vez que a adopção da teoria menor impede o empresário de gerir a aversão ao risco através da personalidade jurídica da sociedade comercial, ele se verá obrigado a externalizá-lo por outros meios, como o aumento do preço de bens e serviços – em qualquer caso, o empresário irá sempre transferir o risco para o mercado. Mas também existe o perigo de que comece a estar em causa a própria iniciativa empresarial, dada a insegurança gerada. Cfr. Marcella BLOK, “Desconsideração da personalidade jurídica: uma visão contemporânea”, 93.

⁴⁵ Cfr. Maria de Fátima RIBEIRO, *A Tutela dos Credores da Sociedade por Quotas e a “Desconsideração da Personalidade Jurídica”*, cit., pp. 58 ss., especialmente nota 67.

⁴⁶ Cfr. a análise de Frank H. EASTERBROOK / Daniel R. FISCHER, “Limited liability and the corporation”, *University Chicago Law Review*, (1985) 89-117, *passim*.

inevitavelmente comporta, não pode justificar o afastamento da sua personalidade, para o efeito de fazer o património dos sócios responder pelas obrigações sociais, seja perante credores “fortes”, seja perante credores “fracos” (que, de resto, também não merecem da ordem jurídica nenhum tratamento especial quando estejam em causa créditos a pessoas singulares; por outras palavras: também os trabalhadores de um empresário que exerça a sua actividade em nome individual apenas têm como garantia dos seus créditos o património desse empresário, igualmente sujeito ao risco de mercado).

Certo é que os tribunais brasileiros, à margem do referido argumento, têm aderido à teoria menor da desconsideração até quando estão em causa credores como o Estado, que dificilmente poderão ser considerados credores “fracos”, uma vez que no seu relacionamento com os contribuintes, pessoas singulares ou colectivas, existe sempre uma supra-infra ordenação, reflectida na própria consagração legal de meios que lhe permitem acautelar adequadamente os seus interesses.

Pelo exposto, podemos concordar que, nesta fase, se justifica uma intervenção legislativa “pedagógica”, como defende Ulhoa Coelho⁴⁷, sob pena de se correr o risco de os tribunais virem a interpretar o texto desta norma do projecto à luz da teoria menor da desconsideração, como já fazem em relação a texto legal semelhante.

3.4. O § 5.º do artigo 121.º do Projeto de Lei da Câmara

O § 5.º do artigo 121.º do projecto é, simultaneamente, uma norma de natureza material e processual. Pois nele se dispõe que a desconsideração da personalidade jurídica para efeitos de responsabilidade apenas pode ser *determinada pelo juiz, para qualquer fim, em ação ou incidente próprio*. E esta é a sua vertente material.

⁴⁷ No já referido texto *Contrapontos ao Parecer Sobre o Projeto de Código Comercial*, disponível in <http://www.ibrademp.org.br/UserFiles/Contrapontos_ao_Parecer_sobre_Projeto_de_Codigo_Comercial.pdf>, contrapon-to à crítica (55), onde Ulhoa Coelho responde à crítica de Nelson Eizirik de que a norma é “absolutamente desnecessária”, no também já referido *Estudo sobre o Projeto de Lei n.º 1572/2011*, 29.

Mas a previsão legal abrange estritamente os casos de *imputação de responsabilidade ao sócio ou administrador, ou a outra sociedade*; ou seja, os casos de desconsideração para efeitos de responsabilidade – sendo que, a nosso ver, se justificaria que a estatuição da norma fosse aplicável também aos casos de desconsideração para efeitos de imputação.

Depois, impõe-se que o juiz apenas possa imputar essa responsabilidade *ao sócio ou administrador, ou a outra sociedade*, “depois de assegurado o direito à ampla defesa e ao contraditório”. Pois bem, em nosso entender, esta é a vertente adjectiva do preceito, uma vez que não se limita a estabelecer a competência do juiz, mas estabelece regras de carácter processual para a *ação ou incidente próprio*. E, nesta parte, a norma diz mais do que deveria dizer, em nosso entender.

Desde logo, porque o direito à ampla defesa e ao contraditório está constitucionalmente consagrado (no artigo 5.º, inciso LV, da Constituição da República Federativa do Brasil)⁴⁸. Dir-se-á que, também aqui se justificaria, todavia, a afirmação da função pedagógica da lei⁴⁹. E esse argumento poderia valer, não fosse o facto de estar prestes a entrar em vigor um novo Código de Processo brasileiro, que prevê e regula um incidente próprio para a desconsideração da personalidade jurídica, no âmbito do qual está plenamente assegurado o respeito por esse princípio (e que analisaremos *infra*). Então, por razões ligadas à unidade do sistema jurídico, e ao lugar sistemático das normas, a boa técnica legislativa aconselharia a que fosse eliminada do artigo 198.º do projecto a parte da norma que se refere ao direito à ampla defesa e ao contraditório.

⁴⁸ De resto, esta norma foi considerada *inútil* por Nelson EIZIRIK, *Estudo sobre o Projeto de Lei n.º 1572/2011*, 29, com base no facto de “apenas repetir dispositivo já assegurado pela Constituição Federal”.

⁴⁹ É o entendimento de Fábio Ulhoa COELHO, *Contrapontos ao Parecer Sobre o Projeto de Código Comercial*, contraponto à crítica (56).

3.4.1. A desconsideração da personalidade jurídica e o processo civil

No processo civil brasileiro não existe regulação específica para o incidente da desconsideração da personalidade jurídica, ao contrário do que passará a acontecer: o novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015, de 17 de Março, que entrará em vigor um ano após a sua publicação) prevê e regula especificamente esse incidente, nos artigos 133.º a 137.º (consagrando soluções muito próximas daquelas a que já se chegava na prática, embora algumas delas fossem controvertidas⁵⁰), sendo ainda relevantes na matéria os artigos 674.º, 790.º, 792.º, 795.º, 932.º, 1015.º. Da análise destas normas decorre precisamente que a *ratio* do regime

⁵⁰ Na verdade, já se admitia que o pedido de desconsideração da personalidade jurídica pudesse ser formulado pela parte ou pelo Ministério Público, originariamente ou incidentalmente (situação na qual se falava de “incidente”), em qualquer fase do processo, em acção declarativa ou executiva (embora a natureza jurídica processual do incidente fosse sempre declarativa, ainda quando o pedido de desconsideração tivesse sido formulado no decurso e no âmbito de processo executivo; cfr. BRUNO GARCIA REDONDO, “Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica: breves apontamentos”, *Revista Dialéctica de Direito Processual*, 112 [2012] 16-30, 22 s.). Simplesmente, não era consensual a qualificação do envolvimento dos sócios e/ou administradores no processo. Podia entender-se existir litisconsórcio passivo (inicial ou ulterior, consoante a fase em que fosse formulado o pedido); consequentemente, o sócio ou administrador era considerado terceiro até à sua citação para contestar (e nesta fase apenas poderia defender-se com recurso a meios processuais acessíveis a terceiros, como a dedução de embargos de terceiros), passando a ser parte da relação processual depois disso. Mas este entendimento não era pacífico, uma vez que também se entendia na doutrina que os sócios ou administradores seriam sempre terceiros no processo, cabendo o estatuto de parte apenas à sociedade cuja personalidade jurídica se pretendia desconsiderar. Sobre o tema, cfr. Elias Marques de Medeiros NETO, “Breves apontamentos de direito material e processual sobre a desconsideração da personalidade jurídica”, *Revista Dialéctica de Direito Processual*, 99 (2011) 23-31, 29 s. Consensual era o entendimento de que ao sócio ou administrador eventualmente afectado pela desconsideração deveria ser assegurado o direito, constitucionalmente consagrado, ao contraditório e à ampla defesa. Cfr. Bruno Garcia REDONDO, “Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica: breves apontamentos”, 25 s. Sobre as especificidades processuais do recurso à desconsideração da personalidade jurídica, nos termos em que foi consagrado pelo artigo 50 do Código Civil, cfr. Osmar Vieira da SILVA, *Desconsideração da Personalidade Jurídica. Aspectos Processuais*, Rio de Janeiro / São Paulo: Renovar, 2002, especialmente 153 s.

estabelecido é sobretudo a de assegurar o direito à ampla defesa e ao contraditório, como passa a expor-se.

Nos artigos 133.º a 137.º – que constituem o Capítulo IV (*Do incidente de desconsideração da personalidade jurídica*) do Título III (*Da intervenção de terceiros*) do Livro III (*Dos sujeitos do processo*) do Código – determina-se, em síntese, que o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, cujo regime se aplica também às hipóteses de desconsideração inversa, é instaurado a pedido da parte (ou do Ministério Público, nos casos em que lhe couber intervir no processo). Não se prevêem aqui, uma vez que se trata de matéria de direito substantivo, as situações em que pode ser pedida a desconsideração (e ultrapassam-se, assim, as críticas que eram feitas ao Anteprojecto de novo Código de Processo Civil⁵¹), estabelecendo-se apenas que o pedido *observará os pressupostos previstos na lei* e que *o requerimento deve demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos para desconsideração da personalidade jurídica*. Acrescenta o § 4.º do artigo 795.º que para a desconsideração da personalidade jurídica é obrigatória a observância deste incidente.

Haverá lugar ao incidente quando a desconsideração não tenha sido requerida na petição inicial, uma vez que, nesse caso, o sócio será citado. Se a desconsideração não foi requerida na petição inicial, o incidente – cuja instauração suspenderá o processo – pode ter lugar em todas as fases do processo, quer em sede de acção declarativa⁵², quer de acção executiva.

⁵¹ Em cujo artigo 62 se determinava que o juiz, *em caso de abuso da personalidade jurídica*, poderia decidir desconsiderá-la. As alterações introduzidas entretanto no Anteprojecto, nesta matéria, levaram à aprovação pelo Senado Federal, em 2010, de um texto no qual, além deste vício, se introduziu outro: o artigo 77 do Projeto continuava a afirmar que o juiz pode desconsiderar a personalidade jurídica *em caso de abuso da personalidade jurídica*, mas afirmava agora que, em resultado, os efeitos de certas e determinadas obrigações poderiam ser “estendidos aos bens particulares dos administradores ou dos sócios da pessoa jurídica ou aos bens de *empresa do mesmo grupo económico*”. Apenas com o parecer de 2012 de Comissão Especial criada expressamente para se pronunciar sobre o Projeto de Lei o texto proposto foi definitivamente expurgado do seu conteúdo de natureza material.

⁵² O que alguns autores criticam, com o argumento de que o objetivo pretendido com o incidente é o de estender os efeitos subjectivos do título executivo – aliás, a sociedade pode nem vir a ser condenada, ou não estar insolvente. Com este entendimento, cfr. nomeadamente Handel Martins DIAS, “Análise crítica do projeto de novo Código de Processo Civil com relação à

O artigo 135.º estabelece que, instaurado o incidente, “o sócio ou a pessoa jurídica será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 (quinze) dias”. Pois bem, se nas normas de direito substantivo brasileiro que regulam a desconsideração da personalidade jurídica se dispõe sempre que ela tem por objectivo responsabilizar os sócios e os administradores da pessoa colectiva, não se percebe que nesta norma não se preveja expressamente que a instauração deste incidente leva, ainda, à citação dos administradores afectados pelo pedido de desconsideração, se for o caso. É certo que o legislador pode ter partido do princípio de que, com a citação da *pessoa jurídica*, os administradores tomam necessariamente conhecimento do pedido, podendo reagir no referido prazo. Porém, além de tecnicamente incorrecta, esta não é uma solução satisfatória no que respeita ao já referido direito à ampla defesa e ao contraditório: é que os administradores actuais, que o são ao tempo da citação da sociedade, podem não ser os mesmos administradores relativamente aos quais se pretende que o pedido de desconsideração produza os seus efeitos – e não pode esquecer-se que a responsabilidade deve ser imputada *exclusivamente ao sócio ou administrador que tiver praticado a irregularidade que deu ensejo à desconsideração da personalidade jurídica da sociedade*, como se esclarece no § 1.º do artigo 121.º do projecto de Código Comercial.

Finalmente, cabe sempre recurso da decisão interlocutória que versar sobre incidente de desconsideração da personalidade jurídica, nos termos do artigo 1015.º IV do Código de Processo Civil.

Depois, para tutela dos credores da sociedade, determina o artigo 790.º VII que se o pedido de desconsideração for acolhido *são sujeitos à execução os bens do responsável, nos casos de desconsideração da personalidade jurídica*; e também que a alienação ou oneração de bens deste será ineficaz em relação ao requerente se havida em *fraude de execução* – e nos casos de desconsideração da personalidade jurídica ela verificar-se-á, nos termos do disposto no § 3.º

desconsideração da personalidade jurídica”, *Revista Síntese Direito Empresarial*, 32 (2013) 48-76, 69 s., para quem só a pessoa jurídica tem legitimidade passiva em acção declarativa, uma vez que foi ela quem assumiu a obrigação perante o credor, não o sócio ou o administrador.

do artigo 792.º, a partir da citação da parte cuja personalidade se pretende desconsiderar.

Acresce ao exposto que ainda será possível que *quem sofre constrição judicial de seus bens por força de desconsideração da personalidade jurídica de cujo incidente não fez parte* seja considerado *terceiro*, para efeitos de inibir ou desfazer “constrição ou ameaça de constrição sobre bens que possua ou sobre os quais tenha um direito incompatível com o ato constitutivo”, por meio de embargos de terceiro (como resulta da leitura conjugada do corpo do artigo 674.º e do seu § 2.º III). Ou seja, se por qualquer razão aquele cujo património que se pretende fazer responder pelas dívidas da sociedade, em consequência do recurso à desconsideração da personalidade jurídica, não tiver feito parte do incidente aqui descrito, pode deduzir embargos de terceiro, a fim de evitar a produção desses efeitos na sua esfera jurídica.

4. Síntese conclusiva

Com esta exposição não se pretendeu mais do que apreciar a evolução (real e previsível) da figura da desconsideração da personalidade jurídica na realidade e na lei brasileira – sempre numa perspectiva portuguesa (bem distinta desta, em quase todos os planos). Essa análise permite concluir que a aplicação, pelos tribunais brasileiros, da figura da desconsideração se tem revelado demasiado profícua, frequentemente infundada e, portanto, geradora de grande insegurança jurídica. Neste contexto, é particularmente importante e urgente uma criteriosa intervenção legislativa neste domínio (ponderados alguns pontos que se afiguram menos positivos nos projectos existentes), tanto a nível material como a nível processual – razão pela qual se lamenta o impasse a que se encontra sujeita a regulação substantiva (uma vez que, a nível adjectivo, ela já existe) da desconsideração da personalidade jurídica.

DANO DA PRIVAÇÃO DO USO*

PAULO MOTA PINTO

1. O problema

Tradicionalmente (e na linha da proposta de Friedrich Mommen¹) reconduz-se a noção de dano relevante para a obrigação de indemnização, no nosso direito (cf. o artigo 566.º, n.º 2, do Código Civil) e no direito alemão, à chamada “fórmula da diferença”: o dano patrimonial é igual à diferença entre a situação patrimonial em que estaria o lesado se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação e a sua situação patrimonial estaria

* Texto que serviu de base à conferência proferida em 9 de novembro de 2017 nas *I Jornadas Luso-Brasileiras de Responsabilidade Civil – 50 anos em Portugal, 15 no Brasil*, que decorreram na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

¹ Friedrich MOMMSEN, *Zur Lehre von dem Interesse, Beiträge zum Obligationenrecht*, II, Braunschweig: Schwetschke, 1855, 3: “Mais precisamente, por interesse, no seu sentido técnico, entendemos a diferença entre o valor do património de uma pessoa, tal como ele existe num certo momento, e o valor que este património teria no momento em questão sem a interposição de um certo acontecimento danoso” (tal momento poderia ser diversamente fixado, mas, para Mommsen, seria o momento presente).”

atual (ou “no momento mais recente que puder ser atendido pelo tribunal”). Um dos problemas em que tal “fórmula da diferença” encontrou manifestas dificuldades foi, porém, o da explicação da indemnização pela privação do uso.

Não estão em causa as hipóteses em que a privação do uso se reflete imediatamente no património, quer como lucro cessante (por exemplo, pela falta de percepção de rendas ou alugueres)² quer como dano emergente (pelos custos locativos de um outro bem), em que a existência de um dano patrimonial ressarcível não é problemática³. Por outro lado, também não está em causa a reconstituição natural, nos termos do artigo 566.º, n.º 1, mas antes

² V. agora uma referência expressa a lucros cessantes decorrentes da imobilização de um veículo (embora não à privação do uso), no novo artigo 20.º-B, n.º 1, al. c), aditado ao Dec.-Lei n.º 522/85, de 31 de Dezembro, pelo Dec.-Lei n.º 83/2006, de 3 de Maio.

³ Concedendo uma indemnização pelas despesas efectuadas por causa da privação do uso do veículo, designadamente com o aluguer de outra viatura, v., por ex., os acs. do TRF de 12 de Fev. de 1987 (relator: Faria de Sousa; CJ, [1987/1] 300) e 2 de Maio de 2002 (proc. n.º 288/02, in António Abrantes GERALDES, *Temas da responsabilidade civil — 1: Indemnização do dano da privação do uso*, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2005, 132-137), do TRC de 26 de Abr. de 1990 (CJ [1990/2] 73; relator: Pires de Lima) e do STJ de 19 de Fev. de 2002 (relator: Tomé de Carvalho, rev. n.º 4396/01, in *Base Jurídico-Documental do ITIJ — www.dgsi.pt*) e 27 de Fev. de 2003 (relator: Ferreira Girão, in CJ-STJ, (2003/1) 112-114, também em CDP, 3 (2003) 52-62, com anot. de J. GOMES, “Custo das reparações, valor venal ou valor de substituição?”). Noutras casos estão em causa os lucros cessantes em resultado da impossibilidade de utilização da viatura (por ex., para a atividade de transporte oneroso) — v. os acórdãos do TRL de 6 de Nov. de 2001 (proc. 681/00, relator: A. A. GERALDES) e do TRP de 10 de Jan. de 2002 (rel. J. J. Sousa LEITE), in A. A. GERALDES, *Temas da responsabilidade civil — 1*, 101-17 (onde se podem colher mais elementos jurisprud. — v. anexos, 87 s.). V. também, para um caso de privação de uso de uma máquina, o ac. do TRL de 1 de Jul. de 2003 (rel. M. Rosário Morgado, in A. A. GERALDES, *Temas da responsabilidade civil — 1*, 209-13).

É também claro que as despesas (imposto automóvel, seguro, garagem, etc.) suportadas com a coisa de cujo uso o titular se viu privado são um “dano mínimo” patrimonial a cujo ressarcimento ele tem direito. V. assim já o BGH, numa decisão de 30 de Set. de 1963, NJW, (1964) 717-8. Na doutrina, concordando com o cômputo do ressarcimento segundo as despesas relativas ao período de tempo em causa, v. Karl LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, I — Allgemeiner Teil*, 14.ª ed., München: Beck, 1987, 501; Hermann LANGE / Gottfried SCHIEMANN, *Schadensersatz*, 3.ª ed., Tübingen: Mohr, 2003, 287. Entre nós, v. João de Matos Antunes VARELA, *Das obrigações em geral*, vol. I, 10.ª ed., Coimbra: Almedina, 2000, 909, n. 2; A. A. GERALDES, *Temas da responsabilidade civil — 1*, 54.

uma indemnização por equivalente. Depois do evento lesivo⁴, o lesado tem, por exemplo, direito a pedir que o lesante (ou a sua seguradora) ponha à sua disposição um veículo de substituição, com fundamento no direito à reconstituição natural da sua situação⁵. O problema da indemnização pela privação do uso põe-se, não quanto às despesas do aluguer, a que o lesado tem direito⁶, mas quando o lesado se viu privado do uso do bem e não recorreu a (ou não lhe foi fornecido) um sucedâneo⁷.

⁴ Que não é sempre um acidente de viação. Para um caso de exercício indevido do direito de retenção, v. o Ac. do STJ de 1 de Abr. de 2008, proc. 08A344 (relator Moreira Camilo), in *Base Jurídico-Documental do ITIJ — www.dgsi.pt*.

⁵ O artigo 20.º-J aditado pelo Dec.-Lei n.º 83/2006, de 3 de Maio, ao Dec.-Lei n.º 522/85, de 31 de Dezembro, veio dispor, no seu n.º 1, que o lesado apenas tem direito a um veículo de substituição de características semelhantes ao seu “a partir da data em que a empresa de seguros assuma a responsabilidade exclusiva pelo ressarcimento dos danos resultantes do acidente”, embora, nos termos do n.º 5, tal não prejudique “o direito de o lesado ser indemnizado, nos termos gerais, no excesso de despesas em que incorreu com transportes em consequência da imobilização do veículo durante o período em que não dispôs do veículo de substituição”. O que resulta das regras gerais sobre a indemnização é, porém, que o lesado tem direito à reconstituição natural logo após a privação do uso do veículo, não devendo entender-se que, quando a seguradora não reconheça logo a sua responsabilidade, mas esta venha posteriormente a apurar-se, fique prejudicado também o direito à compensação dos custos do aluguer de uma viatura pelo próprio lesado. Tal *aluguer pelo lesado*, em lugar do recurso a outros meios de transporte, não configura, só por si, um agravamento dos danos que conduza à exclusão da indemnização nos termos gerais do artigo 570.º, n.º 1, ficando, aliás, a dever-se ao não reconhecimento imediato pela seguradora de uma responsabilidade que depois se veio a apurar existir.

⁶ A compatibilização do montante da compensação dos custos do aluguer com o da indemnização pela privação do uso levanta, aliás, problemas — cf. STAUDINGER / SCHIEMANN, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, § 251, n.ºs 72, 85 (justificando o primeiro como montante necessário para evitar ou diminuir a produção do dano). Reconhecendo o direito ao montante do aluguer de um veículo de substituição, v. o acórdão do STJ de 24 de Jan. de 2008, proc. 07B3557 (relator Santos Bernardino), in *Base Jurídico-Documental do ITIJ — www.dgsi.pt*.

⁷ Nas primeiras decisões da jurispr. alemã sobre a indemnização pela privação do uso foi deixada em aberto a questão de saber se aquela era exigível a título de ressarcimento dos custos da reconstituição natural, nos termos do § 249, n.º 2, ou de indemnização em dinheiro. Considerando que reconstituição natural será em regra, no momento do processo, já impossível devido ao próprio decurso do tempo e ao facto de o lesado poder novamente utilizar o seu próprio automóvel, a jurispr. veio a fixar-se na indemnização por equivalente, o que explicaria também o facto de o seu montante ser inferior ao dos custos

do aluguer de uma viatura de substituição, os quais, sim, seriam exigíveis a título de compensação dos custos da reconstituição natural.

Uma restrição *drástica* ao direito à reconstituição natural, com afastamento da prioridade da ordenação real sobre a ordenação de valor e concomitante transformação direito sobre muitos veículos danificados no seu mero valor económico, resultou do artigo 20.º-J, n.ºs 1 a 4, aditado ao Dec.-Lei n.º 522/85, de 31 de Dezembro, pelo Dec.-Lei n.º 83/2006, de 3 de Maio. Para além de outras críticas que o diploma mereceria (cf., por ex., a imprecisa utilização do termo “posse”, no artigo 20.º-I, n.º 3), note-se que, segundo o regime que institui — não exigido pela Diretiva n.º 2005/14/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Maio, que visou transpor, mas antes, numa certa perspectiva, ele sim, contrário ao direito comunitário (pela desigualdade de direitos dos lesados que introduz entre o nosso direito e outros países europeus) —, considera-se que existe “perda total”, em que a obrigação de indemnização é cumprida em dinheiro, quando o “valor estimado para a reparação dos danos sofridos, adicionado do valor do salvado, ultrapassa 100% do valor venal do veículo imediatamente antes do sinistro” (n.º 1, al. c)). Como a indemnização em dinheiro por perda total é (n.º 3) determinada com base no valor venal do veículo (deduzido do valor do respectivo salvado), a natureza “excessivamente onerosa” da reconstituição natural para o devedor, que era decisiva segundo o regime geral do artigo 566.º, n.º 1, é, pois, reduzida simplesmente ao menor valor da indemnização em dinheiro em relação, nem sequer só à reparação, mas a esta mais o valor do salvado... É certo que, nos termos do n.º 4 do referido artigo 20.º-J, se o veículo tiver uma idade superior a cinco anos a percentagem de 100% do valor venal do veículo imediatamente antes do sinistro “é majorada em 2% por cada ano de antiguidade acima de cinco anos, com o limite de 20%”. Simplesmente (e para além da manifesta falta de clareza da disposição, que se refere à relevância desta percentagem “para a determinação do valor da indemnização por perda total”, sendo que esse valor é determinado com base no valor venal do veículo, como referimos, e que a referida percentagem apenas releva, nos termos do cit. n.º 1, al. c), para a qualificação como “perda total” e consequente opção entre reconstituição natural e indemnização por equivalente), tal percentagem não pode deixar de ser considerada muito baixa, e, mesmo, *irrisória* ou manifestamente inadequada como concretização de um critério de *desproporção ou de excessiva onerosidade* entre a reconstituição natural (reparação) e a indemnização em dinheiro (perda total), isto é, do critério geral que não se vê por que razão há-de deixar de valer simplesmente porque quem paga a indemnização é uma seguradora. Para comparação, refira-se apenas que, por ex., na Alemanha, os tribunais não consideram excessivamente onerosos (ou importando “despesas desproporcionadas”, nos termos do § 251, n.º 2, do BGB) custos de reparação que vão até 130% do valor de obtenção de um veículo semelhante, e não incluem sequer na comparação o valor dos salvados (o que, considerando que no valor da indemnização em dinheiro é deduzido o valor residual ou salvado, torna ainda mais difícil a existência de uma desproporção), falando-se quanto aos 30% que excedem esse valor de um “adicional de integridade” (“Integritätszuschlag”). V., por ex., BGH, 15 de Out. de 1991, in *BGHZ*, vol. 115, 364-74; *NJW* (1992) 302-5; 17 de Mar. de 1992, *NJW*, (1992) 1618-1620; e 8 de Dez. de

1998, *NJW* (1999) 500-501; e, na doutrina, por ex., H. LANGE / G. SCHIEMANN, *Schadensersatz*, 237, 398 (“a consideração pelos interesses reconstituintes do lesado exige, segundo a opinião dominante, não considerar as despesas da reparação desproporcionadas (...) logo que ultrapassem os custos para a obtenção de um outro veículo”), Hartmut OETKER, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 4.ª ed., München: Beck, §§ 241-432, § 251, n.º 42 (aconselhando, porém, uma aplicação não automática do limite, e remetendo para o padrão da desproporção); entre nós, v. J. GOMES, “Custo das reparações, valor venal ou valor de substituição?”, 60. Já aquela solução introduzida pelo legislador seria, só por si, sem dúvida suficiente para merecer as maiores reservas, eventualmente mesmo de inconstitucionalidade, pela restrição que introduz ao direito à reconstituição natural, com reparação do veículo acidentado, a favor da indemnização em dinheiro por perda total, a conduzir, na prática, a que em muitos acidentes que atingem veículos com alguns anos, se verifique por força do acidente uma verdadeira *expropriação forçada* por utilidade particular (no caso, das seguradoras). Como escreve Luís Menezes LEITÃO, *Direito das obrigações*, Coimbra: Almedina, vol. 1, 5.ª ed., 2006, 396, n. 835, se alguém danifica um automóvel usado de reduzido valor comercial, mas que o lesado quer continuar a utilizar, “não faria sentido autorizar-se o lesante a indemnizar apenas o valor em dinheiro do automóvel, sob pretexto de a reparação ser mais cara do que esse valor, já que tal implicaria privar o lesado do meio de locomoção de que dispunha e que não pretendia trocar por dinheiro”. Mas é justamente esta a solução (ou pior, pois à reparação ainda há que somar o valor do salvado) que está prevista no cit. artigo 20.º-J, n.º 1, al. c).

O manifesto desacerto deste regime poderia, ainda, porém, ser mitigado (embora não inteiramente anulado) pela previsão de um valor para a indemnização em dinheiro que permitisse a obtenção de um veículo semelhante ao declarado em perda total — solução que, atendendo ao valor de aquisição, corresponderia à compensação dos custos de uma reconstituição natural. Acresce, porém, que o mesmo diploma veio prever (cit. artigo 20.º-J, n.º 2) que o valor venal do veículo antes do sinistro é calculado com base no valor de venda no mercado do veículo no momento anterior ao acidente, afastando-se assim do critério da jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça que, mesmo quando a reparação é excessivamente onerosa (e para isso já atribuíra também relevância ao valor de uso), tendo em conta o interesse do lesado em continuar a dispor de um veículo semelhante ao que tinha, lhe concedia uma indemnização “que lhe permitia, no vasto mercado de automóveis usados, adquirir um veículo da marca, tipo, idade e estado de conservação idêntico ao sinistrado” — v., além do ac. STJ de 16 de Nov. de 2000 (in *CJ-STJ*, [2000/3] 124-125, relator: Noronha Nascimento), os ac. do mesmo Trib. de 7 de Jul. de 1999 (*CJ-STJ*, (1999/3) 16-19, relator: Aragão Seia) e de 27 de Fev. de 2003, com a citada anotação concordante de J. GOMES, “Custo das reparações, valor venal ou valor de substituição?”, bem como, mais recentemente, o ac. de 21 de Fev. de 2006 (relator: Ferreira Girão, *CJ-STJ*, [2006/ 1] 83-85), e também, por ex., o ac. do TRL de 9 de Fev. de 2006 (relator: Gil Roque), in *CJ*, (2006/1) 98-101. Isto é, de acordo com esse novo regime, não só se impede a reconstituição natural, por reparação do próprio veículo do lesado, quando o valor da reparação somado com o do salvado é (não excessivamente oneroso, mas)

Se a privação do uso não teve reflexos numa diferença patrimonial concreta, põe-se o problema de saber se aquela privação é, só por si, um dano (“abstracto”) que deve ser ressarcido, encontrando-se também decisões na nossa jurisprudência que põem em causa uma tal indemnização⁸.

simplesmente superior ao valor de mercado do veículo anteriormente ao acidente, como não se faculta ao lesado meios para adquirir um automóvel semelhante, pois a própria indemnização em dinheiro mede-se pelo valor de *venda* do veículo no mercado, que pode ser, e frequentemente é (sobretudo nos automóveis usados mais antigos, mas ainda em bom funcionamento), bastante inferior ao valor de substituição (o *Wiederbeschaffungswert* também relevante na prática alemã e de outros países — v., com indicações, H. LANGE / G. SCHIEMANN, *Schadensersatz*, 408 s., e, sobre as possíveis causas de tal divergência, J. GOMES, “Custo das reparações, valor venal ou valor de substituição?”, 58 s.). Salientando que a indemnização deve atribuir ao lesado o valor necessário para comprar uma coisa idêntica à destruída (ou “uma coisa com um valor de uso idêntico”), v. também já A. VAZ SERRA, por ex. na anot. ao ac. do STJ de 26 de Out. de 1965 (relator: Albuquerque Rocha), in *RLJ*, ano 99.º, 180-192 (189). Como não se vê que a alteração introduzida pelo Dec.-Lei n.º 83/2006 seja adequada à renovação do parque automóvel — e não se pretenderá com certeza que tal medida seja financiada pelos lesados em acidentes de viação, para mais possuidores de automóveis cujo valor de venda no mercado é baixo —, e não pode assim deixar de concluir-se que estamos perante uma mal disfarçada (ou “contrabandeada” a pretexto da transposição de uma Diretiva) medida de claro favorecimento das seguradoras em prejuízo dos lesados, tem de concluir-se que as soluções em causa suscitam as mais sérias reservas, não só no plano da escandalosa injustiça material que comportam (parecendo necessário recordar a este propósito que o proprietário do veículo lesado, a ressarcir, não é o culpado pelo acidente), como, mesmo, eventualmente, no plano da constitucionalidade, pela violação da garantia constitucional contra uma privação forçada da propriedade (falando do direito do lesado a dispor do seu próprio património, v. L. Menezes LEITÃO, *Direito das obrigações*, I, 396) e pela manifesta desproporcionalidade e injustiça das soluções consagradas.

⁸ Cf. já a sentença de 24 de Maio de 1976 da 1.ª Vara Cível do Porto, *CJ*, 1979, 2, p. 675 (“O não uso pode ser causa de danos, mas não é, só por si, um dano. Pode até ser uma economia”), e, mais recentemente, o ac. do STJ de 12 de Jan. de 2006 (relator: Salvador da Costa proc. n.º 4176/05, in *Base Jurídico-Documental do ITIJ*) e as decl. de voto (Salvador da Costa) apostas ao ac. do STJ de 4 de Dez. de 2003 (relator: Oliveira Barros, proc. n.º 3030/03, in A. A. GERALDES, *Temas da responsabilidade civil* — 1, 155-60), excluindo a qualif. como dano não patrimonial, o ac. do STJ de 29 de Nov. de 2005 (relator: Araújo Barros), in *CJ-STJ*, (2005/3) 154-5 (“a mera privação do uso de um veículo automóvel, isto é, sem qualquer repercussão negativa no património do lesado, ou seja, se dela não resultar um dano específico, emergente ou na vertente de lucro cessante, é insusceptível de fundar a obrigação de indemnização no quadro da responsabilidade civil”, invocando-se igualmente a “fórmula da diferença” no sentido de que “a mera privação do uso de uma coisa é insuscep-

2. Posições defendidas

Embora, por vezes, se tenha exigido a alegação e prova, pelo lesado, das utilidades concretas extraídas do bem de cujo uso se viu privado⁹, a posição hoje dominante na jurisprudência admite, porém, uma indemnização, seja por responsabilidade delitual, seja por responsabilidade contratual¹⁰, pela privação do uso, seja por equiparar tal privação a um dano não patrimonial (compensável desde que seja grave, nos termos dos artigos 496.º, n.º 1, e 494.º)¹¹, seja, sobretudo, por aceitar que o uso de um bem constitui uma vantagem susceptível de avaliação pecuniária, consubstanciando um dano patrimonial a sua privação¹² — designa-

tível de indemnização no quadro da responsabilidade civil extracontratual”), e o ac. do STJ de 8 de Jun. de 2006 (proc. n.º 06A1497, relator Sebastião PÓVOAS, in *Base Jurídico-Documental do ITIJ*), dizendo ser necessário que a privação do uso “se repercuta em termos negativos na situação patrimonial do lesado”. Cf. também já o ac. do Trib. do TRP de 17 de Out. de 1984 (relator: ALVES RIBEIRO, *CJ*, [1984/4] 246-9), e o ac. do TRE de 26 de Out. de 2000 (relator: Fernando Bento), *CJ*, (2000/4) 266-9.

⁹ Cf. o cit. ac. do TRE de 26 de Out. de 2000, exigindo, com invocação da “teoria da diferença”, a prova dos concretos fins ou utilidades que visava e que, por via da privação do uso, se frustraram, bem como os reflexos que isso teve no seu património. Noutra sentido, porém, além de acs. cit. na n. anterior, o ac. do TRC de 26 de Nov. de 2002, in *CJ*, (2002/5) 19-20 (relator: Nuno Cameira), onde se admitiu a ressarcibilidade do dano da mera privação do uso de um veículo automóvel, determinado com base na equidade (artigo 566.º, n.º 3), mesmo que não exista prova de qualquer utilização lucrativa.

No ac. STJ de 16 de Nov. de 2000 (cit.), afirmou-se, em *obiter dictum*, a consideração também do valor de uso de um veículo (táxi) para o proprietário, e não só do valor comercial ou de mercado, para apreciar a excessiva onerosidade da reconstituição natural.

¹⁰ V., por ex. o ac. do TRP de 9 de Fev. de 2004 (relator: Marques Pereira, in A. A. GERALDES, *Temas da responsabilidade civil — 1*, 203-8).

¹¹ Cf. o ac. do TRE de 26 de Março de 1980, in *CJ*, (1980/2) 96-7 (relator: Fidalgo Matos, num caso de atraso na reparação de uma viatura) e 17 de Set. de 1998, in *CJ*, (1998/4) 255-7 (relator: Fonseca Ramos, num caso de privação do uso de uma piscina de um aldeamento), e os acórdãos do STJ de 17 de Nov. de 1998 (relator: Afonso de Melo, proc. n.º 977/98), 23 de Jan. de 2001 (relator: Simões Freire, proc. n.º 3670/00), in *Base Jurídico-Documental do ITIJ*, e de 4 de Dez. de 2003 (cit.: a invocação da utilização do veículo “para passear” significa a invocação de um dano não patrimonial). Criticamente, v. Américo MARCELINO, *Acidentes de viação e responsabilidade civil*, 7.ª ed., Lisboa, Petrony, s.d. (mas 2005), 359.

¹² É a tendência que se tem vindo a impor na jurisprudência, determinando-se o dano, se necessário, com recurso à equidade, nos termos do artigo 566.º,

damente, de viaturas automóveis ou de imóveis¹³.

n.º 3. Cf. os arestos do TRE de 28 de Jul. de 1980 (relator: Manso Preto, in *CJ*, [1980/4] 258), de 9 de Março de 1999 (relator: Pais de Sousa, proc. n.º 6786/98, in A. A. GERALDES, *Temas da responsabilidade civil — 1*, 95-100) e 15 de Jan. de 2004 (proc. 2070/03, rel. M. Laura Leonardo, in A. A. GERALDES, *Temas da responsabilidade civil — 1*, 167-72); o ac. do TRC de 2 de Dez. de 2003 (relator: Cardoso de Albuquerque), in *CJ*, (2003/5) 23-6; os acórdãos do TRP de 5 de Fev. e 26 de Fev. de 2004 (relator: Pinto de Almeida, in *CJ*, (2004/1) respectivamente 178-80 e 200-2); do TRGuim de 28 de Abr. de 2004 (in A. A. GERALDES, *Temas da responsabilidade civil — 1*, 173-179, com rel. Vieira de Cunha, atribuindo o valor de um veículo de substituição); e os acórdãos do STJ de 30 de Abr. de 1996 (relator: Pais de Sousa, proc. n.º 88230) e 13 de Nov. de 2001 (relator: Azevedo Ramos, proc. n.º 3307/01), ambos com sumário in *Base Jurídico-Documental do ITIJ*, de 5 de Fev. (relator: Ferreira Ramos, proc. n.º 3968101, negando que o dano resultante da privação do uso de veículo seja equivalente ao custo do aluguer de um veículo de substituição, quando o aluguer não chegou a ser efectuado) e 9 de Maio de 2002 (relator: Faria Antunes, proc. n.º 935/02: o autor não carece de alegar e de provar a impossibilidade de, durante o período de privação, utilizar outro veículo com aproximada eficácia), 23 de Set. de 2004 (relator: Ferreira Girão, *CJ-STJ*, (2004/3) 27-9, num caso de esbulho, e independentemente de o lesado ter entretanto adquirido outra viatura), 21 de Abr. (relator: Lucas Coelho, rev. n.º 2246/03), 20 de Set. (relator: Ribeiro de Almeida, rev. n.º 1992/05) e 29 de Nov. de 2005 (relator: Araújo Barros, in *CJ-STJ*, (2005/3) 151-155, 153, distinguindo o dano emergente, o lucro cessante e o dano da privação do uso, a apreciar segundo a equidade), 28 de Set. e 10 de Out. de 2006 (respectivamente proc. n.º 06B2732, relator Oliveira Barros, e proc. n.º 06A2503, relator Nuno Cameira, ambos in *Base Jurídico-Documental do ITIJ*).

No ac. do STJ de 11 de Dez. de 2003 (relator: Salvador da Costa, rev. n.º 3997/03), decidira-se que, estando verificado na acção que o dano de valor ilícido pela privação do uso de um veículo é manifestamente superior à diferença entre o valor já assente dos restantes elementos do dano e o que resulta do limite máximo de indemnização no quadro da responsabilidade pelo risco, se toma dispensável a relegação da sua quantificação para execução de sentença, e deve operar a condenação global pelo valor máximo da espécie. No ac. do STJ de 25 de Nov. de 2003 (relator: Ponce Leão, in *Base Jurídico-Documental do ITIJ*), estavam em causa prejuízos causados pela imobilização de uma locomotiva e pelo atraso na circulação de comboios, tendo-se utilizado para cômputo do dano tabelas de reintegração e de amortizações previstas para efeitos contabilísticos.

¹³ A maioria das decisões refere-se a viaturas, mas existem também casos relativos a máquinas e a imóveis. Sobre estes, v., além dos cits. acórdãos do TRE de 17 de Set. de 1998 e do TRP de 9 de Fev. de 2004, o ac. do TRL de 11 de Março de 2003 (relator: Abrantes Galdes), in *CJ*, (2003/2) 70-4, e os acórdãos do STJ de 29 de Março de 2001 (inédito, relator Sousa Inês, revista n.º 624/01), 12 de Dez. de 2002 (relator: Fernandes Magalhães, in A. A. GERALDES, *Temas da responsabilidade civil — 1*, 193-4), 1 de Jul. de 2003 (relator: Nuno Cameira, rev. n.º 1805/03) e 5 de Dez. de 2006 (relator: Alves Velho, *CJ-STJ*,

A doutrina que tem tratado da matéria pronuncia-se favoravelmente numa indemnização pela privação do uso¹⁴, embora sem aprofundar o problema de saber se deve atender-se à possibilidade de utilização concreta ou se estamos perante uma indemnização avaliada de forma abstracta, resultante da simples afectação da possibilidade de utilização, como integradora das faculdades do proprietário¹⁵. A questão foi também debatida no direito

(2006/3) 154-156, em que a *ratio decidendi* esteve, porém, no enriquecimento sem causa). Algumas decisões referem-se aos frutos civis do imóvel: v. os dois acórdãos do STJ de 7 de Abr. de 2005 (rev. n.º 306/05, relator: Alves Velho, e rev. n.º 2107/ /04, relator: Pires da Rosa, ambos sumariados no boletim interno de jurisp. do STJ). Excluindo a relevância de um dano não patrimonial por falta de prova, v. o ac. do STJ de 14 de Abr. de 2005 (relator: Abílio Vasconcelos, rev. n.º 400/05). Cf. também o ac. do STJ de 8 de Março de 2005 (relator: Azevedo Ramos, rev. n.º 203/05: danos não patrimoniais resultantes da privação da disponibilidade da casa pelo não cumprimento de um contrato de empreitada). No ac. do STJ de 8 de Out. de 2002 (relator: Silva Salazar, in A. A. GERALDES, *Temas da responsabilidade civil* — 1, 187-92), concedeu-se uma indemnização correspondente ao valor locativo de um imóvel (casa de porteira) não restituído. Por sua vez, no ac. do STJ de 28 de Fev. de 2002 (relator: Quirino Soares, rev. n.º 283/ 02, in A. A. GERALDES, *Temas da responsabilidade civil* — 1, 181-6), o enriquecimento sem causa à custa do proprietário do prédio privado do uso foi medido pela quantia que os demandantes receberiam pela autorização para utilização do local.

¹⁴ A favor da indemnização do dano da privação do uso, v. J. GOMES, “Custo das reparações, valor venal ou valor de substituição?”; ID., *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*, Porto: Univ. Católica Portuguesa, 1998, 257 s., 274 s. (e já a orientação geral em “O dano da privação do uso”, apesar da conclusão pouco clara a p. 236), A. A. GERALDES, *Temas da responsabilidade civil* — 1, 45 s., 72-3; A. MARCELINO, *Acidentes de viação*, 359-61, RUI M. RANGEL, *A reparação judicial de danos na responsabilidade civil / Um olhar sobre a jurisprudência*, 3.ª ed., Coimbra: Almedina, 2006, 33-35, L. MENEZES LEITÃO, *Direito das obrigações*, I, n. 697 (invocando o arg. da impossibilidade de penalizar a poupança do aluguer de um veículo de substituição, e remetendo para o critério do valor locativo); e Mário Júlio de Almeida COSTA, *Direito das obrigações*, 10.ª ed., Coimbra: Almedina, 2006, 777, n. 3 (remetendo para os princípios gerais da responsabilidade civil a indemnização da privação do uso, “ainda que se reconduza a puro e simples impedimento da utilização”). Referências ao problema, sem assumirem uma posição clara, em J. Antunes VARELA, *Das obrigações em geral*, vol. I, 909, n. 1: e José Carlos Brandão PROENÇA, *A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputação do dano extracontratual*, Coimbra: Almedina, 1997, n. 2328 (dando conta da controvérsia na Alemanha entre o ressarcimento do prejuízo concreto e uma indemnização “abstracta” pela privação do uso, e dando conta da orientação da jurisp. nacional).

¹⁵ Bastando-se claramente com tal possibilidade abstracta, apenas A.

alemão, onde a posição da jurisprudência foi objecto de acesas críticas da doutrina. A jurisprudência alemã admitiu a indemnização da privação do uso¹⁶, mas, para contrariar um alargamento desmesurado de pretensões indemnizatórias, exigiu que o bem lesado na sua possibilidade de uso fosse um bem económico de relevância geral e central para a condução da vida — como veículos automóveis¹⁷ e imóveis de habitação (uniformemente depois

A. GERALDES, *Temas da responsabilidade civil* — 1, 48, 57-8, 72. Diversamente, atendendo à possibilidade ou impossibilidade de utilização concreta da coisa pelo proprietário (pelo que conclui que se não pode afirmar de antemão que a privação do uso constitua o dano — “pode ou não constituir, consoante o que em concreto se apure”), v. Mafalda Miranda BARBOSA, *Liberdade vs. Responsabilidade: a precaução como fundamento da imputação delitual? A propósito dos cable cases*, Coimbra, 2004, policop., 148-150.

¹⁶ Sobre o que se diz a seguir, v., por ex., Susanne WÜRTHWEIN, *Schadensersatz für Verlust der Nutzungsmöglichkeit einer Sache oder für entgangene Gebrauchsvorteile?*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2001, 61 s.; Horst HAGEN, “Entgangene Gebrauchsvorteile als Vermögensschaden?”, *JZ*, (1983) 833-41; Gottfried SCHIEMANN, in STAUDINGER, *BGB*, 13.^a ed., 2005, § 251, anots. 73 s.; K. LARENZ, *Schuldrecht*, I, 496 s.; Wolfgang FIKENTSCHER, *Schuldrecht*, 9.^a ed., Berlin / New York: De Gruyter, 1997, n.º 550, 340-341; e já ALFF, em *Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes*, Berlin / New York: De Gruyter, 12.^a ed., 1989, anot. pr. ao § 249, n.º 4. Entre nós, v. J. GOMES, “Custo das reparações, valor venal ou valor de substituição?”, 178 s.

Uma das decisões precursoras da tendência de “comercialização” de vantagens de uso foi, como se salientou na doutrina (H. HAGEN, “Entgangene Gebrauchsvorteile als Vermögensschaden?”, 833; J. GOMES, “Custo das reparações, valor venal ou valor de substituição?”, 178), o caso do cruzeiro (*Seereise-Fall*), em que foi concedida uma indemnização pela retenção aduaneira indevida das malas com roupa de um casal que ia frequentar um cruzeiro de luxo (de Roterdão às Canárias), no qual tiveram de usar sempre a mesma roupa sem poder participar plenamente na vida a bordo. O BGH considerou que as vantagens da participação num tal cruzeiro estão “comercializadas”, apenas podendo ser adquiridas com dispêndios patrimoniais, e concedeu uma indemnização por dano patrimonial. Criticamente, v., por ex., Dieter MEDICUS, *Bürgerliches Recht*, 20.^a ed., Köln: Heymanns, 2004, n.º 823.

¹⁷ Desde o ac. do BGH de 30 de Set. de 1963 (*BGHZ*, vol. 40, 345-55; *NJW*, [1964] 542-545, decidindo que a indemnização pela privação da possibilidade de uso de um automóvel também é devida mesmo que o lesado não tenha alugado nesse período uma viatura de substituição); depois, v. por ex. os ac. de 15 de Abr. de 1966 (*BGHZ*, vol. 45, 212-21, *NJW*, [1966] 1260-2) e 18 de Maio de 1971 (*BGHZ*, vol. 56, 214-21; *NJW*, [1971] 1692-4). A indemnização “abstracta” pela privação do uso não inclui, porém, a privação que resultaria da reparação fictícia, cujos custos o lesado pode pedir mesmo que tenha vendido o automóvel sem reparar (ac. do BGH de 23 de Mar. de 1976, *BGHZ*, vol.

de uma decisão do pleno das secções cíveis do Bundesgerichtshof de 1986¹⁸) ou outros bens¹⁹, que a privação se verifique por

66, 239-50; *NJW*, (1976) 1396-8; criticamente, v. Heinrich HONSELL / Friedrich HARRER, “Entwicklungstendenzen im Schadensersatzrecht”, *JuS*, [1986] 161-170, 162 s.). As revistas jurídicas publicam normalmente extractos das tabelas de indemnização pela perda de uso para viaturas (v., por ex., *NJW*, [2005] 32-7), as quais ficam muito abaixo do custo de um aluguer de uma viatura (rondando normalmente os 30% — v. STAUDINGER / SCHIEMANN, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, § 251, n.ºs 76, 85). Tais tabelas são hoje mantidas e publicadas pela *Eurotax.Schwacke GbmH* (cf. www.schwacke.de). Contra um tratamento indemnizatório específico dos automóveis, enquanto objectos lesados, v. H. HONSELL / F. HARRER, “Entwicklungstendenzen im Schadensersatzrecht”, 170.

¹⁸ Os 3.º, 6.º, 7.º e 8.º *Zivilsenaten* concediam uma indemnização desde que a concepção dominante no tráfico reconhecesse à idoneidade da coisa para o uso valor patrimonial e que a sua perda fosse “sensível” para o titular, porque este a teria podido e querido utilizar sem o evento lesivo, argumentando com o facto de a disponibilidade dessas coisas ser normalmente adquirida com dinheiro, pelo que o impedimento do uso seria uma lesão patrimonial equivalente aos respectivos custos. Por outro lado, o lesante não deveria ser desonerado por o lesado suportar por si próprio os incómodos resultantes da renúncia ao uso. Cf., por ex., num caso de resp. contratual, a decisão de 14 de Jun. de 1967 (*NJW*, [1967] 1803-1804: impossibilidade temporária de uso de uma habitação devido a culpa do locador) e 10 de Out. de 1985 (*BGHZ*, vol. 96, 124-129; *NJW*, [1986] 427-8: resp. do empreiteiro pela impossibilidade de utilização de lugares de estacionamento numa garagem comum). Só não seria assim para utilizações vistas em geral como “capricho”, “luxo” ou mero meio de “ocupação de tempos livres”. O 5.º *Zivilsenat*, diversamente, recusava-se a estender a indemnização pelo uso para além do “domínio claramente delimitado de riscos típicos de massa”, excluindo, por ex., a simples perturbação do uso de um terreno. Na sequência da colocação da questão da divergência por esta última secção (*NJW*, [1986] 2037-43), o pleno das secções cíveis do BGH decidiu em 9 de Jul. de 1986 (*BGHZ*, vol. 98, 212 s.; *NJW*, [1987] 50-4; *JR*, [1987] 107; *JuS*, [1988] 20-5, com anots. de G. Hohloch, T. Rauscher e G. Schiemann) que a perturbação do uso de uma casa de habitação devido a uma ofensa delitual pode ser um dano, não existindo para bens económicos de relevância geral e central para a condução da vida o risco de desmesurada extensão da indemnização para interesses imateriais. V., posteriormente, por ex., os acórdãos de 31 de Out. de 1986 (*NJW*, [1987] 771-3) e 21 de Fev. de 1992 (*BGHZ*, vol. 117, 260-264; *NJW*, [1992] 1500-1). Excluindo uma indemnização pela obstrução temporária do acesso a uma garagem, v., porém, a decisão de BGH de 5 de Mar. de 1993 (*NJW*, [1993] 1793-4).

¹⁹ É o caso de uma televisão (*Amtsgericht* de Frankfurt, 16 de Jun. de 1992; *NJW*, [1993] 137), de um cão-guia para invisuál (AG Marburg, 3 de Mar. de 1989, *NJW-RR*, [1989] 931), de uma cadeira de rodas eléctrica (*Landgericht* de Hildesheim, 29 de Jun. de 1990, *NJW-RR*, [1991] 798) e de uma bicicleta (*Kammergericht*, Berlim, 16 de Jul. de 1993, *NJW-RR*, [1993] 1438). Não é o caso, como dissemos, de bens vistos pela “concepção geral do tráfico” como “bens de luxo”,

um impedimento, fático ou jurídico, que atinge o próprio bem e não o titular lesado (por exemplo, ferido num acidente)²⁰, e que a perturbação do uso seja “sensível”, isto é que se tenha revelado concretamente como perturbação real, o que não acontece se o lesado não podia, de qualquer modo, utilizar a coisa durante o período de tempo em causa (faltando a possibilidade de utilização hipotética, por exemplo, se o lesado estava internado, e ainda que devido ao mesmo acidente²¹), ou se podia ter utilizado, em vez dela, outra coisa que de outro modo não teria utilização (falta de

“capricho” ou mero meio de “ocupação de tempos livres”, tais como um casaco de peles (BGH, 12 de Fev. de 1975, *BGHZ*, vol. 63, 393-399; *NJW*, [1975] 733), uma piscina (BGH, 28 de Fev. de 1980, *BGHZ*, vol. 76, 179-87; *NJW*, [1980] 1386), um barco a motor para desporto de recreio (BGH, 15 de Nov. de 1983, *BGHZ*, vol. 89, 60-4; *NJW*, [1984] 724), um avião de uso privado (OLG de Oldenburg, 24 de Fev. de 1993, *NJW-RR*, [1993] 1437) ou uma caravana (BGH, 15 de Dez. de 1982, *BGHZ*, vol., 86, 128-34; *NJW*, [1983] 444), salvo quando e na medida em que esta for utilizada como automóvel (OLG Celle, 8 de Jan. de 2004, *NJW-RR*, 2004, p. 598, e LG Kiel, 16 de Maio de 1986, *NJW-RR*, [1987] 1515). Mas cf. uma indemnização por privação de uso de um carro de luxo (*Rolls-Royce*) na decisão do LG Aachen de 9 de Mar. de 1988 (*NJW-RR* [1989] 414). Também foi recusada uma indemnização pela privação do uso por entrega e montagem tardia de uma cozinha completa (*Einbauküche*) — cf. AG Friedberg, 10 de Nov. de 1999 (*NJW-RR*, [2000] 1223), LG Kassel, 18 de Nov. de 1990 (*NJW-RR*, [1991] 790; mas cf. LG Tübingen, 5 de Jan. de 1989; *NJW*, [1989] 1613; LG Osnabrück, 24 de Jul. de 1998, in *NJW-RR*, [1999] 349) — e de um quarto de banho (LG Stuttgart, decisão de 1 de Jan. de 1989, *NJW*, [1989] 2823).

²⁰ A distinção entre a lesão da possibilidade de utilização de uma coisa e o impedimento do legitimado na utilização, com manutenção da possibilidade objectiva de uso (v., por ex., K. LARENZ, *Schuldrecht*, I, 502-3), é clara no *Jagdpachtfall* (BGH, 15 de Dez. de 1970, *BGHZ*, vol. 55, 146-52; *NJW*, [1971] 796): o demandante não pôde, em consequência de ferimentos num acidente pelo qual o demandado era responsável, gozar o direito a utilizar o espaço de caça que pagara durante um ano. Entendeu-se que o ressarcimento desta desvantagem não era devido, como dano patrimonial, pelo lesante. No ac. do BGH de 8 de Nov. de 1990 entendeu-se, porém, que, mesmo quando é perturbado (por manobras militares) o exercício da caça em si (e não o titular do direito), a afectação implica apenas um dano patrimonial não indemnizável nos termos gerais (*NJW*, [1991] 1421). Não basta, pois, para fundar uma indemnização pela privação de uso de um veículo que a carta de condução do lesado seja indevidamente apreendida ou furtada — v. indicações em STAUDINGER / SCHIEMANN, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, § 251, n.º 82. Diversamente, porém, quando estão em causa os documentos do veículo — v. a decisão do BGH de 15 de Jun. de 1983 (*NJW*, [1983] 2139, *BGHZ*, vol. 88, 1 1-7).

²¹ BGH, 7 de Jun. de 1968, in *NJW*, 81968] 1778 s., 1780.

vontade, ou pelo menos necessidade, de utilização hipotética)²².

A posição da jurisprudência alemã, tendo levado, depois de 1986, a um provisório ponto de chegada do debate²³, não deixou de ser submetida à apreciação crítica da doutrina. Um sector significativo reconhece a indemnização pela privação do uso, com fundamentações variadas, que vão desde a ideia de que a possibilidade de uso é objecto de uma “comercialização” (“Kommerzialisierungsgedanke”), até a uma analogia com os princípios do enriquecimento sem causa (e da reserva do “conteúdo de destinação” ao titular), passando pela invocação da frustração de despesas efectuadas para obtenção da faculdade de uso ou pela ideia de que está em causa um dano normativo²⁴. Vários autores,

²² Basta, porém, a possibilidade de utilização hipotética pelo cônjuge, por um parente ou outras pessoas — v., por ex., as decisões do BGH de 16 de Out. de 1973 (NJW, [1974] 33), de 28 de Jan. de 1975 (NJW, [1975] 922). Na decisão do OLG de Koblenz de 19 de Jan. de 2004 (NJW, [2004] 1964) concedeu-se mesmo indemnização a um dos cônjuges pela privação do uso, pelo outro cônjuge, de um automóvel que adquirira para utilização por este último.

²³ V. STAUDINGER / SCHIEMANN, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 2005, § 251, n.º 85. Reconhecendo que o dano da privação de uso é já, por virtude de direito consuetudinário, indemnizado como dano patrimonial, Dieter MEDICUS, “Allgemeines Schadensrecht: insbesondere zur Grenzziehung zwischen Vermögens- und Nichtvermögensschäden”, in *50 Jahre Bundesgerichtshof*, vol. I, 2000, 201-222.

²⁴ V., por ex., Wolfgang GRUNSKY, *Aktuelle Probleme zum Begriff des Vermögensschadens*, Bad Homburg vor der Höhe: Gehlen, 1968, 30 s.; id., em *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 2.ª ed., anot. pr. ao § 249, n.ºs 17, 19 s. (comercialização); Hans-Joachim MERTENS, *Der Begriff des Vermögensschadens im Bürgerlichen Recht*, Stuttgart: W. Kohlhammer, 1967, 157; Dieter NÖRR, “Zum Ersatz des immateriellen Schadens nach geltendem Recht”, *AcP*, 158 (1959) 1-15 (6); Helmut RÜSSMANN, in *Alternativkommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch*, Neuwied: Luchterhand, 1980, anot. pr. aos §§ 249 a 253, n.ºs 32 e s. (combinação da comercialização do uso com a frustração de despesas); Robert NEUNER, “Interesse und Vermögensschaden”, *AcP*, 133 (1931) 277-314 (288 s.) (dano normativo); Günther JAHR, “Schadensersatz wegen deliktischer Nutzungsentziehung zu Grundlagen des Rechtsgüterschutzes und des Schadensersatzrechts”, *AcP*, 183 (1983) 725-794 (751 s.: analogia com a indemnização pelo uso indevido de direitos de exclusivo); Manfred WERBER, “Nutzungsausfall und persönliche Nutzungsbereitschaft”, *AcP*, 173 (1973) 158-85 (182 s.), Günther WIESE, *Der Ersatz des immateriellen Schadens*, Tübingen: Mohr, 1964, 22 s. Para uma análise recente da “comercialização” como arg. para a indemnização, cf. Gerhard WAGNER, *Neue Perspektiven im Schadensersatzrecht — Kommerzialisierung, Stafschaftsersatz, Kollektivschaden/Gutachten A z. 66. Deutschen Juristentag — Stuttgart 2006*, München: Beck, 2006, 24 s. (criticamente, e

seguindo a linha da jurisprudência, salientam a necessidade de uma ponderação valorativa por grupos de casos (designadamente, tendendo a reservar a indemnização pela privação do uso de automóveis)²⁵, e tentam explicar essa posição mediante uma reanálise da noção de dano²⁶ ou explicitando os fundamentos das correções normativas introduzidas neste²⁷. Essa posição jurisprudencial foi, porém, recebida com fortes críticas por grande parte da doutrina, mantendo uma atitude reticente em relação a uma indemnização “abstracta” pela privação do uso isto é, que vá para além das concretas despesas efectuadas ou dos lucros cessantes devidos à privação do uso, ou das despesas efectuadas com a coisa em questão, durante o período da privação do uso²⁸.

verificando um ressurgimento da doutrina sobretudo no domínio dos direitos de personalidade).

²⁵ Seguindo a posição do BGH, v. OETKER, in *Münchener Kommentar*, § 249, n.º 63 s.; STAUDINGER / SCHIEMANN, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, § 251, n.º 85 (reconhecendo a indemnização como criação jurisprud., embora crítico sobre a compatibilidade entre o ressarcimento dos custos locativos e a indemnização, de valor mais limitado, pela perda do uso), ERWIN DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht*, 2.ª ed., Köln, etc.: Carl Heymann, 1996, n.ºs 822-3. Em Helmut HEINRICH, in Otto PALANDT, BGB, 66.ª ed., 2007, anot. pr. ao § 249, n.ºs 11, s., concorda-se com a jurisprud. que se baseia em correções normativas da hipótese da diferença, a efectuar nos termos de uma ponderação valorativa de todos os pontos de vista materialmente relevantes, segundo grupos de casos (para automóveis, v. n.ºs 20 s.). Para Peter SCHLECHTRIEM / Martin SCHMIDT-KESSEL, *Schuldrecht, Allgemeiner Teil*, 6.ª ed., Tübingen: Mohr Siebeck, 2005, n.º 267, a qualificação da possibilidade de uso como interesse de valor patrimonial inclui-se ainda no domínio de uma legítima constituição autónoma do Direito pela jurisprudência, embora o elemento do “significado central para a condução da vida” seja criticável, e deva ser substituído pelos testes da necessidade e proporcionalidade do recurso a um sucedâneo, sem culpa do lesado.

²⁶ S. WÜRTHWEIN, *Schadensersatz*, 368 s., tenta explicar a indemnização pela perda de concretas vantagens de uso a partir de uma reformulação da noção relevante de dano, com rejeição da teoria da diferença e assente no dano real.

²⁷ Assim, defendendo a posição do BGH, Erich STEFFEN, “Der normative Verkehrsunfallschaden”, *NJW*, (1995) 2057-63 (2061).

²⁸ Assim, Brigitte KEUK, *Vermögensschaden und Interesse*, Bonn: Ludwig Röhrscheid, 1972, 208 s., 241 s.; Martin TOLK, *Der Frustrierungsgedanke und die Kommerzialisierung immaterieller Schäden. Darstellung und Versuch einer Kritik*, Berlin: Duncker & Humblot, 1977, 95 s.; K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, § 29 II c, 495-503 (jurispr. “que deixou os trilhos habituais e apenas pode tactear de caso para caso enredando-se aí em contradições”); a questão fundamental,

3. O alargamento da noção de dano

Não nos interessa, agora, discutir os exatos termos em que uma indemnização (por equivalente, e não por reconstituição natural) pela privação do uso é de admitir, independentemente da prova de qualquer prejuízo patrimonial concreto, mas apenas verificar que quem se preocupe em resolver coerentemente os problemas da avaliação do dano é forçado a admitir, quer para

que passaria ao lado da jurisprud., é saber se a possibilidade de uso é um valor patrimonial autónomo do valor substancial; apenas admite o ressarcimento dos custos com a viatura no período em que o lesado esteve privado do uso, como imposto, seguro, garagem, etc.), Karl LARENZ, “Der Vermögensbegriff im Schadensersatzrecht”, in Rolf DIETZ / Heinz HÜBNER, *Festschrift f. H. C. Nipperdey* z. 70. Geburtstag, vol. 1, München-Berlin: Beck, 1965, 489-507 (498 s.), Josef ESSER / Eike SCHMIDT, *Schuldrecht, Band I: Allgemeiner Teil*, 6.^a ed., Heidelberg: C. J. Müller, 1984, § 31 II 2, esp. 485 s.; Eduard BÖTTICHER, “Schadensersatz für entgangenen Gebrauchsvorteil”, *VersR*, (1966) 301 s.; Walter LÖWE, “Schadensersatz bei Nutzungsentgang von Kfz”, *VersR*, (1963) 307 s., H. LANGE / G. SCHIEMANN, *Schadensersatz*, § 6 VII 4, 284 s. Contra a indemnização pela privação do uso nos casos de responsabilidade pelo não cumprimento, v. Herbert WIEDEMANN, “Thesen zum Schadensersatz wegen Nichterfüllung” in *FS für Heinz Hübner*, Berlin-New York: de Gruyter, 1984, 719-733 (729 s.).

Para posições críticas em relação ao BGH, v. também Axel FLESSNER, “Geldersatz für Gebrauchsentgang”, *JZ*, (1987) 271-82 (281); Axel FLESSNER / KADNER, “Neue Widersprüche zum Gebrauchsentgang — BGHZ 99, 182 und 101, 325”, in *JuS*, (1989) 879-88; Gottfried SCHIEMANN, “Luxusvilla auf schwankendem Grund: Der Nutzungsschaden an Wohneigentum (BGHZ-GS — 98, 212)”, *JuS*, (1988) 20-5 (24 s.); Thomas RAUSCHER, rec. a U. MAGNUS, *Schaden und Ersatz*, *NJW*, (1988) 2591-2 (e, sobre a questão colocada ao *größerer Zivilsenat* do BGH, m., “Abschied vom Schadensersatz für Nutzungsausfall?”), *NJW*, (1986) 2011-8; Dieter MEDICUS, “Das Luxusargument im Schadensersatzrecht”, *NJW*, (1989) 1889-95; Id., *Schuldrecht I: Allgemeiner Teil*, 16.^a ed., München: Beck, 2006, n.ºs 631-632; Id., *Bürg. Recht*, n.º 827-829; Id., “Entscheidungen des BGH als Marksteine für die Entwicklung des allgemeinen Zivilrechts”, *NJW*, (2000) 2921-7 (2924: com a decisão que exclui bens de luxo e atende à utilidade geral da coisa atingida, o BGH “fixou um marco que está algo fora da ordem”), e, por último, G. WAGNER, *Neue Perspektiven im Schadensersatzrecht*, 32.

Admitindo excepcionalmente a indemnização para a privação de uso de automóveis, apesar das objecções de índole dogmática, v. STAUDINGER / MEDICUS, *BGB*, 12.^a ed., § 253, n.ºs 33 s., 36, 41; Gottfried SCHIEMANN, *Argumente und Prinzipien bei der Fortbildung des Schadensrechts: dargestellt an der Rechtsprechung des BGH*, München: Beck, 1981, 66, 298 s.; Horst HAGEN, “Entgangene Gebrauchsvorteile als Vermögensschaden?“, 833-41 (836, s.). Contra esta limitação, v. K. LARENZ, *Schuldrecht*, I, 504.

uma indemnização “abstracta” (independente da concreta possibilidade e vontade de uso), quer para a reparação pela perda das concretas vantagens de utilização da coisa, alargamentos da noção de dano além da “hipótese da diferença” entre situações patrimoniais (e incluindo, pelo menos, o dano real).

Em primeiro lugar, não está apenas em causa uma alegada estreiteza — aliás, entre nós apenas condicionada pela exigência de danos que “pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito” (artigo 496.º, n.º 1) — com que se prevê (e, no direito alemão, quanto à afectação apenas da possibilidade de um direito de utilização de um bem, se continua a prever²⁹) a reparação de danos não patrimoniais no § 253 do Código Civil alemão (não tendo, aliás, deixado de existir propostas no sentido de uma redução teleológica desta norma, as quais, porém, não singraram³⁰). Mesmo entre nós, e pretendendo evitar-se (como se deve) a banalização da compensação por danos não patrimoniais (ou “danos morais”), há-de aceitar-se que nem toda a privação do uso concreto de um bem origina danos não patrimoniais, isto é, insusceptíveis

²⁹ A *Zweite Schadensersatzrechtsänderungsgesetz* (“2.ª Lei de alteração de disposições sobre o regime da indemnização”), que entrou em vigor, no essencial, em 1 de Agosto de 2002, veio, entre outras alterações, integrar o direito a uma indemnização por danos não patrimoniais (*Schmerzensgeld*) no regime geral da indemnização do Código alemão, revogando o § 847 do BGB e acrescentando um n.º II ao § 253, nos termos do qual se for devida indemnização por lesão do corpo, da saúde, da liberdade ou da autodeterminação sexual, “pode também ser pedida uma indemnização equitativa em dinheiro pelo dano que não é patrimonial”. Tal alteração implicou a extensão da possibilidade de indemnização por danos não patrimoniais também à responsabilidade pelo risco e à responsabilidade contratual. Mas não foi previsto um *Schmerzensgeld* pela privação do uso.

Entre as outras alterações referidas destaque-se, no presente contexto, a limitação do âmbito da indemnização pelos custos de uma reparação “ficcional”, relevante para ressarcimento dos custos “fictícios” (“fiktive Kosten”) da reparação natural (§ 249, n.º 2), prevendo-se que só será ressarcido o montante do imposto de transacções (do *Umsatzsteuer*) na medida em que ele tenha sido efectivamente suportado pelo lesado. Sobre as referidas alterações, v. Gerhard WAGNER, “Das Zweite Schadensersatzrechtsänderungsgesetz”, *NJW*, (2002) 2049-64 (2053 s., 2058 s.).

³⁰ Cf. Reiner SCHULZE, “Nutzungsausfallentschädigung — Zu Funktion und Grenzen des § 253 BGB”, *NJW*, (1997) 3337-42, com uma proposta de resolução do problema da indemnização pela privação de uso mediante a redução teleológica do § 253 do BGB para certos grupos de casos, e, portanto, enquadrando a privação do uso como dano não patrimonial.

de avaliação em dinheiro, que “pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito” e que sejam, portanto, ressarcíveis. Conclui-se, assim, pela insuficiência da admissão de uma compensação por danos não patrimoniais para tutelar a privação do uso, e isto seja por que não se quer que esta acabe por ser “banalizada” (e encontram-se casos na nossa jurisprudência em que a compensação foi negada por não se ter considerado existirem prejuízos com gravidade), seja por se reconhecer que não está em causa um prejuízo não avaliável em dinheiro. Na verdade, para além do problema de insuficiência do alcance de uma tal compensação, o “dano da privação do uso” de que se trata aqui é, enquanto prejuízo resultante da falta de utilização de um bem que integra o património³¹,

³¹ A cabal comprovação desta afirmação requereria, naturalmente, o aprofundamento do problema do critério da distinção entre danos patrimoniais e danos não patrimoniais, que não pode aqui ser efectuado. O problema envolve o conceito de património para efeitos civis (no direito penal, cf., com perspectivas diversas, Pedro CAEIRO, *Sobre a natureza dos crimes falenciais*, Coimbra: Coimbra Editora, 1996, 56 s.; e António M. Almeida COSTA, comentário ao artigo 217.º, §§ 5 s., in *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, vol. II, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, 277 s.) e, em particular, a delimitação dos direitos ou bens patrimoniais perante os não patrimoniais. A nossa doutrina não tem desenvolvido o problema em geral (v., ainda assim, Manuel de ANDRADE, *Teoria geral da relação jurídica*, vol. I, Coimbra: Almedina, lições publicadas em 1960 por A. Ferrer Correia e Rui de Alarcão, 205-209; Carlos Alberto da Mota PINTO, *Teoria geral do direito civil*, 4.ª ed. por António Pinto Monteiro / Paulo Mota Pinto, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, n.º 87, 344 s.; António Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I — *Parte Geral*, *Tomo I - Introdução, doutrina geral, negócio jurídico*, 3.ª ed., Coimbra: Almedina, 2005, n.º 79, 307 s.; J. GOMES, “Custo das reparações, valor venal ou valor de substituição?”, 189 s., 233 s.; ID., *O conceito de enriquecimento*, 248 s.; sobre o património, cf. ainda a monografia de Paulo CUNHA, *Do património: estudo de direito privado*, Lisboa, 1934), e ainda menos a propósito da delimitação entre danos patrimoniais e não patrimoniais. Normalmente, a patrimonialidade é identificada com a pecuniaridade, ou “susceptibilidade de avaliação em dinheiro” (v. M. ANDRADE, *Teoria geral da relação jurídica*, 205 s.; ID., *Teoria geral das obrigações*, Coimbra: Almedina, 1958 (3.ª ed., Coimbra: Almedina, 1966, com a colab. de Rui de Alarcão), 164; Orlando de CARVALHO, *Direito das coisas*, Coimbra, 1977, 13, n. 3; António Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I, 307; C. Mota PINTO, *Teoria geral*, n.º 27, III, 345; Rabindranath Capelo de SOUSA, *Teoria geral do direito civil*, vol. I, Coimbra: Coimbra Editora 2003, 188; Heinrich HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português: teoria geral do direito civil*, Coimbra: Almedina, 1992; Luís Carvalho FERNANDES, *Teoria geral do direito civil*, vol. I, Lisboa: Universidade Católica, 2001, 141; cf. também José de Oliveira ASCENSÃO, *Direito civil — Teoria geral*, vol. III: *Relações e situações jurídicas*, Coimbra: Coimbra

Editora, 2002, 21, remetendo para a susceptibilidade de avaliação pecuniária como “critério de base”). E os danos patrimoniais são distinguidos dos danos não patrimoniais por os últimos, não tendo por objecto um bem (ou interesse) de natureza patrimonial, não serem susceptíveis de avaliação em dinheiro: v., além de Manuel de ANDRADE, *Teoria geral das obrigações*, 166 s.; J. Antunes VARELA, *Das obrigações em geral*, I, 600 e s., M. J. Almeida COSTA, *Direito das obrigações*, 592; Fernando Pessoa JORGE, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Lisboa, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, 1968, 373 s.; ID., *Direito das obrigações*, vol. I, Lisboa: AAFDL, 1975-76, 469-70; C. Mota PINTO, *Teoria geral*, 129; A. Pinto MONTEIRO, “Sobre a reparação dos danos morais”, *RPDCorp.*, 1/1 (1992) 17-25, 18-9; Rui de ALARCÃO, *Direito das obrigações*, Coimbra, 1983, texto elaborado pelos Drs. J. Sousa Ribeiro, J. Sinde Monteiro, Almeno de Sá. e J. C. Proença, com base nas lições do Prof. Dr. Rui de Alarcão ao 3.º ano jurídico, 271, Jorge Sinde MONTEIRO, “Rudimentos da responsabilidade civil”, *RFDUP*, 2 (2005) 349-390 (377); Jorge Ribeiro de FARIA, *Direito das obrigações*, vol. I, Coimbra: Almedina, 1987 (reimpr. 2001), 486 s.; L. Menezes LEITÃO, *Direito das obrigações*, I, 332-3; na jurisprud., v., por ex., os cits. acórdãos do STJ de 9 de Maio de 2002 e 4 de Dez. de 2003 e o ac. o TRC de 26 de Nov. de 2002; cf. também Inocência Galvão TELLES, *Direito das obrigações*, 1.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1997, 374 (remetendo para o “conteúdo económico” do sacrifício); António Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II, 1980 (cit. na reimpr. 1986), 285 (natureza económica ou espiritual da situação vantajosa prejudicada); e Pedro Romano MARTINEZ, *Direito das obrigações*. Apontamentos, 2.ª ed., Lisboa: AAFDL, 2004, 99 (distinguindo entre danos que afectam e que não afectam o património). Referindo-se ainda, por vezes, que o que releva não é a natureza dos bens atingidos, que podem ser patrimoniais ou não, mas antes a susceptibilidade de avaliação pecuniária dos prejuízos resultantes da lesão (podendo os danos patrimoniais ser indirectos).

O que seja a *susceptibilidade de avaliação pecuniária* é, porém, ponto que não é normalmente aprofundado. Ora, como salienta António Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II, este critério apenas aparentemente é claro, perdendo nitidez na sua aplicação prática quando se nota que todas as posições, “mesmo as mais pessoais, tendem a poder ser avaliadas em dinheiro”, tendo mesmo em certa medida de sê-lo em ramos como o direito dos seguros ou para fins estatísticos ou de cálculo financeiro — por ex., para determinação dos recursos que devem ser afectados à prevenção de acidentes (v., com interesse, mostrando uma correlação entre o valor estatístico de uma vida e indicadores como o P.I.B. *per capita*, W. Kip VISCUSI / Joseph ALDY, “The Value of a Statistical Life: A Critical Review of Market Estimates throughout the World”, *Harvard Law & Economics Discussion Paper*, 392 [Novembro de 2002], acessível em www.ssrn.com). Tratando do estabelecimento de uma conexão entre o bem e o padrão pecuniário (avaliação em dinheiro), Thomas SCHOBEL, *Der Ersatz frustrierter Aufwendungen. Vermögens- und Nichtvermögensschaden im österreichischen und deutschen Recht*, Wien, 2003, 47 s., distingue, para a delimitação do dano patrimonial, três formas dessa conexão: a) a possibilidade de aquisição e sobretudo alienação por dinheiro no mercado, isto é, a possibilidade de troca por dinheiro (entendimento clássico do dano patrimonial); b) a possibilidade normal de aquisição do bem no mercado em troca de

dinheiro (critério da comercialização do bem), sem atender, porém, à concreta possibilidade de alienação da posição adquirida (no que reside a diferença em relação às anteriores posições); *c*) o facto de terem concretamente sido efectuadas despesas em dinheiro para aquisição do bem ou posição, correspondente ao critério da “frustração de despesas”. A utilização do critério da susceptibilidade de transacção num mercado — considerando patrimoniais os bens que não estão fora do comércio jurídico e, portanto, são adquiridos em mercados e, sobretudo, podem neles ser alienados — parece corresponder ao entendimento clássico da patrimonialidade relevante para a qualificação de um dano como patrimonial (v. T. SCHOBEL, *Der Ersatz frustrierter Aufwendungen*, 49, 51 s.). Para a crítica da tese da comercialização e da frustração de despesas, v. a seguir, no texto.

Entre nós, Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II, 308, resolve o problema da pecuniaridade (e da patrimonialidade) das “situações jurídicas” pela “normativização do critério”, sendo patrimonial aquela situação cuja troca por dinheiro seja admitida pelo direito, mas não aquelas cuja troca por dinheiro a ordem jurídica proíba. O que levaria a que a qualificação como patrimonial pudesse variar, consoante o período histórico atravessado. O critério normativo da licitude da troca por dinheiro não parece, porém, de aceitar para todos os efeitos. É certo que a possibilidade de transmissão num mercado tende a facilitar muito a avaliação pecuniária, e que a referência a um mercado não é possível se o objecto não pode ser nele transaccionado por razões jurídicas. O problema complica-se, porém, quando se pergunta pela perspectiva relevante na relação de “troca por dinheiro”. A admissibilidade de troca de um bem por dinheiro pode não coincidir com a sua *alienabilidade*, pois esta pode não afectar a possibilidade de avaliação em dinheiro — sem o que, por ex., direitos como o de uso e habitação, consabidamente não transmissíveis, nos termos do artigo 1488.º, teriam de ser qualificados como não patrimoniais, o que não parece adequado (v. C. Mota PINTO, *Teoria geral*, 345, n. 404). A “situação cuja troca por dinheiro seja admitida pelo Direito” poderia, pois, tendo em conta esses casos, ser aquela cuja aquisição por dinheiro é lícita. Mas também este critério não é aceitável em geral: por ex., um imóvel que seja património artístico e cuja aquisição seja proibida por lei não deixa, por isso, de ser susceptível de avaliação em dinheiro e de ser objecto de um direito patrimonial, sendo a sua destruição igualmente de considerar como dano patrimonial; enquanto, por outro lado, existem bens que podem ser obtidos em troca de dinheiro (pense-se, por ex., no prazer de uma viagem, na estética facial, ou, mesmo, em certa medida, na saúde) que são indiscutivelmente não patrimoniais. Em geral, não se vê por que razão rejeitar o critério da necessidade de uma despesa pecuniária para a aquisição: a susceptibilidade de avaliação em dinheiro não tem de resultar do valor de troca do bem, por este ser alienável a troco de dinheiro, mas pode resultar também de um valor de uso “traduzido em o direito, não sendo embora permutável, proporcionar o gozo de um bem, material ou ideal, que só se obtém mediante uma despesa” (C. Mota PINTO, *Teoria geral*, 345, n. 404; referindo também a possibilidade de avaliação pecuniária do bem porque “o titular, para adquiri-lo, faz um sacrifício económico, uma despesa”, v. Manuel de ANDRADE, *Teoria geral da relação jurídica*, I, 206).

De qualquer modo, não se vê que a susceptibilidade de avaliação em dinheiro relevante para cada efeito jurídico (por ex., para a distinção entre danos patrimoniais e não patrimoniais) tenha de depender da licitude geral da troca de uma posição por dinheiro, porque esta pode resultar de razões que nada têm a ver com a patrimonialidade relevante, por ex., para a qualificação dos danos — antes com a inalienabilidade de certos bens ou a sua exclusão do comércio jurídico por razões de índole variada. Não que a possibilidade de transacção num mercado não seja, em regra, condição da possibilidade de uma avaliação pecuniária objectiva. Mas, como critério sem excepções, a licitude da troca por dinheiro é inadequada para fixar a patrimonialidade para todos os efeitos, já que a sobrecarrega com momentos normativos que podem não a afectar (inadequada, portanto, não por ser uma “normativização”, mas por não ser a mais correcta), e, designadamente, não atende às diversas funções para que pode relevar a qualificação como patrimonial. Pensamos que também a patrimonialidade — isto é, a susceptibilidade de avaliação pecuniária ou pecuniaridade — se perfila como uma noção ou conceito determinado pela função, podendo a susceptibilidade de avaliação pecuniária variar consoante a finalidade que está em causa. Nesse sentido, o critério da patrimonialidade poderá variar, por ex., entre a delimitação do património relevante para efeitos de responsabilidade patrimonial e a distinção entre danos patrimoniais e não patrimoniais (recorde-se que nesta o que está em causa é, não a consequência, patrimonial, da responsabilidade, mas a delimitação dos seus requisitos de fundamentação).

Com a distinção de regime entre danos patrimoniais e danos não patrimoniais não se trata de limitar a circulação dos bens em causa (como, por ex., para efeitos da concretização da contrariedade de certos negócios à ordem pública). Sobretudo em ordens jurídicas que admitem em geral a compensabilidade dos danos não patrimoniais (incluindo na responsabilidade contratual — v. António Pinto MONTEIRO, *Cláusula penal e indemnização*, Coimbra: Almedina, 1990, n. 77, 31 s.), com a única condição de, pela sua gravidade, merecerem tutela jurídica, o que está em causa é, antes, assegurar um mínimo de *objectividade* na avaliação das posições ou bens afectados e evitar um *desmesurado alargamento* (não só da juridificação de certas relações, como mostra o critério da gravidade e do merecimento de protecção, roas sobretudo) das pretensões compensatórias, com as correspectivas incerteza e restrição da liberdade de acção (vendo o problema já na relação entre os planos subjectivos do lesado e o problema do valor, v. Jürgen BRINKER, *Die Dogmatik zum Vermögensschadensersatz: Differenzierungsdefizite, Ressourcenverwendungspläne und das Wertproblem*, Berlin: Duncker & Humblot, 1982, 288 s., 318 s.). Pelo que o critério a atender há-de ser tal que garanta uma objectividade de avaliação, isto é, que a posição em causa não tenha apenas um significado irremissivelmente limitado ao lesado, mas para o típico “participante no mercado”. Nas palavras de Franz BYDLINSKI (*System und Prinzipien des Privatrechts*, Wien / New York: Springer, 1996, 221), é decisivo apurar “se a uma modificação desvantajosa real da situação do lesado pode ser reconduzida, para compensação, uma determinada quantia de dinheiro quantificável mediante uma referência compreensível a fenómenos reais de mercado, e, portanto, sem decisões discricionárias, hipóteses ousadas ou tabelas e percentagens de desconto livremente inventadas”. Isto, para além

e avaliável em dinheiro, naturalmente um dano patrimonial³².

O problema também não residia. por outro lado, no encerramento da doutrina do dano num dualismo insuficiente, entre dano patrimonial e dano não patrimonial, não merecendo melhor sorte do que o alargamento da compensabilidade dos danos não patrimoniais as correspondentes propostas de enquadramento da indemnização pela privação do gozo num *tertium genus*³³ — fosse ele o de um “prémio à poupança” (“*Sparsamkeitsprämie*”) por parte do lesado que não incorre em despesas de aluguer de um automóvel mas pretende o ressarcimento do seu dano da privação do uso³⁴, o do “dano da necessidade” (“*Be-*

de se ter de garantir a congruência entre o bem afectado e o utilizado para padrão de avaliação (o que não acontece, por ex., se se avalia o valor do uso de uma viatura própria pelo valor de obtenção de uma viatura de aluguer) e de assumir a perspectiva relevante para fins indemnizatórios — cf. T. SCHOBEL, *Der Ersatz frustrierter Aufwendungen*, 62 s., dizendo que, na alternativa entre a posição do adquirente e a do alienante, a primeira deve ser relevante, não na indemnização por equivalente, mas apenas para o ressarcimento dos custos da reconstituição natural (mas a conclusão parece-nos duvidosa, não sendo aqui que, a nosso ver, assenta a principal crítica à “tese da comercialização”).

³² Qualificando a privação do uso como dano patrimonial, v. L. Menezes LEITÃO, *Direito das obrigações*, 1, 333 (o simples uso constitui uma vantagem susceptível de avaliação pecuniária); e já antes, *id.*, *O enriquecimento*, 792, n. 6; A. MARCELINO, *Acidentes de viação*, 359; A. A. A. GERALDES, *Temas da responsabilidade civil — 1*, 48 s. Como mostram os problemas de avaliação da susceptibilidade de uso, mesmo enquanto dano patrimonial, o debate germânico entre as teses da “comercialização” e da “frustração” (v. a seguir, no texto), não tem, pois, sentido apenas por causa das limitações à admissão de compensação de danos não patrimoniais, no direito alemão (assim, porém, L. Menezes LEITÃO, *O enriquecimento*).

³³ Pensamos, aliás, que é logo no plano lógico que a própria definição “negativa” dos danos “não patrimoniais” inviabiliza um tal *tertium genus*. Mas não se insistirá nesta objecção.

³⁴ A fundamentação da indemnização pela privação do uso num “*Sparsamkeitsprämie*”, que não deveria desonerar o lesante, foi invocada por D. Medicus, em STAUDINGER, *BGB*, 12.^a ed., § 253, n.ºs 33-6; *id.*, *Bürg. Recht*, n.º 828; *id.*, *Schuldrecht. AT*, n.º 632 (a indemnização pela privação do uso estimula o lesado a satisfazer-se provisoriamente de forma mais modesta, abaixo do que corresponderia a uma reparação total; não deve, pois, ficar de mãos vazias, se opta por renunciar a um aluguer de uma viatura de substituição e resolve as suas necessidades de outra forma). V. também E. STEFFEN, “*Der normative Verkehrsunfallschaden*”, 2061. Entre nós, o ponto é salientado por L. Menezes LEITÃO, *Direito das obrigações*, 1, 333, nota 697.

Tal pode ser um bom argumento de política legislativa. Todavia, como se nota em STAUDINGER / SCHIEMANN, *Kommentar zum Bürgerlichen Ge-*

darfsschaden”) de um valor para cobrir a falta³⁵, ocorrendo à necessidade de utilização, ou um alargamento do entendimento da reconstituição natural³⁶. Antes, reconhecendo que a questão do dano da privação do gozo se situa (se não inteiramente, pelo menos na dimensão mais problemática, e que agora interessa considerar) no terreno do dano patrimonial, há que procurar critérios para este que pudessem incluir, por exemplo, a conhecida hipótese do roubo ou destruição do bilhete de teatro³⁷, ou desig-

setzbuch, § 251, n.º 122, 72, 85, é difícil enquadrá-lo dogmáticamente, pois há uma contradição entre a atribuição de uma pretensão compensatória correspondente aos custos do aluguer, pelo próprio lesado, de um veículo de substituição como medida para prevenir um dano da privação do uso (arg. “de baixo para cima”), e a justificação da indemnização pela privação do uso como forma de “recompensa” pela opção pela variante menos cara, prescindindo da locação (arg. “de cima para baixo”). Além de faltarem dados empíricos que permitam comprovar se o referido “prémio” atinge o seu objectivo.

³⁵ A *Bedarfstheorie* de ALBRECHT ZEUNER, “Schadensbegriff und Ersatz von Vermögensschäden”, *AcP*, 163 (1964), 380-400 (380 s., 396 s.). V. também Axel FLESSNER, “Geldersatz für Gebrauchsentsgang”, *JZ*, 1987, 271-82 (277 s.), e, para crítica, D. MEDICUS, “Das Luxusargument,,,”, 1893 s., J. BRINKER, *Die Dogmatik*, 207-209; Hans-Joachim MERTENS, in Hans Theodor SOERGEL / Wolfgang SIEBERT, org., *Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungs-gesetz und Nebengesetzen, Kohlhammer-Kommentar, begr. von Hs. Th. Soergel*, 11.ª ed., Kohlhammer, 1990, anot. pr. ao § 249, n.º s 57-8; entre nós, cf. J. GOMES, “O dano da privação do uso”, 216-7. A doutrina de ZEUNER parece mais adequada a uma pretensão de compensação pelos custos da reconstituição natural, nos termos do § 249, n.º 2 (pretensão cuja admissão entre nós é problemática) do que a uma verdadeira indemnização por equivalente. No plano desta, com a invocação do “dano da necessidade” de um montante pecuniário, aberta pela privação do uso, não se está verdadeiramente a propor o ressarcimento da própria privação do uso, mas antes da diminuição de recursos económicos que seriam eventualmente necessários para assegurar aquele. A necessidade (e a possibilidade) de utilização desses recursos para proporcionar um uso está, porém, dependente de muitos factores, que podem não se verificar (desde a possibilidade de o lesado usar a coisa até à vontade para tal, passando pela falta de disponibilidade de outra coisa ou, mesmo, de meios económicos em abundância).

³⁶ Cf. Thomas RAUSCHER, “Abschied vom Schadensersatz für Nutzungsausfall?”, *NJW*, (1986) 2011-8.

³⁷ Uma situação em que a ideia da diferença patrimonial encontra dificuldades é a hipótese de escola da destruição ou furto de bilhetes para um espectáculo (ou, também, de, por virtude um acidente, o lesado ser impedido de assistir a este), exigindo o titular, que não comprou outro bilhete, um ressarcimento por equivalente depois de aquele ter tido lugar (v. S. WÜRTHWEIN, *Schadensersatz*, 401 s.; STAUDINGER / MEDICUS, § 253, n.º 55; STAUDINGER / SCHIEMANN, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, § 251, n.º 103; H. LANGE /

nadamente, os problemas suscitados pela privação do gozo, não só de veículos automóveis como de uma série de outros bens, para a qual se pretendeu obter indemnização.

Destes critérios, os que não romperam com uma “fórmula da diferença” limitada à comparação entre situações patrimoniais (como a doutrina do “dano objectivo”, ou o uso, como cripto-argumento, do “dano normativo”), apesar de terem conhecido algumas adesões, parecem, porém, revelar-se insuficientes³⁸.

G. SCHIEMANN, *Schadensersatz*, § 6; ID., n. 26, PALANDT / HEINRICH, anot. pr. ao § 249, n.º 35; para um caso de um acidente que impediu a participação num cruzeiro, v. BGH, 29 de Nov. de 1985, NJW-RR, [1986] 963-5). Tivesse ou não o evento lesivo tido lugar, a situação patrimonial do lesado seria hoje a mesma, mas a consequência da negação de uma indemnização é vista em geral como injusta (sendo certo, por outro lado, que o problema não é simplesmente resolvido pelo recurso à compensação de danos não patrimoniais). Alguma doutrina recorre à existência de uma “comercialização” da vantagem (imaterial) consistente no espectáculo para afirmar um dano patrimonial (v., por ex., STAUDINGER / MEDICUS, § 251, n.º 103), enquanto outros invocam a existência de um “dano da frustração” de despesas (v. H.-J. MERTENS, *Der Begriff des Vermögensschadens*, 160, para o qual, quando a lesão atinge o titular, só haveria direito ao ressarcimento quando este já tinha fixado um “objectivo vital” determinado, como assistir a um espectáculo ou tomar um certo avião, tendo realizado despesas para tanto, o que não aconteceria quando está em causa a possibilidade geral de gozo num prazo longo, como quando está em causa o arrendamento de uma casa para passar os fins de semana, de um campo de ténis ou de um couro de caça; rejeitando a equiparação de despesas frustradas a um dano, salvo no domínio contratual, v., porém, posteriormente, SOERGER / MERTENS, anot. pr. ao § 249, n.ºs. 92-102).

O problema parece resolver-se se se atentar em que a frustração do gozo destrói simultaneamente todo o valor tanto de uso como substancial do bilhete, que deixa de ser utilizável (só não é assim se, por ex., a lesão do titular tem lugar com a antecedência suficiente para permitir que o bilhete venha a ser usado por outrem), por causa da vinculação temporal da prestação devida ao titular do bilhete. Uma concepção de dano centrada no dano real dá, pois, conta da solução adequada destes casos. Já a lesão do titular levanta questões mais delicadas, por comparação com a intervenção sobre o próprio bem, remetendo para o problema da qualificação como dano patrimonial ou como dano não patrimonial do prejuízo resultante da “frustração de despesas”. V. o nosso *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, Coimbra, 2007, n.º 27.

³⁸ Sobre as propostas referidas e outras, cf. Gerhard HOHLOCH, “Allgemeines Schadensrecht”, in BUNDESMINISTERIUM DER JUSTIZ, *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, vol. II, Köln: Bundesanzeiger, 1981, 375-478 (408 s., 419 s.); J. BRINKER, *Die Dogmatik*, 204 s.; S. WÜRTHWEIN, *Schadensersatz*, 30 s., 37 s.

A via primeiro seguida pela jurisprudência alemã baseou-se na relevância da existência de uma “comercialização” do bem — no caso, do uso do bem — no tráfico jurídico, para afirmação da existência de um dano patrimonial³⁹, extraindo-se da delimitação pela comercialização a consequência de que o valor relevante para a indemnização era o preço de mercado para o bem (por exemplo, o valor do aluguer de uma viatura). O critério estava, pois, na referência ao mercado, resultante de o bem em causa ser normalmente transaccionado⁴⁰, e designadamente adquirido, com dinheiro⁴¹. Nem sempre, contudo, esse critério era uniforme, tanto se considerando relevante, para delimitar o uso ressarcível, a possibilidade de aquisição da coisa⁴², como o facto de o gozo em si mesmo ser uma vantagem objecto de comercialização, por

³⁹ Assim, logo no *Seereise-Fall*, cit., de 1956, mas depois também em decisões relativas ao uso de viaturas (v. os cits. ac. do BGH de 30 Mar. 1963, *NJW*, [1964] 542, e 15 de Abr. de 1966) ou ao gozo frustrado de férias (v. por ex., BGH, 10 de Out. de 1974, *NJW*, [1975] 40), vendo o dano no preço de mercado (por ex., os custos locativos) de um bem semelhante, descontando o lucro empresarial e os custos gerais da empresa. Para a frustração da possibilidade de gozo de um empréstimo sem juros, v. a decisão do BGH de 26 de Abr. de 1979, *NJW*, [1979] 1494.

⁴⁰ Nesse padrão de normalidade — contraposto à realização concreta de uma despesa para aquisição — reside a diferença em relação ao critério da frustração de despesas, que referimos a seguir. Assim, segundo este critério, se o lesado adquirira o bem por um preço abaixo do mercado, a diferença era indemnizável, constituindo um lucro seu. V. J. Esser / E. Schmidt, *Schuldrecht*, 195, s.

⁴¹ O critério da “comercialização” é defendido por Wolfgang Grunsky, *Aktuelle Probleme zum Begriff des Vermögensschadens*, 30 s.; id., in *MK*, 2.^a ed., anot. prévia ao § 249 n.ºs 12b, s., 17, 19 s.; v. também id., “Neue höchstrichterliche Rechtsprechung zum Schadensersatzrecht”, in *jz*, (1986) 170-177. Favoráveis à ideia de comercialização, também Palandt / Heinrichs, anot. pr. ao § 249, n.ºs 10-12; Oetker, *MK*, § 249, n.º 40; AK/Rüssmann, anot. pr. aos §§ 249-253, n.ºs 26 s., 33. Para mais elementos, v. T. Schobel, *Der Ersatzfrustrierter Aufwendungen*, 59 s.; S. Würthwein, *Schadensersatz*, 40 s.; H. Lange / G. Schiemann, *Schadensersatz*, 253 s. Cf. também Johannes Köndgen, “Ökonomische Aspekte des Schadensproblems. Bemerkungen zur Kommerzialisierungsmethode des Bundesgerichtshofes”, *AcP*, 177 (1977) 1-34. Na perspectiva da análise económica, v. também Claus Ott / Hans-Bernd Schäfer, “Begründung und Bemessung des Schadensersatzes wegen entgangener Sachnutzung”, *ZIP*, (1986) 613-24.

⁴² Considerando que o que distingue a tese da comercialização é ver a avaliação pelo mercado na perspectiva do adquirente, v. T. Schobel, *Der Ersatz frustrierter Aufwendungen*, 62 s.

o lesado ter podido adquirir num mercado um correspondente direito de gozo, ou, noutra versão, porque poderia ter alienado tal vantagem⁴³.

Mesmo deixando de lado os problemas levantados pela referência ao mercado⁴⁴, a ideia da “comercialização” não parece contudo bastar⁴⁵ não só por não abranger todos os casos relevantes (designadamente, quando se trata de uma utilização ou gozo de uma prestação única, irrepetível) como por apontar para um

⁴³ Um dos problemas da crítica da tese de comercialização é, justamente, a sua imprecisão, tendo sido modificada e “ajustada” consoante as críticas que lhe foram sendo feitas — v. T. Schobel, *Der Ersatz frustrierter Aufwendungen*, 61 s.

⁴⁴ Cf. entre nós, J. Gomes, “O dano da privação do uso”, 186, 227 s., expondo e criticando a “tese da comercialização”, designadamente, por tomar o mercado o único critério de avaliação, sem considerar outros valores (como o valor estimativo). Como já referimos, entendemos que o conceito de patrimonialidade é, no critério para a pecuniaridade, determinado pela função do regime jurídico para que é utilizado, pelo que é tal função que é decisiva para optar, por ex., por uma perspectiva apenas de mercado e pela perspectiva do adquirente ou do alienante. Na distinção entre danos patrimoniais e não patrimoniais, a referência objectiva que os primeiros pressupõem dificilmente parece, porém, poder ser conseguida de outra forma que não seja a referência a um mercado real ou hipotético — embora o critério decisivo não seja, repetimos, a licitude da transmissão do bem —, excluindo, assim, o mero valor estimativo ou “interesse na afeição” (recorde-se que a relevância do interesse *affectionis* para a indemnização é discutida já desde autores medievais como Placentinus, com exemplos como o da destruição de um códice em que o proprietário tinha tomado notas próprias).

⁴⁵ Para crítica, v. B. Keuk, *Vermögensschaden und Interesse*, 209, K. Larenz, *Schuldrecht*, I, § 29, I, c; Kleanthis, *Schaden und Folgeschaden: die systematischen und die Wertungsgrundlagen der Schadenszurechnung*, Köln: Carl Heymanns, 1992, 161 s.; M. Tolk, *Der Frustrierungsgedanke*, passim; Joachim Ströfer, *Schadensersatz und Kommerzialisierung. Grundprobleme der Grenzbereiche von materiellem und immateriellem Schaden unter besonderer Berücksichtigung des Vertragsrechts*, Berlin: Duncker & Humblot, 1982; G. Jahr, “Schadensersatz“, 769, 778 s.; S. Würthwein, *Schadensersatz*, 40 s.; e T. Schobel, *Der Ersatz frustrierter Aufwendungen*, 51 s. (centrando-se na inadequação da perspectiva do adquirente para a indemnização por equivalente e na incongruência entre objecto avaliado e padrão de medição, referida a seguir no texto).

Segundo H. Lange / G. Schiemann, *Schadensersatz*, § 6, iii, 253-255, na doutrina prevalecem as vozes cépticas e as discussões tratam mais das fronteiras da comercialização relevante para o direito da indemnização e dos pressupostos que são necessários, além da possibilidade de compra do bem, para que exista um dano patrimonial.

excessivo alargamento da ressarcibilidade: muitas vantagens que são de qualificar como não patrimoniais (desde logo, a saúde) podem hoje ser mais ou menos diretamente adquiridas com dinheiro, e, por outro lado, a comercialização em causa não tem de reportar-se a uma concreta vantagem do gozo, mas apenas uma abstracta possibilidade de utilização. A remissão para a “comercialização” do uso passa, também, ao lado do problema, ao conduzir a uma incongruência entre o bem ou vantagem do lesado e aquele utilizado para fins de avaliação (pois ainda que a vantagem do gozo fosse “comercializável”, a situação de um proprietário, quanto às vantagens concretas que retira do gozo de um bem, não é de equiparar ao direito de gozo do locatário, que também é objecto de transação no comércio, o que se exprime, desde logo, numa diversa avaliação do dano)⁴⁶. Aliás, a tese da comercialização é inconciliável com uma medida da indemnização pela privação do uso que fique abaixo do respectivo preço de mercado⁴⁷.

Outra posição⁴⁸, partindo da verificação de que o uso indevido de uma coisa alheia obriga o interveniente à restituição daquilo com que dessa forma se locupletou, e concluindo que a possibilidade de utilização estava reservada ao titular do bem, admitia uma indemnização tanto por privação delitual da posse da coisa como no caso da mera privação da sua possibilidade de utilização. Para o cálculo dessa indemnização, poderia fazer-se um paralelo com as regras de cálculo da reparação pela ofensa a direitos de exclusão sobre bens imateriais, como o direito de autor e os direitos da propriedade industrial, em que, numa longa tradição que já tem sido considerada mesmo como consolidada em direito consuetudinário, a jurisprudência alemã concede ao titular uma pretensão ressarcitória no montante correspondente ao que seria obtido mediante a concessão de uma licença adequada

⁴⁶ Criticando esta equiparação entre o valor do uso de uma viatura própria e o custo de uma viatura de aluguer, v. S. Würthwein, *Schadensersatz*, 42-3; T. Schobel, *Der Ersatz frustrierter Aufwendungen*, 68 s.

⁴⁷ Salientando que, por isso, é hoje, depois da decisão do bgh de 1986, raramente defendida, v. Staudinger / Schiemann, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, § 253, n.ºs 18 s.

⁴⁸ G. Jahr, “Schadensersatz”, 725 s. Para exposição, v., entre nós, J. Gomes, “O dano da privação do uso”, 217 s.

para a utilização do direito⁴⁹.

Também esta proposta de um (ficcional) “licenciamento do uso”, porém, se revela insuficiente, pois assenta, tal como a “comercialização” ou o entendimento em termos “subjetivo-funcionais” do dano patrimonial (como “perturbação da função do património”)⁵⁰, no pressuposto de que o prejuízo a ressarcir consiste na afectação da possibilidade de utilização do proprietário enquanto tal (isto é, em abstracto), e não na perda das concretas vantagens (não pecuniárias) retiradas do gozo do bem (considerando, designadamente, elementos concretos como a hipotética utilização). Tal pressuposto é, porém, assumido sem se proceder a uma determinação de qual é exactamente o dano que deve ser ressarcido⁵¹ — a privação da possibilidade de uso ou a privação de concretas vantagens de uso —, e é ele que legitima a equiparação entre a situação do proprietário que se vê privado da utilização da coisa e a posição do locatário (ou, noutra versão, do locador), a servir de base a um cálculo do dano com base no valor correspondente ao aluguer⁵².

⁴⁹ V. indicações sobre esta forma atípica de cálculo do “dano”, segundo uma *Lizenzgebühr*, entre nós, em J. Gomes, O conceito de enriquecimento, 784 s. Para crítica à doutrina que se baseia numa analogia com a concessão de uma licença para utilização, v. S. Würthwein, *Schadensersatz*, 45 s.

⁵⁰ Assim, H.-J. Mertens, *Der Begriff*.

⁵¹ Na rigorosa definição desse dano, na contraposição entre possibilidade abstracta de uso e concreta vantagem de uso de uma coisa — concluindo, a partir de uma análise do regime dos frutos, das “utilizações” (*Nutzungen*) e dos direitos de gozo, por esta última opção — está a nosso ver o principal contributo do cit. trabalho de S. Würthwein, *Schadensersatz*.

⁵² Tal como é esse o pressuposto que permite equiparar a perda, em virtude de um comportamento com relevância delitual, da posse de uma coisa, com a privação da possibilidade de utilização da coisa, ou que permite que, mediante o alargamento do conceito de património, se passe nele a incluir logo o mero potencial funcional dos bens que o integram. Entre nós, parecem aceitar tal pressuposto os autores que se têm pronunciado a favor da indemnização da privação do uso, seja denunciando a estreiteza de uma noção de valor limitada ao valor de mercado e sugerindo paralelos com o enriquecimento sem causa (J. Gomes, “O dano da privação do uso”, 217 s.; *Id.*, O conceito de enriquecimento, 274 s.), seja assumindo claramente a irrelevância do tipo de utilização habitualmente dado ao bem, ou que se lhe pretendia dar e remetendo para o poder de fruição do proprietário (A. A. Geraldês, *Temas da responsabilidade civil* — 1, 48, 57), seja, implicitamente, remetendo para o critério do valor locativo (L. Menezes Leitão, *Direito das obrigações*, i, 333, n. 696, mas referindo, na n. 697, um cálculo do dano “em termos reais”).

4. A afectação da possibilidade abstracta e a perda das concretas vantagens do uso da coisa

É, porém, duvidoso que a perturbação da possibilidade abstracta de uso resultante da propriedade da coisa, do jus utendi et fruendi integrado do licere do proprietário justamente porque integrante apenas de um licere), constitua logo, para além de um acto violador do direito (ilícito), um dano (uma lesão de um bem) que exija imediatamente uma protecção indemnizatória, independentemente das circunstâncias concretas. Cremos que há que distinguir, por assumirem diversa relevância para efeitos de regime, entre a faculdade abstracta de utilização da coisa, os direitos de utilização resultantes, por exemplo, de um contrato destinado a proporcionar tal gozo, e as concretas e determinadas vantagens retiradas do gozo da coisa⁵³. A primeira, como possibilidade abstracta (embora referida a uma coisa determinada), é logo inerente ao licere que constitui o “lado interno” dos direitos de domínio e não tem uma estrita vinculação temporal, na medida em que o direito de usar e fruir uma coisa (não deteriorada) pode ser exercido num momento posterior. Confere ao proprietário um “espaço de liberdade”, dependente na sua atualização da possibilidade e opção de uso. Os direitos de gozo fundamentam-se num título (normalmente um contrato) que molda decisivamente o seu âmbito e visa justamente proporcionar uma possibilidade de gozo, e por um período de tempo limitado, distinguindo-se daquela faculdade de utilização do proprietário (como é patente, além do mais, quando está em causa a privação do uso, não pelo proprietário, mas, justamente por um titular de um direito de gozo limitado no tempo⁵⁴). Diversamente, as concretas vantagens do gozo da

⁵³ S. Würthwein, Schadensersatz, §§ 3-4, 75 s.

⁵⁴ A diferença é patente quando está em causa a privação do uso, não pelo proprietário, mas por um titular de um direito de gozo limitado no tempo. Por se tratar de direitos de utilização, é dispensável a utilização efectiva, por ex., do objecto locado para que a contraprestação seja devida: o contrato visa justamente uma autorização de utilização, seja ela ou não concretizável no caso concreto. Por outro lado, sendo o direito por natureza temporário, a privação do uso por um período de tempo significa a perda definitiva do direito para a fracção correspondente da “vida” desse direito. O paralelo com a perda durante o lapso de tempo em causa da possibilidade de uso pelo

proprietário (vendo o direito deste como um “feixe” de possibilidades de uso em cada momento temporal) afigura-se improcedente (independentemente da prova de que aquele não poderia ou não querer ter usado a coisa durante esse período de tempo). É que o uso integrado no direito de propriedade, que não é um direito limitado a uma faculdade de gozo e é perpétuo, pode-se recuperar posteriormente, pois esse direito inclui um potencial de uso ilimitado no tempo. Enquanto a privação temporária significa para o titular de um direito de gozo que o seu direito se perde definitivamente (pelo menos em parte), a lesão da coisa que priva o proprietário do seu uso não assume autonomamente tal relevância, para além da lesão na própria substância da coisa, podendo o seu uso ser adiado. Só não é assim para as possibilidades de uso do proprietário que estão estritamente vinculadas temporalmente, como nos referidos casos de bilhetes de espectáculo, em que mesmo a ofensa que atinge o seu titular deve conduzir a um dever de indemnizar — v. J. Esser / E. Schmidt, *Schuldrecht*, 486-7 (“a utilização apenas adiada, mas não impedida, não constitui uma rubrica patrimonial relevante”, com autonomia em relação ao valor substancial), S. Würthwein, *Schadensersatz*, 75 s., 85 s., 95.

Assim, se o direito de gozo tiver sido adquirido onerosamente, o titular terá direito a uma indemnização pelo menos igual à fracção da contraprestação correspondente à privação do uso, nada se opondo a uma avaliação da fracção do direito de gozo perdida pelo seu custo, isto é, pelas despesas correspondentes (por ex., se o locatário foi privado durante um mês do uso de uma viatura alugada por dois meses, tem direito a metade das despesas suportadas). As despesas realizadas servem aqui para avaliação do bem (e o dano está na lesão deste, e não directamente na realização das despesas), sendo neste momento que é relevante a questão de saber se existe um mercado para ele (se este é “susceptível de avaliação pecuniária”). Se o direito foi adquirido gratuitamente, tem de avaliar-se o direito de gozo sem consideração de qualquer contraprestação, apenas com referência ao valor de mercado do uso.

Sublinhe-se ainda, que o ponto de vista decisivo nos parece residir na dimensão temporal, tendo em conta a situação do lesado — relevando a existência, ou não, de uma vinculação temporal da possibilidade de uso e de uma ligação do direito de gozo ao decurso do tempo (não cremos que se deva afirmar, sem mais, que todo e qualquer uso, por ter lugar no tempo como toda a acção humana, é irrepetível e vinculado temporalmente, num arg. que, evidentemente, desde logo levaria, por ex., a que nunca fosse possível qualquer reconstituição verdadeiramente *in natura*). A vinculação temporal da possibilidade de uso (do bem) não tem, porém, de resultar da limitação do direito, podendo decorrer do período limitado de vida útil da coisa — e o efeito da deterioração e envelhecimento da coisa (que será indemnizável) durante o período de tempo em que o titular se viu privado do seu uso é evidentemente indemnizável, além da privação do uso — ou até de circunstâncias da pessoa do titular do bem. Tal ponto de vista decisivo parece, porém, ter também um reverso: se a possibilidade de uso, mesmo que protegida por um específico direito de gozo, se estende por um prazo suficientemente longo (pense-se, por ex., num usufruto pelo prazo máximo de 30 anos, ou num arrendamento vinculístico), é normal, e aceite pelo beneficiário, que existam também momentos em que a utilização não é actualizada. Assim, será de admitir a prova

coisa não se situam no plano do mero licere inerente à propriedade — como faculdade deôntica —, mas situam-se também no plano fáctico. Como concretizações dependentes de elementos subjetivos e contextuais, as vantagens concretas do gozo autonomizam-se, quer do direito pessoal de gozo, por exemplo, de um locatário, quer daquele *ius utendi et fruendi* do proprietário em que se traduz a faculdade de utilização.

Esta distinção não é contrariada — antes é reforçada — pela consideração de “lugares paralelos” em que a lei civil atendeu às “vantagens de uso” da coisa, desde que, evidentemente, se tenham presentes as dimensões específicas de cada problema em que elas relevam. Referimo-nos, designadamente, ao regime das vantagens do uso (em particular dos frutos)⁵⁵ na relação possui-

de que o lesado não poderia ou quereria utilizar a coisa (pelo menos quando esteja em causa uma lesão ao titular do direito de uso). O problema também não é, aliás, resolvido logo pelo artigo 1040.º, n.º 2, que prevê a redução da renda ou aluguer em caso de privação ou diminuição do gozo da coisa locada, desde que, se não for imputável ao locador ou seus familiares, exceda um sexto da duração do contrato, não só porque a privação pode não exceder esta fracção como porque independentemente da redução da contraprestação pode continuar a existir um dano de privação do uso.

⁵⁵ S. Würthwein, *Schadensersatz*, 123 s., mostra que a lei alemã distingue entre a possibilidade de uso e as concretas “vantagens de uso” ou “utilizações” (“Nutzungen”) da coisa, ao considerar relevantes em geral, quer na resolução, quer no enriquecimento sem causa, quer na relação possuidor/proprietário, não a medida correspondente à possibilidade de utilização pelo devedor (ou possuidor), mas as “utilizações” (“Nutzungen”) efectivamente obtidas. Daqui conclui que a lei distingue entre a possibilidade de uso ou gozo da coisa pelo proprietário, não actualizada, e o gozo ou uso concretos, com vantagens concretas, autonomizando o regime destas para efeitos obrigacionais.

A transposição do arg. para o nosso direito, para distinguir entre a possibilidade de utilização do proprietário e as concretas vantagens de uso, depara, é certo, com a dificuldade de não existir entre nós uma noção equivalente à de “utilizações” (“Nutzungen”), definidas no § 100 do *gbg* como “os frutos de uma coisa ou de um direito bem como as vantagens que o uso da coisa ou do direito proporciona”. A distinção baseia-se no facto de o uso de uma coisa, e as concomitantes vantagens, dever ser distinguido da obtenção de frutos, existindo titulares de direitos de gozo que apenas estão legitimados para o gozo, mas não para fruir a coisa (no sentido de ficar com os frutos). É mesmo aqui que se centra a distinção da situação do locatário na locação de coisas não produtivas (*Miete* — § 535 do *gbg*) e na locação de coisas frutíferas (*Pacht* — § 581, n.º 1). Entre nós, apenas se trabalha com a noção de frutos, definidos no artigo 212.º em termos não muito diversos, para o que

dor/proprietário, como à disciplina das obrigações de restituição, em que tendem a relevar as vantagens de uso concretamente percebidas pelo devedor e em que a irrelevância, em geral, de uma perda concreta dessas vantagens pelo credor (o proprietário ou o credor da restituição) se explica por razões específicas dos institutos em causa⁵⁶.

ora interessa (a contraposição às vantagens de uso), do § 99, n.º 1, do bgb. Temos, pois, a espécie (frutos), mas não o genus em que se incluem, além dos frutos, as vantagens de uso. O nosso legislador, quando quer incluir também estas, ou usa em geral uma expressão abrangente — v. os artigos 289.º, n.º 1 (“ser restituído tudo o que tiver sido prestado ou, se a restituição em espécie não for possível, o valor correspondente”), e 473.º, n.º 1 (“tudo quando se tenha obtido à custa do empobrecido ou, se a restituição em espécie não for possível, o valor correspondente”) — ou se refere apenas aos frutos (artigos 1270.º e s.), mas não às concretas vantagens de uso. Por vezes é contraposto, ou tratado a par, o uso e a fruição — v., por ex., os artigos 981.º, n.º 2, 984.º, al. b), 1017.º. O “uso” da coisa, mas não autonomamente as vantagens que este proporciona (as “Nutzungen”), é, normalmente, disciplinado no quadro do conteúdo de cada direito: v., por ex., os artigos 671.º, al. b), 1 133.º, 1 137.º, n.ºs 1 e 2, 1389.º, 1391.º (privação do uso da água) e s., 1402.º, 1406.º, 1421.º, 1482.º. A separação entre fruição e uso é patente no caso do comodato (cf. os artigos 1129.º, 1 132.º e s.), enquanto o direito real de uso (artigo 1484.º) abrange já a faculdade de haver os frutos da coisa. O “gozo” da coisa é expressão empregue na locação e nos direitos reais de gozo (v., por ex., os artigos 1022.º, 1031.º, al. b), 1037.º, 1237.º, 1539.º), além de nos artigos 407.º e 1682.º-A (direitos pessoais de gozo). Pensamos, ainda assim, que a autonomização das vantagens concretas de uso do *ius utendi* que é conteúdo do direito de propriedade também é de aceitar no nosso direito, se não em geral, pelo menos para o dano da privação do uso, pelas razões referidas a seguir. Não é, aliás, o facto de os frutos se corporizarem em algo que a coisa produziu, diversamente das “vantagens de uso”, que se nos afigura decisivo, sob o ponto de vista da autonomização do tratamento indemnizatório destas últimas em relação ao conteúdo do direito de propriedade.

⁵⁶ Designadamente, a irrelevância da utilização concreta pelo credor da restituição resulta, simplesmente, de os respectivos institutos se orientarem fundamentalmente, para determinar o âmbito da obrigação de restituição, não pelas consequências na posição do credor, mas antes pelas vantagens (e estas concretas) recebidas pelo devedor da restituição. É o que acontece no artigo 289.º, em que a restituição do valor correspondente a tudo o que tiver sido prestado abrange apenas as vantagens proporcionadas pelo uso efectivamente realizado, e não as que resultariam de uma utilização possível, abrangida no licere do seu direito, que o credor poderia ter efectuado. Mesmo para os frutos (artigos 1270.º, 1271.º, n.º 1), a obrigação de restituição apenas recai sobre o possuidor de má fé, e ainda assim apenas vai além dos frutos efectivamente percebidos, para abranger o “valor daqueles que um proprietário diligente poderia ter obtido”, não por tal ter sido o

“valor correspondente” ao que foi recebido, mas por consideração pelos interesses do proprietário (credor da restituição), que poderia ser prejudicado caso o possuidor (o obrigado à restituição) que sabe que está a lesar o direito de outrem omitisse, por falta de diligência (ou dolo), a fruição da coisa. No enriquecimento sem causa, a não consideração da utilização concreta que o credor da restituição faria resulta, simplesmente, de a medida de tal empobrecimento concreto não ser relevante para que o enriquecimento se possa dizer obtido “à custa de outrem”: o “conteúdo de destinação” dos bens em causa inclui a faculdade do seu gozo, que estava reservada ao titular, pelo que deve ser restituída. Olhando, porém, ao devedor da restituição, pode notar-se que este apenas fica obrigado na medida das vantagens de uso que obteve, e não da possibilidade de gozo de que dispôs.

A comparação (A. A. Geraldes, *Indemnização do dano da privação do uso* — 1, 26-7) entre as situações do interventor no enriquecimento sem causa e do devedor da restituição, por um lado, e a do lesante, por outro, a obrigar que a maior gravidade da fundamentação da obrigação num ilícito (em vez de apenas na simples falta de causa justificativa do enriquecimento ou na invalidade do negócio) tivesse uma consequência mais grave, também não colhe: a) a situação do enriquecido ou do accipiens em execução de negócio não é mais gravosa, pois aquele apenas está obrigado a restituir o enriquecimento actual (artigo 479.º, n.º 2), a não ser que esteja de má fé (e o ressarcimento do dano da privação do uso não é devido só em caso de dolo, bem podendo o lesante não estar de má fé) e o accipiens em execução de um negócio apenas deve restituir o valor correspondente às vantagens concretas de uso recebidas (e não ao uso possível); b) é arg. tendencialmente punitivo ou sancionatório, e não próprio da indemnização ou de ressarcimento, que, diversamente, requer um dano; c) a comparação entre os institutos não é possível, pois, como mostram os respectivos requisitos, o seu fundamento e medida orienta-se por situações de sujeitos diversos, a saber, a situação do lesado (demandante) que sofre um prejuízo e a situação do interventor/accipiens (demandado) que obteve benefícios; d) numa certa perspectiva, poderia ainda invocar-se a subsidiariedade do enriquecimento sem causa (assim, M. Miranda Barbosa, *Liberdade vs. Responsabilidade*, 150, n. 362 — mas o arg. não colhe para a obrigação de restituição por invalidade e, mesmo para o enriquecimento sem causa, suscita, pelo menos, dúvidas que exigiriam um complexo esclarecimento). E também a comparação com o artigo 1045.º não procede, já que neste — tal como no artigo 289.º, aliás — se não prevê qualquer indemnização (e não se exige qualquer dano), mas antes a reconstituição (ou a manutenção) de um equilíbrio entre as partes contratuais que foi perturbado pela invalidade ou pela manutenção da posse da coisa.

E além dos referidos, também não é relevante para a determinação do dano relevante na privação do uso, por ex., o regime da requisição de bens por motivos de interesse público ou nacional, pois a “justa indemnização” por aquela (tal como pela expropriação) segue um regime específico, em grande medida atendendo a índices objectivos (v. os artigos 23.º s. do Código das Expropriações) e com um certo grau de abstracção e tipicização — isto é, não obedece a uma avaliação do dano concreta, subjectiva, dinâmica, nos termos gerais (e o mesmo pode dizer-se, até por maioria de razão, do regime da ind-

Pensamos, pois, que a privação dessas concretas vantagens, e não logo a perturbação da faculdade de utilização que integra o direito de propriedade⁵⁷, é que importará já um dano, autonomizável da ilicitude por afectação da abstracta possibilidade de uso — um dano, portanto, bem mais próximo da ideia de vantagens que teriam podido ser fruídas depois do evento lesivo, e, assim, de vantagens ou de um “lucro” (em sentido amplo) cessante, do que de uma perda ou dano emergente em posições atualizadas do lesado. E pode, assim, estabelecer-se um paralelo entre a prova, pelo lesante, de que o lucro cessante “normal” (segundo o curso regular das coisas, nos termos do § 252, n.º 2, do bgb) não seria realizado e a prova de que o lesado não teria a possibilidade ou a vontade de utilizar a coisa, que deve ser admitida⁵⁸.

emnização pela expropriação de terras no quadro da reforma agrária, que não tem, sequer, de obedecer ao princípio da “reparação total”).

Não podem, assim, ser considerados probantes os vários “lugares paralelos” em que se atenderia ao valor de uso a restituir ou ressarcir ao titular, independentemente de uma concreta utilização, que são invocados por A. A. Geraldês a favor da tese de que a privação da faculdade de uso constituiria só por si um prejuízo indemnizável, independentemente de qualquer prova da (im)possibilidade ou da (falta de) vontade de utilização concreta da coisa (A. A. Geraldês, *Indemnização do dano da privação do uso* — 1, 18 s., embora revelando não lhes atribuir peso decisivo). Não só esses “lugares paralelos” não parecem depor nesse sentido como, correctamente perspectivados, denunciam uma concepção do legislador que autonomiza entre as vantagens concretas do uso e a faculdade abstracta de fruição do proprietário.

⁵⁷ A diferença entre os limites de licitude resultantes da privação do uso alheio e o dano da privação (das concretas vantagens) de uso aflora, por ex., também em normas que regulam o primeiro problema sem exigir um tal dano, como é o caso do artigo 1406.º, sobre “uso da coisa comum”, nos termos do qual, na falta de acordo sobre este uso, “a qualquer dos comproprietários é lícito servir-se dela, contanto que a não empregue para fim diferente daquele a que a coisa se destina e não prive os outros consortes do uso a que igualmente têm direito”. O que está aqui em causa não é qualquer indemnização, mas antes a definição de limites do licere de cada comproprietário, pelo que se prescinde da referência à concreta vantagem de uso.

⁵⁸ Não se nega que a aproximação do dano da privação do uso pelo proprietário ao lucro cessante só dificilmente se pode coadunar com um critério de distinção entre este e o dano emergente exclusivamente jurídico (formal), isto é, que assente no facto de o lesado já ser ou não titular de um direito ao bem afectado pelo evento lesivo (cf. Francisco Manuel Pereira Coelho, *O problema da causa virtual na responsabilidade civil*, Coimbra, 1955 / reimpr., Almedina, 1998, 81, n. 43). A questão é, porém, discutida, não sendo um tal critério seguido uniformemente — por ex., quanto à qualificação do dano da

Aliás, a concessão de uma indemnização pela mera privação do uso, independentemente da prova de outros prejuízos patrimoniais, corresponde à posição dominante na generalidade dos países europeus, mas tal não significa que baste a faculdade abstracta de utilização, ignorando-se a concreta vontade ou possibilidade de utilização da coisa, por si próprio ou por interposta pessoa. É neste sentido, também, que deve (tentar) entender-se a posição da jurisprudência alemã, a qual pode ser resumida na máxima “a privação da possibilidade de uso é apenas uma fonte possível de dano, mas não já em si mesma um dano”⁵⁹. Só esta

privação de chances como lucro cessante ou dano emergente. E, de todo o modo, a resposta no sentido da qualificação como dano emergente não parece escapar inteiramente à circularidade, pois se é certo que o titular do direito da propriedade tem o direito de usar a coisa, o que está em causa na admissão do ressarcimento do dano da privação do uso é, justamente, a autonomização de um específico “direito” relativo ao uso objecto de protecção indemnizatória, isto é, cuja afectação constitua um dano. De qualquer modo, a qualificação como dano emergente ou lucro cessante não se afigura relevante em geral — mas cf., ainda assim, os artigos 899.º e 909.º, para os danos emergentes integrantes do interesse contratual negativo, podendo pôr-se o problema de saber se aí se inclui o dano da privação do uso de outros bens, que não a coisa alheia, o bem onerado ou a coisa defeituosa.

Diferentes são os lucros cessantes, em sentido próprio, a que se refere A. A. Geraldès, *Indemnização do dano da privação do uso* — 1, 65, defendendo que é ao lesante que compete o ónus da prova da sua inexistência — o que, se puder em face das circunstâncias do caso (o “curso normal das coisas”) afirmar-se uma presunção de facto, é de aceitar, nos termos gerais.

⁵⁹ H. Lange / G. Schiemann, *Schadensersatz*, § 6, vii. 4 b, 285.

Para um panorama europeu, v. Ulrich Magnus, org., *Unification of Tort Law: Damages*, The Hague: Kluwer, 2001, n.ºs 64 s.; Christian von Bar, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht*, vol. ii, München: Beck, 1999, n.ºs 12-3, 15-8: na generalidade dos países europeus (com excepção, designadamente, da Áustria — v. Helmut Koziot / Bydlinski / Peter / Bollenberger / Raimund, org., *Kurzkommentar zum abgb*, Wien-Berlin-New York, Springer, § 1293, n.º 6) reconhece-se hoje a obrigação de indemnização pela mera privação do uso, empregando-se, traduzindo para o Direito as concepções do tráfico, um “conceito normativo de dano”. Mas os limites do defensável seriam ultrapassados “quando o proprietário ou não podia ou não queria utilizar a sua coisa durante o período da reparação”, pois isso significaria conceder-lhe um benefício (um enriquecimento) em relação à situação que existiria sem o evento lesivo, violando a proibição do excesso (p. 18).

Os petl prevêm no artigo 10.203, n.º 2, que “Pode igualmente ser concedida uma indemnização pela privação do uso da coisa, incluindo os danos daí derivados, tais como os prejuízos respeitantes a uma actividade profissional”. Como salienta U. Magnus no comentário a esta disposição (*European*

posição, partindo da aludida distinção (entre possibilidade abstracta de utilização e concretas vantagens a partir do gozo da coisa) quanto a outros pontos de regime, pode abrir o caminho para uma tentativa, não liminarmente impossível, de explicação das hesitações e dúvidas na delimitação do dano da privação do gozo ressarcível, a partir de critérios como o da natureza “sensível” (a *Fühlbarkeit*) da privação, ou o facto de se estar perante um bem que visa acorrer a necessidades gerais quotidianas ou frequentes⁶⁰. Por outro lado, é ela que corresponde, senão à correta análise do “conteúdo de atribuição” do direito de propriedade⁶¹,

Group on Tort Law, *Principles of European Tort Law — Text and Commentary*, Wien / New York: Springer, 2005, n.º 7), “o valor concreto para o utilizador depende do uso que realiza e tem algum elemento subjectivo”, pelo que esta norma permite a compensação mas deixa simultaneamente uma certa discricionariedade (“pode”).

⁶⁰ Não nos parece procedente o arg. de Nils Jansen, *Die Struktur des Haftungsrechts. Geschichte, Theorie und Dogmatik ausservertraglicher Ansprüche und Schadensersatz*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2003, 515, de que o dano é em parte imputável ao lesado por ter exposto um bem de luxo aos riscos do tráfico, arg. que levaria a limitar as possibilidades de utilização daqueles bens em relação aos restantes.

⁶¹ Não parece, aliás, sequer que de uma correcta análise do “conteúdo de atribuição” (*Zuweisungsgehalt*) do direito de propriedade ao seu titular resulte necessariamente a ressarcibilidade de qualquer perturbação do uso (v. essa análise em N. Jansen, *Die Struktur des Haftungsrechts*, 502, s.). O artigo 1306.º dispõe que o proprietário “goza de modo pleno e exclusivo dos direitos de uso, fruição e disposição das coisas que lhe pertencem, dentro dos limites da lei e com observância das restrições por ela impostas”, mas daqui não decorre a vinculação de todas as outras pessoas a omitirem qualquer perturbação do uso da coisa: a norma apenas prevê uma permissão de uso, reservado ao titular, e não a proibição de qualquer perturbação do uso. Em princípio, o proprietário apenas pode impedir intervenções na própria coisa. Assim, por ex., o proprietário não pode impedir que as outras pessoas gozem a sombra que o seu prédio proporciona; e se alguém impede outras de utilizar os seus automóveis por ter estacionado o carro em local proibido numa rua estreita, ficando aqueles parados num “engarrafamento”, viola uma disposição reguladora do tráfico, mas não o direito de propriedade dos donos dos automóveis parados. Mas a situação é diversa, por ex., se o automóvel do lesante bloquear a saída de uma garagem, impedindo qualquer utilização dos veículos aí guardados — v., na jurisprud. alemã, as decisões do bgh de 21 de Dez. de 1970, in bghz, vol. 55, 153-62; e njw, (1971) 886 (*Fleet-Fall*, em que um barco ficara encerrado, sem qualquer possibilidade de navegação, devido ao desabamento culposo de um dique) e de 4 de Nov. de 1997 (njw, [1998] 377-82: bloqueio por uma manifestação, que impediu a utilização de máquinas num estaleiro de construção durante dois dias).

pelo menos à distinção, imposta pela sua diversa relevância jurídica, entre a possibilidade de uso integradora do direito de propriedade, os direitos limitados de gozo e as concretas vantagens fácticas de uso. É tal conclusão que resulta da separação entre a ilicitude e o dano requerida pela exigência também deste último requisito para a indemnização por factos ilícitos, como, ainda, do postulado da proibição de enriquecimento do lesado devido ao evento lesivo, que resultaria da atribuição de uma indemnização superior aos prejuízos reais. Se, por exemplo, se provar que, durante a semana de reparação, o automóvel lesado estaria estacionado, por o seu proprietário estar ausente em férias⁶², ou por estar internado, caso não fosse de atender a esta vontade e possibilidade de utilização hipotética (por si mesmo ou por outra pessoa, e devendo presumir-se para bens de uso corrente), é claro que o titular que vê ressarcida a perda de uma mera possibilidade que nunca utilizaria ficaria indevidamente beneficiado, em relação à situação que existiria se não se tivesse verificado o evento lesivo⁶³. E, evidentemente, tal conclusão deve também ter os seus reflexos na determinação do quantum da indemnização devida — que não deve ser nivelada aos custos de aluguer, embora estes possam ser um ponto de partida para a sua fixação⁶⁴ — e, mesmo,

⁶² Suponha-se, numa hipótese extrema, que o acidente se deu quando o automóvel se encontrava já estacionado no parque de estacionamento do aeroporto onde o lesado o deixara durante as suas férias

⁶³ Assim, como referimos, Christian von Bar, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht*, ii, 18. Entre nós, defendendo que deve atender-se à concreta utilização da coisa, designadamente à possibilidade ou impossibilidade de uso e a uma correspondente “vontade de utilização do bem, entendida em termos razoáveis”, v. M. Miranda Barbosa, *Liberdade vs. Responsabilidade*, 148.

⁶⁴ O montante do prejuízo resultante da privação do uso não é, na verdade, igual ao custo de aluguer, sem mais (referindo-se ao “valor locativo”, cf. L. Menezes Leitão, *Direito das obrigações*, i, 333, n. 696), desde logo, porque é diferente o valor de uso de um automóvel próprio do valor de uso de um automóvel alugado. A concreta vantagem do uso da coisa pode ser medida pelos custos indispensáveis para tal concretização, mas o seu valor depende, ainda, por exemplo, da idade da coisa e da sua situação concreta. Aliás, é preciso ter em conta as particularidades do caso concreto quanto aos próprios custos de aluguer, que podem variar. Figure-se um ex. em que alguém é impedido de utilizar justamente durante dois meses uma viatura que alugara: se a alugara durante um ano, o custo do aluguer é um sexto do total; mas se a tivesse alugado só pelos dois meses em que se viu privado do bem, o custo será muito mais elevado, pois as tarifas de aluguer pelo prazo de dois meses são mais elevadas do que um

no afastamento da obrigação de indemnizar se nenhum prejuízo se registou devido, por exemplo, à existência de uma reserva de viaturas, constituída pelo proprietário (o que é claro se esta não foi constituída ou aumentada para suprir a privação do uso de alguns bens — mas antes, por exemplo, para acorrer a acréscimos sazonais de procura -, mas, para a doutrina dominante na Alemanha, vale igualmente para a hipótese contrária⁶⁵).

sexto de um aluguer por um ano.

Pensamos que o dano da privação do uso deverá ser quantificado num valor que pode ser obtido de uma de duas formas: ou (como que “de cima para baixo”) a partir dos custos de um aluguer durante o lapso de tempo em causa, mas “depurados” — bereinigte Mietkosten que excluem o lucro do locador, e custos gerais como os gastos com a manutenção da frota, as provisões para períodos de paragem dos veículos, as amortizações, etc. (no direito alemão os valores constantes das referidas tabelas rondam cerca de um terço dos custos de aluguer normalmente praticados); ou (como que “de baixo para cima”), designadamente para viaturas de profissionais e empresas, a partir dos custos de capital imobilizado necessário para obter a disponibilidade de um bem como aquele durante o período de tempo necessário (por ex., os custos necessários para constituir uma reserva de um bem como o que está em causa). Assim também S. Würthwein, *Schadensersatz*, 450 s.

⁶⁵ Suscita dúvidas a atribuição de uma reparação correspondente aos custos de constituição ou manutenção de uma reserva de veículos (ou de uma frota de reserva), nomeadamente por empresas, e sobretudo quando existe uma obrigação de constituição dessa reserva, quer resultante directamente de preceito legal ou regulamentar, quer de um contrato de concessão de transportes públicos. Entre nós já houve decisões contraditórias sobre o problema: o ac. do trl de 21 de Jan. de 1999 (rel. Luís da Fonseca, in A. A. Geraldès, *Indemnização do dano da privação do uso* — 1, 89-93) negou a indemnização invocando a obrigação regulamentar e contratual da lesada de manutenção de uma frota de reserva para acorrer a avarias e danos, independentemente da causa, bem como a falta de nexo de causalidade entre cada um dos acidentes que se verifiquem e os custos do capital investido na reserva; o ac. do mesmo Trib. de 9 de Mar. de 1989 (in *ibid.*, 95-100), com arg. a favor da indemnização da privação do uso em geral e notando que “firmas de tal dimensão suprem a falta de um carro sinistrado não no momento em que ele falta, mas muito antes, ao incluírem nos seus custos a compra de mais alguns veículos sobressalentes”; diversamente, no cit. ac. do stj de 25 de Nov. de 2003, sobre privação do uso de comboios, não é claro se o recurso à tabela de custos e imobilização de material circulante serviu apenas para computar o dano da privação do uso — isto é, se foram mera fórmula de cálculo deste dano — ou se realmente houve recurso a material de substituição (não referido na decisão) e foram indemnizados directamente os custos da constituição e manutenção da respectiva reserva (a decisão parece apontar no primeiro sentido, e a opção não é, como se dirá, irrelevante). Na doutrina, A. A. Geraldès, *Indemnização do dano da privação do uso* — 1, 58 s., pronuncia-se afoitamente

a favor do ressarcimento, invocando, designadamente, a privação dos poderes de uso e fruição e o facto de a frota ter sido constituída, obrigatoriamente ou não, também para suprir a falta de veículos pela previsível verificação de acidentes de viação da responsabilidade de terceiros.

Não parece, porém, que a opção quanto à compensação pelos custos da reserva passe pela adopção, ou não, da posição de considerar indemnizável logo a mera privação dos poderes de uso do proprietário, ou só já as concretas faculdades de uso. Está antes aí em causa a questão, muito discutida, de saber se o lesado há-de poder exigir ao lesante uma reparação pelas suas despesas com medidas cautelares ou preventivas do dano, pelos “custos de defesa” (Vorsorge-, Vorhaltekosten), onde se incluem aqueles em que o lesado incorreu já antes da verificação do evento lesivo, para, por ex., se proteger justamente daquele dano. Exemplos clássicos são os custos com pessoal de vigilância e de equipamento para evitar e detectar furtos em estabelecimentos comerciais (negando a sua ressarcibilidade, bgh, 6 de Nov. de 1979, in bghz, vol. 75, 230-41; njw, [1980] 119; e, por ex., P. Schlechtriem / M. Schmidt-Kessel, Schuldrecht — AT, n.º 301; a favor, v., porém, Claus-Wilhelm Canaris, “Zivilrechtliche Probleme des Warenhausdiebstahls”, njw, [1974] 521-528); ou, justamente, os custos de constituição e manutenção de reservas de viaturas de substituição em empresas de transportes públicos — bgh, decisão de 10 de Maio de 1960, in bghz, vol. 32, 280-287; njw, [1960] 1339. Neste último caso um carro eléctrico ficou paralisado vários meses em consequência de um acidente, tendo a empresa de transportes evitado a perda de lucros pelo recurso a outro veículo de reserva, e o bgh atribuiu-lhe uma indemnização pela fracção correspondente a esse tempo dos custos de constituição e manutenção da reserva, não devendo distinguir-se entre o aluguer de uma viatura ou o recurso a uma reserva própria, quando esse aluguer não é possível. Essa posição foi confirmada pela decisão de 14 de Out. de 1975 (njw, [1976] 286), distinguindo-se a compensação pelos custos da reserva da indemnização pela privação do uso (privação que não se verificou, pelo que não é ressarcível). Na decisão de 10 de Jan. de 1978 (bghz, vol. 70, 199-205, njw, [1978] 812), mantendo-se tal distinção, os custos da reserva foram considerados indemnizáveis ainda que a privação do veículo em causa fosse coberta por uma reserva geral da empresa, com esse e outros fins. Ora, a questão da possibilidade de pedir uma indemnização pela privação do uso, em vez da compensação dos custos da reserva (normalmente mais baixos), essa sim, é que pode depender de se considerar indemnizável logo a abstracta perda da faculdade de uso ou apenas a concreta falta da vantagem de uso, pois se se recorreu a um veículo de substituição é claro que esta vantagem não se perdeu (e desde que, por outro lado, o veículo da reserva tivesse estado parado e não em uso, por ex., para acorrer a outras necessidades). V., mais recentemente, a propósito da indemnização pela privação do uso de veículos de uso empresarial, as decisões dos olg de Hamm, de 3 de Mar. de 2004 (njw-rr, [2004] 1094) e de Jena, de 28 de Abr. de 2004 (njw-rr, [2004] 1030). Os custos com recompensas pela detecção e denúncia de ladrões de estabelecimentos comerciais, diversamente, não são considerados como medida preventiva, pois apenas são devidos com a entrega ou denúncia efectiva do ladrão (cit. decisão de 6 de Nov. de 1979, bghz, vol. 75, 238; Oetker, in MK, § 249, n.ºs 196 e s.), pelo que, segundo a posição

dominante, são em geral considerados ressarcíveis, com limitação, pelo fim da norma de responsabilidade, até ao montante da mercadoria furtada (no mesmo sentido, D. Medicus, Schuldrecht. AT, n.º 638).

Em coerência com a concepção que adoptámos, pensamos que não pode ressarcir-se um verdadeiro dano da privação do uso quando nenhuma privação de uso se verificou (mas apenas da possibilidade de uso), pois, apesar de o veículo sinistrado ter ficado parado, foi substituído por outro (o mesmo se diga, aliás, se a reserva não for empresarial, mas se tratar simplesmente do segundo carro do lesado, que teria por sua vez ficado parado). V. H. Lange / G. Schiemann, Schadensersatz, 289, 302; Staudinger / Schiemann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, § 249, n.ºs 113, 122. Quanto aos custos da constituição e manutenção da reserva de veículo, a ressarcibilidade de tais despesas é problemática sobretudo porque elas não foram realizadas em ligação com o concreto evento lesivo, e teriam igualmente surgido se este não houvesse ocorrido, pelo que é de negar a existência de nexos de causalidade entre esse evento e este dano (causalidade “preenchedora da responsabilidade” — “haftungsausfüllende Kausalität”). Por esta razão, a posição dominante na doutrina recusa o seu ressarcimento, criticando há muito o bgh — v., por ex., Oetker, in MK, § 249, n.º 122, 192 s.; H. Lange / G. Schiemann, Schadensersatz, § 6 viii 4, 299 s.; Staudinger / Schiemann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, § 249, n.º 122, K. Larenz, Schuldrecht, i, § 29, ii, f; Werner Rother, Haftungsbeschränkung im Schadensrecht, München: Beck, 1965, 159 (falta de “competência material” do lesante para realizar as despesas), J. Esser / E. Schmidt, Schuldrecht, § 32, iii, b; Reinhard Greger, Haftungsrecht des Strassenverkehrs, 3.ª ed., Berlin: De Gruyter, 1997, 83. V. também Christiane Wendehorst, Anspruch und Ausgleich. Theorie einer Vorteils- und Nachteilsausgleichung im Schuldrecht, Tübingen: Mohr Siebeck, 1999, 114, 161-163, S. Würthwein, Schadensersatz, 363 s.; Jürgen Schmidt, “Vorsorgekosten und Schadensbegriff”, jz, (1974/3) 73-83 (a favor, porém, v. Christian Huber, Fragen der Schadensberechnung, Berlin: Springer, 1993, 392 s., 648-9). Entre nós, v., também em sentido negativo, J. C. Brandão Proença, A conduta do lesado, 652. Tais custos, correspondentes ao activo imobilizado para a reserva, não foram, na verdade, causados pelo acidente, como se nota, correctamente, no primeiro ac. do trl citado, mas são antes medidas que previnem o dano, medidas cautelares de diminuição do dano. A diferença relevante em relação à indemnização pela privação do uso reside, pois, na causalidade, que se perfila, em geral, como condição mínima não superável da imputação de perdas resultantes de eventos lesivos (por isso se fala aqui de “fundamentação da indemnização sem causalidade por força de imputação” — v. Staudinger / Schiemann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, n.ºs 109, s., 116 s., com muitas indicações bibliográficas). A favor da ressarcibilidade poderia, porém, argumentar-se dizendo que sobre o lesado impende, de qualquer modo, um ónus de não agravamento ou “mitigação” dos danos (cf. o artigo 570.º, n.º 1, e, para o lesado segurado, agora o artigo 20.º-D, n.º 1, al. b), do Dec.-Lei n.º 522185, de 3 1 de Dezembro), e com as medidas preventivas tenta de certo modo satisfazer esse ónus antecipadamente (cf. W. Fikentscher, Schuldrecht, 9.ª ed., n.ºs 487, 554), pelo que, se estas conduziram realmente a tal “mitigação” do dano, não existe razão para que o lesante lucre com elas, em última

instância, a expensas do lesado “previdente”. Ou poderia ainda tentar-se distinguir entre despesas ou custos abstractos e despesas concretas, relacionadas com aquele evento (E. Deutsch, *Allg. Haftungsrecht*, I cit., § 26 ii 8) ou (como J. Esser / E. Schmidt, *Schuldrecht*, § 32 iii 2.2) consoante se trata, ou não, de custos de medidas preventivas cuja omissão seria imputável ao lesado a título de culpa, apenas em caso afirmativo sendo ressarcíveis. Nenhum destes arg. se afigura, porém, só por si decisivo. É o caso, desde logo, da consideração, de inspiração verdadeiramente sancionatória, e não ressarcitória, de que o lesante não deveria beneficiar com medidas de prevenção de danos anteriores ao evento lesivo, ou da invocação do dever de diminuição dos danos: na verdade (e mesmo desconsiderando a existência de uma obrigação especial de constituição da reserva no caso das empresas concessionárias de serviços de transporte), aquele dever de “mitigação” não requer normalmente para o seu cumprimento qualquer remuneração ou incentivo especial, antes é simplesmente um pressuposto para a reparação total (assim, Staudinger / Schiemann, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, § 249, n.º 122). A prevenção dos danos pertence à esfera do lesado, e é feita por conta própria. Como se salienta em H. Lange / G. Schiemann, *Schadensersatz*, 300, nunca ninguém se lembrou de impor ao lesante o custo em que o lesado incorreria com o seu capacete de protecção ou com o cinto de segurança, ou de impor ao causador (que pode ser não doloso) do incêndio o custo da manutenção da boca de incêndio, ou, mesmo, uma quota-parte dos custos de manutenção dos serviços de bombeiros municipais, já que, por concretas que sejam as medidas (ou ainda que a reserva vise apenas a acidentes de viação), tendo sido tomadas antecipadamente não pode dizer-se que tenham sido desencadeadas por aquele concreto evento lesivo (só poderá não ser assim se se tratar de uma medida relativa a uma concreta e específica ameaça de lesão que vem a concretizar-se). Solução diversa fará o direito indemnizatório invadir perigosamente o domínio do cálculo dos custos financeiros empresariais, saindo do terreno da causalidade (o que é claro, por ex., quanto a equipamento de vigilância contra furtos, que podem numa certa perspectiva ser simplesmente sucedâneos para a contratação de mais funcionários). A todas as considerações, mais ou menos inspiradas em ideias genéricas de equidade, há, pois, que contrapor o princípio básico, e preciso, do direito da indemnização, que é a causalidade, cujos termos se exprimem ainda, aliás, na situação inversa da tratada pelos defensores do ressarcimento dos “custos de reserva”, e a que normalmente não se atende: como notam H. Lange / G. Schiemann (*Schadensersatz*, 301, numa consideração tida como decisiva por K. Larenz, *Schuldrecht*, i), tal como o lesante tem de aceitar o lesado tal como ele era, isto é, “the tortfeasor takes the victim as he finds him” (*Smith v. Leech Brain & Co. Ltd.*, [1962] 2 Q.B., p. 405, acessível in <<http://www.law.kuleuven.be/casebookltort/heading4.3.1.pdf>>), o que pode conduzir a uma indemnização superior (por ex., a imobilização causa a perda de rendimentos profissionais avultados, e não apenas do salário mínimo ou sequer médio, ou o dano causou o abandono da actividade pelo lesado, que não podia pagar as reparações, como no caso decidido pelo bgh em 5 de Jul. de 1963, com trad. parcial no sítio cit.), não se vê por que não há-de poder também beneficiar com a pré-existência de medidas de prevenção do dano, ou simplesmente com uma maior

5. CONCLUSÃO

O dano da privação do gozo ressarcível é, assim, a concreta e real desvantagem resultante da privação do gozo, e não logo qualquer perda da possibilidade de utilização do bem — a qual (mesmo que resultante de uma ofensa direta ao objecto, e não apenas de uma lesão no sujeito) pode não ser concretizável numa determinada situação⁶⁶. De qualquer modo, importa salientar

resistência a este (pelo que, para além das inadequadas conotações sancionatórias, a invocação, que se contém no citado ac. do trl, de 9 de Mar. de 1989, de que quem danificasse um autocarro de uma empresa com uma reserva obrigatória “beneficiária à partida de um handicap imposto à parte contrária que nada justifica: não teria de indemnizar pela perda do uso imposta pela necessidade de reparação”, depõe, se bem entendida na sua relevância, não a favor, mas contra a compensação dos custos da reserva).

Pensamos, pois, que, para fundamentar o ressarcimento “desejado” — ou para explicar a posição nesse sentido da jurisprud. de todos os países europeus que se pronunciaram sobre o problema (Chr. von Bar, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht*, ii, 450, n. 84) — se poderia, quando muito, recorrer à aplicação, por analogia, da pretensão do mandatário de reembolso das despesas com a execução do mandato ou de indemnização do prejuízo sofrido em consequência dele (o que envolve uma ficção de mandato) ou à gestão de negócios (como faz a jurisprud. austríaca; contra, porém, C. Huber, *Fragen der Schadensberechnung*; e id., “Wandel der dogmatischen Betriebsreservekosten – Abkehr von der Geschäftsführung ohne Auftrag, Einordnung in das Schadensersatzrecht”, in *ecolex*, (1997) 77-88). Mas, em ambos os casos, apenas na medida em que se pudesse esperar do lesado, segundo a concepção geral do tráfico, que só intervisse em favor do lesante, com a realização da substituição por veículos de reserva, em troca de uma contraprestação (v. S. Würthwein, *Schadensersatz*, 366). O que, porém, não é o caso quando existe uma reserva, constituída por obrigação contratual ou legal, justamente para acorrer a esses casos (e, assim, também esta obrigatoriedade, se bem entendida na sua relevância, não depõe a favor, mas contra a compensação em causa). Sobre a divisão de posições na questão em diversos países europeus, e o recurso a fundamentos estranhos à responsabilidade por factos ilícitos, como a gestão de negócios, v. Ulrich Magnus, in *European Group on Tort Law*, petl — *Text and Commentary*, anot. 10 ao artigo 2:104, p. 39, n. 3; Chr. von Bar, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht*, ii, n.º 426. Temos, porém, consciência da difícil adequação funcional e técnica de figuras como a gestão de negócios e a responsabilidade do mandante (mesmo aplicadas por analogia) aos casos em questão. O que — sem prejuízo de um mais amplo estudo ex professo da matéria nos leva a manter as dúvidas sobre correção do próprio resultado consistente na concessão de uma indemnização pelos “custos de reserva”.

⁶⁶ Sublinhe-se que tal conclusão se baseia, não em arg. conceituais ou teóricos, mas antes: na justiça prática dos resultados, designadamente no

impedimento de um enriquecimento injustificado do lesado com a indemnização em dinheiro de uma vantagem que nunca poderia (ou não viria a) concretizar-se; na confirmação, pelos lugares paralelos de regime, de uma distinção entre possibilidade abstracta de utilização, autorização de utilização contida no direito temporário de gozo e concretas vantagens fácticas de uso; no sentido prático da exigência, para haver obrigação de ressarcir (de tomar in-demne), além da ilicitude, de um dano efectivo, e não apenas ficcionado. A invocação directa do conteúdo do direito de propriedade ou da “teoria das normas” (improcedente para justificar o dano) ou das necessidades práticas (justamente inexistente perante a mera possibilidade abstracta de uso) não contraria aquelas razões, e antes as confirma.

Embora com algumas flutuações, pode dizer-se que a conclusão a que chegámos vem sendo confirmada pela jurisprudência posterior à data em que pela primeira vez tratámos deste tema (2008).

Assim, v., por ex., exigindo a prova, pelo dono, de um propósito concreto de proceder à utilização da coisa, v. os Acs. do stj de 16 de Set. de 2008, proc. 08A2094 (relator: Garcia Calejo), de 30 de Out. (proc. 08B2662, relator Bettencourt de Faria) e 9 de Dez. de 2008, proc. 08A3401 (relator Moreira Alves), de 10 de Set. de 2009 (proc. 376/09.4yflsb, relator Lopes do Rego: privação de viatura incluída no estabelecimento comercial de uma empresa de transportes). No Ac. de 19 de Nov. de 2009 (proc. 31/04.1tvlsd.s1, relator Hélder Roque), decidiu-se que a mera privação do uso de um veículo, independentemente da demonstração de factos reveladores de um dano específico emergente ou de um lucro cessante, não é susceptível de fundar a obrigação de indemnização, no quadro da responsabilidade civil – não ficara provada a existência de concretos e individualizados incómodos para o lesado resultantes da privação do seu veículo. V. também o Ac. do stj de 27 de Abr. de 2017 (proc. 685/03.6tbprg.g1.s1, relator Hélder Roque), não se bastando com a perda da mera possibilidade abstracta de uso, o Ac. de 30 de Abr. de 2015 (proc. 353/08.2tbvpa.p1.s1, relator Tavares de Paiva), e o Ac. de 4 de Jul. de 2013 (proc. 5031/07.7tvlsb.l1.s1, relator Pereira da Silva).

Num caso de responsabilidade contratual, reconhecendo a inadequação da fórmula da diferença e aceitando como limite máximo ao dano da privação do uso do veículo o preço de um veículo novo, v. o Ac. do stj de 13 de Julho de 2017 (proc. n.º 188/14.3t8pbl.c1.s1, relatora Maria da Graça Trigo).

Algumas decisões parecem facilitar mais a indemnização pela privação do uso. No Ac. de 8 de Out. de 2009 (1362/06.1tbvcd.s1, relator Oliveira Rocha) dispensou-se a prova da utilização ou do destino que seria dado ao bem, para a compensação pela privação do uso, e, admitiu-se a prova que possa ser feita da total ausência de danos, remeteu-se para a equidade para encontrar, no balanceamento dos factos e das regras de experiência, um valor razoável e justo. V. também o Ac. de 3 de Out. de 2013, proc. 1261/07.0tbolhe.e1.s1, relator Fernando Bento, e o Ac. de 8 de Mai. de 2013, proc. 3036/04.9tbvlg.p1.s1, Maria dos Prazeres Beleza). E, para a privação de uso de um imóvel, o Ac. de 22 de Jan. de 2013, proc. 3313/09.2tboer.l1.s1, relator Nuno Cameira.

que, mesmo reportada à perda das concretas vantagens de uso, a explicação do dano da privação do uso não parece ser conseguida pela “fórmula da diferença”, quer por esta fórmula se referir a uma diferença de situações patrimoniais que não são afectadas, quer por a privação do uso não conseguir aparecer “projetada” no “écran” da “hipótese diferencial”, perdendo-se os seus traços no lapso temporal entre o evento lesivo e tal “projeção”. O dano da privação do uso parece, pois, exigir uma compreensão da noção de dano também a partir do dano real, e não apenas reduzido à diferença entre situações patrimoniais.

Mais recentemente, no Ac. de 14 de Dez. de 2016 (proc. 2604/13.2tbbcl.g1.s1, relatora Fernanda Isabel Pereira), notou-se que o stj vem decidindo que a privação do uso de um veículo automóvel constitui um dano autónomo indemnizável na medida em que o seu dono fica impedido do exercício dos direitos de usar, fruir e dispor inerentes à propriedade, bastando que o lesado alegue e demonstre, para além da impossibilidade de utilização do bem, que a privação gerou perda de utilidades que o mesmo lhe proporcionava.

No Ac. de 21 de Abr. de 2010 (proc. 17/07.4tbcbr.c1.s1, relator Garcia Calejo), admitiu-se uma compensação de danos não patrimoniais pela privação de uso de um veículo.

Para a indemnização pela privação (de uso) do prédio reivindicado, v. os Acs. do stj de 6 de Mai. e 10 de julho de de 2008, procs. 08a1389 e 08a2179 (relator: Sebastião Póvoas), de 2 de Jun. de 2009 (proc. 1583/1999.s1, relator Alves Velho). No Ac. de 29 de Mai. de 2009 (proc. 09A0531, relator Moreira Alves), decidiu-se que é suficiente demonstrar que o prédio se destinava a ser colocado no mercado de arrendamento ou que o seu destino era a habitação própria, se pudesse dispor dele em condições de normalidade, não se exigindo a prova efectiva que estava já negociado um concreto contrato de arrendamento e a respectiva renda acordada, sendo em qualquer caso a indemnização pela privação do uso correspondente ao valor locativo por aproximação com os preços praticados no mercado. V. também, em sentido próximo, o Ac. do stj de 14 de Julho de 2016, proc. 3102/12.7tbvct.g1.s1, relator Lopes do Rego.

Todas as decisões cits. se encontram in Base Jurídico-Documental do itij — www.dgsi.pt.

O CUIDADO ENTRE A ILICITUDE E A CULPA*

RUI PAULO COUTINHO DE MASCARENHAS ATAÍDE**

1. A teoria clássica da responsabilidade. Apreciação crítica

I. Durante o século XIX e ao longo da primeira metade do século XX, a teoria da responsabilidade (civil e criminal) foi dominada pela prevalência quase incontestada de uma concepção naturalística da acção, entendida como uma modificação do mundo exterior, ligada causalmente à vontade do agente, indiferente a qualquer juízo de valor.

A ilicitude concentrava a chamada “matéria objectiva” do facto, sendo definida pela violação ou perigo de violação de bens jurídicos dotados de protecção delitual, caso não sobreviesse uma causa de justificação. Por seu turno, a acção ilícita

* Este estudo representa o desenvolvimento da comunicação apresentada no âmbito das *I Jornadas Luso-Brasileiras de Responsabilidade Civil*, organizadas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra nos dias 9 e 10 de Novembro de 2017.

** Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

seria culposa, sempre que se comprovasse a existência entre o agente e o facto de um nexó psíquico passível de fundar a sua imputação, fosse a título de dolo, enquanto conhecimento e vontade de realização do ilícito ou negligência, entendida como deficiente tensão de vontade, impeditiva de uma correcta previsão do facto, por isso se falando de uma concepção psicológica da culpa.

Deste modo, o pensamento clássico organizava a matéria delitual segundo uma divisão bipartida, que encerrava integralmente a dimensão “objectiva” do facto na ilicitude e concentrava a sua dimensão “subjectiva”, também por inteiro, na culpa.

A partir de certo momento¹, a tese naturalística de acção conheceu ásperas e justificadas críticas dirigidas contra os seus principais pilares conceptuais. Deste logo, além do entorse de alguns delitos comissivos (assim, as injúrias representariam a emissão de vibrações sonoras que provocavam processos psicológicos no sistema nervoso do ofendido²...), manifesta-se a sua total impropriedade para abarcar a categoria das omissões. Este despojamento integral de elementos valorativos, impeditivo da apreensão da normatividade imprescindível à relevância jurídica das omissões, também se fazia sentir na concepção “negativa” da ilicitude, reduzida à mera verificação de um resultado sem a intervenção de uma causa de justificação, desprovendo-a do desvalor ínsito a um comportamento contrário a um dever de conduta imposto em ordem a assegurar a protecção de bens jurídicos.

Por seu turno, a concepção psicológica da culpa também se prestava a várias críticas, por incorrer em contradição face a certas situações que a testavam. Por um lado, ignorava a possibilidade de o inimputável – por definição, incapaz de culpa – poder agir com dolo ou negligência, bem como a falta de qualquer re-

¹ Com respeito à teoria da infracção criminal, informa Eduardo CORREIA, *Direito Criminal*, vol. 1, Coimbra: Almedina, 1971, 205, que as primeiras oposições à construção naturalística do conceito de acção datam de finais do século XIX, sendo protagonizadas pela Escola sud-occidental alemã ou de Baden.

² Assim, Günther JAKOBS, *Derecho penal, Parte general. Fundamentos y teoria de la imputación*, 2.^a ed. Madrid: Marcial Pons, 1997, (Ediciones Jurídicas) 161, citando von Liszt.

lação psicológica entre o agente e o facto na negligência inconsciente; de igual modo, o estado de necessidade desculpante exclui a culpa apesar de o agente actuar com dolo. Por outro, a inclusão do dolo e da negligência na culpa confundia valoração do objecto e objecto da valoração, uma vez que tanto o dolo como a negligência constituem elementos do próprio comportamento, ou seja, do substrato que é valorado em sede de culpa, não podendo por isso pertencer-lhe.³

II. Estas incongruências reflectiam-se no tratamento da matéria do cuidado, que era integralmente remetido para a negligência, entendida como modalidade de culpa, a qual compreendia a falta ao dever objectivo de cuidado, tanto no seu aspecto objectivo ou exterior (padrão pelo qual se mede o grau de capacidade, destreza ou diligência necessária), como sob o ponto de vista subjectivo ou interior (grau de aptidão ou diligência possível em face das circunstâncias reais do caso, da capacidade pessoal do agente, etc.); estes dois aspectos estariam intimamente associados na óptica da responsabilidade civil, nenhuma vantagem se obtendo com a sua distribuição por conceitos diferentes, como a ilicitude e a culpa.⁴

São essencialmente duas as razões que impedem a procedência desta orientação.

Por um lado, a inclusão da violação do dever objectivo de cuidado na culpa constituía um paradoxo teórico, porque também agora se ordena na mesma instância dogmática o objecto da valoração – infracção do dever – e a valoração do objecto – avaliação da reprovabilidade daquela violação. A culpa não contém

³ São fundamentais neste contexto as críticas dirigidas por Figueiredo DIAS, *Direito Penal – Parte Geral, Questões Fundamentais – A doutrina geral do crime*, tomo 1, 2.^a ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007, 240-242; e Ribeiro FARIA, “Algumas notas sobre o finalismo no direito civil”, *BFD* 70 (1994) 187. Segundo Arthur KAUFMANN, *Das Schuldprinzip: eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*, Heidelberg, 1961, coube a Reinhard FRANK, *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*, Giessen, 1907, a demonstração pioneira da inviabilidade da concepção psicológica da culpa, com base no estado de necessidade desculpante que exclui a culpa, apesar de o agente actuar com dolo.

⁴ Assim, Antunes VARELA, *Das Obrigações em Geral*, 5.^a ed., Coimbra: Almedina, 1986, 464-465.

deveres, antes pressupõe a sua violação, servindo para avaliar se a sua prevaricação é ou não censurável.

Por outro, o teor das considerações essenciais desenvolvidas em sede de culpa não correspondia minimamente ao anunciado, quando se distinguia o “aspecto objectivo ou exterior” do “ponto de vista subjectivo ou interior” do dever objectivo de cuidado; ao invés, toda a análise da culpa se concentrava no “lado interior”, contrapondo a negligência consciente à inconsciente, conforme, respectivamente, o agente previsse a produção do facto ilícito como possível, embora acreditando por leviandade ou incúria na sua não verificação e não tomando por isso as providências necessárias para o evitar ou nem sequer concebesse essa possibilidade, podendo e devendo prevê-lo, evitando a sua verificação, se empregasse a diligência devida.⁵

Em suma, o tratamento do dever objectivo de cuidado, que supostamente faria parte da negligência, era afinal omissivo na doutrina clássica da responsabilidade civil, não se explicando verdadeiramente em que consistia, os critérios que o determinavam nem as fontes de que promanava. Os desenvolvimentos esgotavam-se no que hoje se designa por “cuidado interno”, olvidando o conteúdo e as características do comportamento devido para evitar lesões nos bens juridicamente protegidos pela tutela delitual.

2. A reconstrução teórica. Em especial, os elementos subjectivos da ilicitude

A evolução doutrinária provocou a reconstrução global da teoria da responsabilidade.

Com respeito à ilicitude, em particular, entende-se actualmente que o seu núcleo assenta na violação do dever de conduta aplicável ao caso concreto, de que resulta a lesão ou o perigo de lesão de bens jurídicos, conforme se trate da ofensa de direitos subjectivos ou normas de protecção. Deste modo, enquanto violação da regra de conduta pertinente, a ilicitude ou bem que foi cometida com dolo, se o agente quis infringir a regra ou bem que

⁵ Antunes VARELA, *Das Obrigações em Geral*, 448-449.

foi realizada com negligência, se o agente descuroou a sua observância, embora a pudesse cumprir. Logo, ao contrário do que sempre sustentou a tese clássica, que concentrava integralmente a dimensão subjectiva do facto na categoria da culpa, pode sustentar-se a conclusão de que, ao lado dos elementos objectivos que compõem a ilicitude, o dolo e a negligência são os elementos subjectivos constitutivos do comportamento ilícito, fazendo parte do substrato que vai ser avaliado em sede de culpa.

Esta conclusão não significa contudo que o dolo e a negligência operem exclusivamente ao nível da ilicitude, não desempenhando qualquer função no plano da culpa. Pelo contrário, o dolo e a negligência são conceitos complexos que compreendem diversos componentes, alguns dos quais se situam no campo da ilicitude e outros no domínio da culpa. Enquanto conhecimento e vontade de realização do facto proibido, o dolo apresenta-se como elemento subjectivo constitutivo do ilícito doloso, ao passo que a prevaricação do dever de cuidado representa um elemento subjectivo constitutivo do ilícito negligente; por seu lado, o dolo, enquanto expressão de uma atitude pessoal de oposição ou indiferença à conduta devida e a negligência, enquanto expressão de uma atitude pessoal de descuido ou leviandade em relação ao dever-ser, são, respectivamente, elementos constitutivos da culpa dolosa e negligente.

3. O desdobramento dogmático da negligência

A negligência apresenta assim um conteúdo complexo, composto pela violação de um dever objectivo de cuidado, cujo incumprimento se deveu a uma de duas hipóteses: o agente tanto pode ter representado a realização do resultado ilícito como possível mas ainda assim, ter agido porque confiou levemente na sua não verificação (negligência consciente), como, por descuido ou imprevidência, nem sequer representar essa possibilidade, embora pudesse e devesse tê-lo feito para evitar a produção do evento (negligência inconsciente). Da negligência fazem assim parte um *elemento material*, a infracção do dever objectivo de cuidado e um *elemento psíquico*, a deficiente ou inexistente representação do evento.

Esta complexidade heterogénea que estrutura a negligência justifica a repartição dogmática dos seus elementos componentes. A violação do dever objectivo de cuidado, com a consequente criação de um perigo não permitido de lesão para um bem juridicamente protegido, faz parte da ilicitude, enquanto a reproável atitude pessoal de imprudência que se traduziu na deficiente ou inexistente representação da possibilidade de verificação do resultado ilícito, não pode deixar de pertencer à culpa.⁶

A inserção do dever objectivo de cuidado na ilicitude encontra a sua razão de ser no facto de se tratar de um dever instrumental, imposto para evitar lesões nos bens jurídicos protegidos pela própria ilicitude. Logo, em termos de construção teórica, seria paradoxal que esse dever fosse ordenado numa categoria dogmática, a culpa, que, por definição, pressupõe consumada a ilicitude, ou seja, a lesão ou o perigo de lesão dos bens jurídicos que o dever objectivo de cuidado se propõe, justamente, acautelar. Tal localização sistemática representaria uma nova confusão metodológica entre o objecto da avaliação e a avaliação do objecto.

Por seu lado, já pertence ao foro exclusivo da culpa saber se o incumprimento do cuidado objectivamente devido podia ter sido evitado e, decidir, por conseguinte, da respectiva censurabilidade.

⁶ Assim, Ulrich HUBER, *Zivilrechtliche Fahrlässigkeit, Fs. für Ernst Rudolf Huber*, Göttingen, 1973, 256-257: “A evolução levou a que actualmente se reconheça no juízo de negligência – ou seja no conceito de “cuidado exigível no tráfego” – em parte um juízo de ilicitude e em parte de culpa”. Como sublinham Josef ESSER / Hans-Leo WEYERS, *Schuldrecht*, Band II – *Besonderer Teil*, Teilband 2 – *Gesetzliche Schuldverhältnisse*, 8.^a ed., Heidelberg, 2000, 170, saber “se o responsável não terá observado o necessário cuidado no tráfego, que foi anteriormente concebida apenas como uma questão de culpa, resulta, de acordo com a opinião correcta e importante, de apurar se ele agiu de forma ilícita. Ou de forma concisa: a violação do dever de cuidado é uma característica da ilicitude”. Também Franz WIEACKER, “Rechtswidrigkeit und Fahrlässigkeit im Bürgerlichen Recht”, *JZ* 7 (1957) 536, defendia a divisão do conceito de negligência, ao incluir o exame do cumprimento do cuidado objectivamente necessário na ilicitude e a imputação do comportamento desaprovado na culpa.

4. Cuidado externo e ilicitude. Cuidado interno e culpa

A repartição dos elementos componentes da negligência pela ilicitude e culpa reflecte-se no tratamento dogmático do cuidado, cuja preterição constitui precisamente o núcleo da negligência.

Em regra, o conceito de “cuidado” costuma ser empregue em vários sentidos, tanto podendo designar uma atitude interna de reflexão (a pessoa que pensa bem antes de agir), como comportamentos cautelosos (a pessoa cujos actos revelam o cuidado adequado às circunstâncias do caso). São estas duas facetas do cuidado que importa agora analisar com algum desenvolvimento.

I. De um lado, temos uma certa prestação de concentração intelectual e psíquica, necessária para formar percepções correctas dos factos e preparar as decisões correspondentes, que exprime o chamado “cuidado interno”.

De outro lado, temos o comportamento apropriado para esconjurar perigos, evitando lesões, o qual corresponde ao chamado “cuidado externo” (circular à velocidade aconselhável pelas condições do tráfego, assinalar o piso molhado em centros comerciais, fixar corrimãos nas escadas para que as pessoas se possam segurar, etc.).

Embora o emprego do cuidado interno seja em regra pressuposto de cumprimento do cuidado externo, as duas formas de cuidado revelam-se perfeitamente dissociáveis, sendo imagináveis situações em que apesar de se ter observado elevada reflexão, se agiu, ainda assim, de forma imprudente, de que é exemplo o atirador que, durante uma caçada, se esforça muitíssimo – mas em vão – para não atingir o batedor, juntamente com a presa; embora o caçador devesse ter omitido o tiro, não esteve contudo desatento. De todo o modo, o comportamento do agente não foi cuidadoso, porque não evitou a realização da ofensa. Em suma, não houve “cuidado externo”, apesar de se ter observado “cuidado interno”. A situação inversa também se pode configurar facilmente, como sucede com os comportamentos apropriados casuais, que não foram precedidos de “cuidado interno”; será o caso do automobilista que, apesar de distraído, conduz à veloci-

dade regulamentar ou que se deteve antes de uma passagem de peões sem se ter apercebido da sua existência.

II. O cuidado externo exprime-se através dos deveres de conduta aplicáveis às circunstâncias de cada caso e cuja violação gera a ilicitude do comportamento, servindo assim a defesa dos bens jurídicos cristalizados nos chamados interesses de integridade⁷. Logo, o correspondente dever de conduta deve obedecer ao estalão do cuidado máximo, vigorando ainda que o vinculado não o possa cumprir nas condições concretas que se lhe deparam: por exemplo, a avaria de um taquímetro ou o facto de uma placa com indicação da velocidade máxima estar tapada por uma árvore, não isentam o condutor de respeitar a velocidade máxima.

Enquanto tarefa fundamental das regras delituais, a protecção dos referidos interesses de conservação exige a excelência dos comportamentos adoptados para os prevenir de lesões. A “excelência” não constitui uma abstracção inatingível: o automobilista que se apercebe de um camião mal estacionado a encobrir um certo espaço, pode perfeitamente representar a hipótese de estar tapada uma placa de trânsito e nesse caso decide parar o veículo para avaliar as circunstâncias, concluindo que existia mesmo uma tal placa. Ninguém provavelmente procede deste modo mas a conduta é possível e é esse padrão de cuidado que a regra espera a final de quem participa no tráfego, razão pela qual, não sendo cumprido, comina o comportamento com o juízo de ilicitude, porque não cumpriu o dever objectivo de cuidado apesar de materialmente o poder cumprir.

III. As fontes primaciais deste dever objectivo de cuidado são regras jurídicas de conduta, sejam legais ou regulamentares, podendo revestir índole civil, penal ou contra-ordenacional.

⁷ Aos interesses de integridade (ou de conservação) correspondem os bens jurídicos existentes (*status quo*) e que são protegidos pela responsabilidade extracontratual, enquanto os interesses de movimento correspondem aos bens jurídicos a adquirir (*status ad quem*) através do comércio jurídico (mormente, tráfego negocial) e são defendidos pela responsabilidade contratual (e pela confiança).

Outra fonte concretizadora do cuidado devido é constituída pelas regras profissionais, quer de cariz deontológico quer de cariz técnico (as chamadas *leges artis*⁸), que vigoram em diversos domínios e que fixam certos padrões de actuação, assim como as normas DIN ou ISSO, que regem o exercício de actividades económicas e institucionais.⁹

Faltando quaisquer disposições reguladoras, torna-se indispensável o apelo aos costumes profissionais do profissional-padrão e, na sua ausência (ex.: *baby-sitting*), impõe-se o recurso directo ao cuidado imposto pelo concreto comportamento socialmente adequado no tráfico (a chamada figura-padrão cabida ao caso).¹⁰

IV. Por seu lado, o cuidado interno compreende a identificação das circunstâncias que impõem o dever de comportamento e a preparação das decisões conducentes ao seu cumprimento. Servem de exemplo os procedimentos que devem anteceder uma ultrapassagem: antes de a efectuar, o condutor deve proceder de modo a evitar uma colisão, verificando pelo espelho retrovisor se nesse momento não existe outro veículo atrás de si que esteja tam-

⁸ Segundo o STA, Proc. n.º 0279/14, 09-10-2014 (Costa Reis), <www.dgsi.pt>, as *leges artis* da medicina, quando não escritas, são métodos e procedimentos, comprovados pela ciência médica, que dão corpo a *standards* contextualizados de actuação, aplicáveis aos diferentes casos clínicos, por serem considerados pela comunidade científica, como os mais adequados e eficazes.

⁹ As normas DIN (acrónimo de Deutsches Institut für Normung) são *standards* técnicos que asseguram a qualidade normalizada tanto dos produtos como dos procedimentos industriais e científicos na Alemanha, aplicando-se ao comércio, indústria, actividades científicas e instituições públicas, realizando as mesmas funções que são desempenhadas por organismos internacionais como o ISO (International Organization for Standardization). Em Portugal, o organismo nacional de normalização é o Instituto Português de Qualidade.

¹⁰ Figueiredo DIAS, *Direito Penal*, 866-876. Próximo, Eduardo CORREIA, *Direito Criminal*, 1, 424-427, entendendo que o dever cuja violação a negligência supõe, não se podia fixar em geral, variando consoante as circunstâncias, exemplificando-se com a arte de curar que requer o emprego de processos cirúrgicos adequados, assim como a actividade automobilística exige o respeito de normas legais e regulamentares. Estes deveres podiam estar ligados, em particular, ao desempenho de certos ofícios ou profissões, tanto podendo conhecer uma origem legal autónoma (normas ou regulamentos destinados à prevenção de perigos), como fundar-se nos usos ou na experiência geral ou de determinados grupos profissionais.

bém a realizar a mesma manobra; o facto de não ter visto o outro automóvel por este se encontrar no ângulo de sombra do espelho, ainda assim não impedirá a imputação negligente, uma vez que, antes da ultrapassagem, deveria ter olhado pela sua janela lateral de forma a apurar se o ângulo “morto” se encontrava realmente vazio; de igual modo, o médico prudente presta atenção ao facto de não deixar zaragatoas no corpo do doente que está ser operado; este dever de “prudência interna” é transformado pelo juiz em “prudência externa” através da seguinte constatação: o médico consciente das suas responsabilidades evita o esquecimento de zaragatoas, mandando contá-las antes e depois da operação.¹¹

Estão, assim, fundamentalmente em causa, as capacidades físicas, intelectuais e emocionais que permitem ao agente antever a possibilidade de verificação do facto ilícito e decidir-se pela sua evitação, razão pela qual os elementos constitutivos da culpa negligente consistem na *previsibilidade* e *evitabilidade* do evento.

A previsibilidade não significa, contudo, que o agente tenha que tomar em consideração toda e qualquer possibilidade de lesão, por remota que seja, sob pena de se comprometer irremediavelmente a liberdade geral de acção mas apenas as que, segundo as regras da experiência, se apresentem como prováveis. Os exemplos abundam: quem coloca em circulação objectos com cuja utilização *imprópria* poderão estar ligados perigos – *v. g.*, facas, machados ou artigos pirotécnicos – não age negligentemente, se não houver razão para supor o facto que semelhante utilização irá acontecer, a qual já será contudo natural quando se vende artigos pirotécnicos, fósforos ou isqueiros a crianças e adolescentes: as crianças gostam de “brincar com o fogo” de maneira descuidada, e, por isso, causam frequentemente incêndios; do mesmo modo, pode ser descuidada a possibilidade de se causar uma lesão durante uma caçada pela utilização de um cartucho defeituoso, quando, por experiência, se sabe que existem entre 100 a 500 cartuchos regulares.¹²

¹¹ Assim, Ulrich HUBER, *Zivilrechtliche Fahrlässigkeit*, 266.

¹² Como observa Ulrich HUBER, *Zivilrechtliche Fahrlässigkeit*, 280 (nota 98), as dificuldades que presidem à determinação do que seja previsível, resultam do duplo significado que pode ser associado ao conceito, incluindo tanto as consequências que se pode prever mediante a utilização do bom senso, como as que não se pode excluir, fazendo igualmente uso do bom senso,

Em suma, no âmbito da culpa negligente, investiga-se se a pessoa comum do círculo de tráfego a que pertence o agente, agindo nas condições concretas deste e empregando as normais capacidades intelectuais, emocionais e físicas, poderia ter previsto a verificação do evento e evitá-lo, mediante a adopção do comportamento apropriado.¹³

5. Conclusões

O processo de imputação delitual constitui um sistema de “pesos e contrapesos” que balanceia e equilibra a defesa de bens jurídicos relativamente antagónicos (liberdade *versus* interesses de integridade).

Enquanto a definição do dever de cuidado para efeitos de ilicitude obedece a um critério estritamente objectivo, aferido pelos interesses de integridade e nessa medida se norteia pela *posição do lesado*, a avaliação em sede de culpa do seu incumprimento visa salvaguardar a liberdade de acção, orientando-se agora pela *posição do lesante*. Quem cumpre o cuidado que, em regra, é necessário para evitar lesões de bens jurídicos, não tem que indemnizar os danos causados; privilegia-se, assim, os processos dinâmicos à situação existente, reservando-se um espaço de livre actuação, pois caso se tivesse que responder por qualquer causação de prejuízos, os comportamentos humanos orientar-se-iam sobretudo pela sua prevenção, mais do que pela criação de bens novos.

entendendo que a previsibilidade apenas deve abranger as consequências cuja eventual ocorrência possa servir de fio condutor para os actos momentâneos e a ausência dos mesmos por parte de uma pessoa prudente. Neste mesmo sentido, Pessoa Jorge, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, reed., Lisboa: Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, 1972, 87, frisando que a previsibilidade se limitava às lesões prováveis. Segundo LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Band I, *Allgemeiner Teil*, 14.^a ed., 1987, 283, o comerciante que vende fósforos a uma criança que não conhece, age negligentemente e, por isso, poderá ser responsabilizado pelos prejuízos de um incêndio, se não se interessar pela finalidade da compra e se não tiver nenhuma razão para supor que a criança agiu a pedido de adultos ou será vigiada suficientemente por eles, na utilização dos fósforos.

¹³ Como assinala LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, 283, a avaliação da culpa tem sempre que tomar em consideração a situação concreta, não sendo possível determinar esquematicamente a exata medida necessária no caso.

O princípio da culpa vem assim corrigir os desequilíbrios criados pela vigência predominante de factores objectivos ao nível da determinação da regra cuja violação gera a ilicitude do comportamento. Deste modo, condutas ilícitas, como o caso do automobilista que desrespeitou a velocidade máxima por o velocímetro, apesar de realizada a inspecção devida, se ter avariado ou por não se ter apercebido do sinal de trânsito que estava encoberto por um camião mal estacionado, serão agora isentas de culpa, em virtude de não ter havido falta de cuidado interno, impedindo portanto o preenchimento da negligência. Não se exige, em suma, nada de impossível ao agente, estando, antes, em causa, determinar a medida de cuidado que, nas condições do caso, uma pessoa comum pertencente ao seu círculo de tráfego poderia tomar para impedir a ofensa dos interesses de integridade.¹⁴

¹⁴ Como observa Erwin DEUTSCH, *Der Begriff der Fahrlässigkeit im Zivilrecht*, Jura, 9-1987, 508, a negligência está sempre dependente das circunstâncias: se um transeunte sofre, na rua, um ataque de asfixia, então um médico que passa pelo local pode efectuar um corte de traqueia até com o canivete para salvar o doente; em exames de raio X em série numa cidade alemão destruída com a guerra, puderam ser aplicadas medidas de precaução mais reduzidas contra a confusão de imagens de raio X do que as geralmente habituais.

SEGURO DE RESPONSABILIDADE CIVIL: O “DENTE” DA RESPONSABILIDADE CIVIL OU A DISTRIBUIÇÃO DO RISCO

PEDRO PAIS DE VASCONCELOS

1. Introdução

A responsabilidade civil e o seguro têm similitudes funcionais. Desempenham funções de defender as pessoas dos danos que sofram. Fazem-no de um modo diferente, embora com pontos de contacto importantes. Neste texto, vai ser feito um relacionamento funcional de ambas nas diferentes perspetivas e pontos de partida jurídicos que lhe estão na génese, no modo como prosseguem os respetivos objetivos e como, no seguro de responsabilidade civil, esta serve de base ao seguro e como o seguro pode reforçar a eficácia funcional da responsabilidade civil. A complementaridade entre estes regimes jurídicos é um tema muito interessante, quer para a doutrina da responsabilidade civil quer para a do direito dos seguros.

A responsabilidade civil é uma matéria nobre na doutrina, sofisticada e problemática, tem merecido um lugar nobre na universidade, na literatura jurídica e no foro. Não tanto assim o seguro, confinado a um espaço marginal.

E, no entanto, costuma-se dizer, na doutrina do direito dos seguros, que o seguro é o “dente” da responsabilidade civil porque, sem seguro, a vítima do ato ilícito culposo e danoso muitas vezes acaba por pouco ou nada receber, porque o património do responsável não o comporta. Sem seguro, a responsabilidade civil acaba por não alcançar muitas vezes o seu objetivo e por se frustrar.

É interessante relacionar a responsabilidade civil com o seguro. Partem de duas perspetivas diferentes.

2. Começando pelo princípio

A *Lex Aquilia de damno* foi plebiscitada em 287/286 a.C., no tempo de Zenão de Citius, no início da *Stoa Antiga*. Discutia-se então acerrimamente sobre a tese da necessidade, da fatalidade da vida, e se tal fado ou destino priva as pessoas da liberdade e da responsabilidade pelas suas ações. A tese contrária mantinha que as pessoas, na sua ação, continuavam a ter a liberdade de escolha suficiente para uma decisão responsável e para a responsabilidade pelas suas ações. Este tema, que é aliciante, acaba por desembocar na polémica do livre arbítrio.

Muito mais tarde, no Renascimento, a tese de Pico della Mirandola sobre a natureza e a dignidade do homem (*Discurso sobre a Dignidade do Homem*) reconhece-lhe o poder de determinar a sua própria natureza e, mais tarde ainda, Sartre (*O existencialismo é um Humanismo*¹) postula que, sem Deus, o homem fica só e sem

¹ SARTRE, *O Existencialismo é um Humanismo*, Presença, 4.^a ed., 218-219: «Subjetivismo quer dizer, por um lado, escolha do sujeito individual por si próprio; e por outro a impossibilidade para o homem de superar a subjetividade humana. É o segundo sentido que é o sentido profundo do existencialismo. Quando dizemos que o homem se escolhe a si, queremos dizer que cada um de nós se escolhe a si próprio (...)»

E a págs. 227-228: «Se, por outro lado, Deus não existe, não encontramos diante de nós valores ou imposições que nos legitimem o comporta-

desculpas, condenado a ser livre, numa linha de coerência que culmina na análise de Hannah Arendt sobre a banalidade do mal e sobre o dever inerente à humanidade de escolher entre o bem e o mal. Tudo isto já estava no Génesis, no pecado de comer o fruto da árvore da sabedoria do bem e do mal (Gn. 1.2).

Mas a alternativa da inexorabilidade do acontecer, da exterioridade da causa, a tese da predestinação e da necessidade, manteve muito convencimento (basta pensar no determinismo histórico) e trouxe consigo a ideia de que muito do que acontece não é, não pode ou não deve ser, imputável a ação humana responsável porque seria inexorável e não pode, portanto, ser qualificada como culposa.

3. A ilicitude do agir e a ilicitude do acontecer

Daqui nasce uma distinção ética fundamental entre a ilicitude do agir e a ilicitude do acontecer. Da ilicitude do agir decorre a responsabilidade moral, e dela a responsabilidade civil (e a responsabilidade criminal); da ilicitude do acontecer nasce o risco e o dano injusto, a necessidade de o atribuir ou de o distribuir, a sua transferência, a sua mutualização, a sua socialização.

Se a teoria da responsabilidade civil nasce do livre arbítrio e da ilicitude da ação, o seguro nasce da consideração da inexorabilidade do risco do evento e da ilicitude do dano. A ação ilícita é o comportamento voluntário e consciente que não-deve-ser – ou que deve-não-ser – o dano ilícito é aquele que é sofrido por quem não-o-deve-sofrer – ou por quem deve-não-o-sofrer.

mento. Assim, não temos nem atrás de nós, nem diante de nós, no domínio luminoso dos valores, justificações ou desculpas. É o que traduzirei dizendo que o homem está condenado a ser livre.»

Estes dois excertos resolvem o paradoxo estoico da predestinação e da liberdade. Se no homem a existência precede a essência, o homem se faz a si mesmo e é aquilo que se fizer, e isso é sua subjetividade; ele, mantendo-se livre não consegue libertar-se da sua subjetividade e fica preso a ela; mas sem Deus, nem um sistema de valores que lhe seja anterior, sem uma essência que lhe preceda a existência, está só e sem desculpas, condenado a ser livre.

O paradoxo da vinculação e da liberdade na subjetividade do homem, em Sartre, é o mesmo paradoxo da predestinação e da responsabilidade nos primeiros estoicos.

Esta dualidade ética tem consequências jurídicas profundíssimas que estão ligadas à dualidade do Direito Civil e do Direito Comercial.

Embora não exclusivamente nem absolutamente, a responsabilidade civil está tendencialmente mais ligada ao direito civil, à ilicitude da ação e ao correspondente juízo de culpa, enquanto o seguro está tendencialmente mais ligado ao direito comercial, à gestão e alocação do risco e a decisões pragmáticas.

4. A complexidade do mecanismo da responsabilidade civil

O mecanismo da responsabilidade civil, vinda da *Lex Aquilia*, representa um enorme progresso em relação à pena de talião, mas é complexo. Envolve cinco elementos, cinco provas e cinco decisões: sobre a imputação subjetiva da ação ao seu autor, sobre a ilicitude da ação, sobre a culpa do autor, sobre o dano causado e sobre o nexo de causalidade entre a ação ilícita e o dano.

Esta complexidade resulta da sofisticação do mecanismo da responsabilidade civil, mas é excessivamente complicado, demorado, incerto e litigioso para satisfazer as necessidades do comércio.

Os comerciantes, homens práticos, eram (e continuam a ser) tipicamente pouco propensos à moralidade e mais inclinados para o pragmatismo e praticabilidade, para a simplicidade, a rapidez e em evitar a litigiosidade. Assim, adotaram, logo desde o início da sua prática ou desde muito cedo, uma atitude diferente perante a causação e o sofrimento de danos. Muito mais do que ajuizar a autoria, a licitude e a causalidade dos danos, para lhes encontrar um responsável que os compense, curaram de encontrar para eles uma solução prática e simples que consistiu em fazer a sua imputação a quem for mais adequado, mais eficiente ou mais justo, independentemente de juízos de culpa. E assim nasceu o seguro, um dos mais antigos contratos do direito comercial.

5. A simplicidade do mecanismo do seguro

O seguro tem uma técnica menos complicada.

Em vez de partir da ilicitude da ação, parte da avaliação do risco (*risk assessment*). Esta avaliação assenta na identificação do risco (perigo), do cálculo da sua frequência expectável (avaliação quantitativa) e da gravidade das suas consequências (avaliação qualitativa). A avaliação apoia-se principalmente em séries estatísticas, quanto mais longas mais eficientes. É difícil avaliar o risco sem elas. Assim, comparando dois riscos importantes: o da sinistralidade automóvel e o de morte (no seguro de vida), sabe-se que o risco de sinistralidade automóvel é quantitativa e qualitativamente diferente quanto aos condutores homens, com menor número mas maior gravidade dos acidentes, do que quanto às condutoras mulheres, com maior número de acidentes mas com menor gravidade, sendo o risco global na prática indiferente; diversamente, no seguro de vida, as séries estatísticas revelam que as mulheres sobrevivem aos homens em aproximadamente dez anos, pelo que o seu risco é menor. É este tipo de considerações puramente pragmáticas, com poucas ou mesmo nenhuma motivações de bem ou de mal, que influencia muito de terminantemente o Direito Comercial.

No início da sua história², os seguros marítimos (foram os primeiros) enfrentavam dois riscos principais: de naufrágio e de pirataria. Sem haver ainda séries estatísticas, o seguro era feito recorrendo a bolsas. Os comerciantes punham em comum verbas das quais eram pagos os danos segurados. Ainda hoje ainda assim é feito nos grandes danos cobertos pelos *P&I Clubs* (*Protection and Indemnity Clubs*) que, para além dos tradicionais seguros de cascos, de máquinas ou de carga, cobrem riscos menos avaliáveis, principalmente ligados a grandes danos e perante terceiros, por exemplo, riscos de abaloamento, naufrágio ou poluição, em que os segurados constituem fundos semelhantes às antigas bolsas, com quantias avultadíssimas que facultam os recursos necessá-

² O primeiro tratado de direito de seguros é da autoria do português Pedro de Santarém, *Tractatus de assecurationibus et sponsionibus*, 1556, disponível em edição do Instituto de Seguros de Portugal (hoje, Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões), 2007, com traduções em Português, Inglês e Francês, além do original em latim.

rios para a cobertura dos grandes danos que os seguradores não conseguem ou não querem cobrir.

O cálculo do prémio é feito em função da cobertura de risco contratada e com recurso à taxa de risco dessa mesma cobertura. Embora o contrato de seguro seja considerado isoladamente como um contrato aleatório, os seguros são sempre contratados em massa, e na sua contratação global, o conjunto dos prémios deve corresponder aproximadamente ao valor das quantias pagas em consequência dos sinistros.

O segurador está permanentemente a receber um fluxo importante de dinheiro proveniente dos prémios e sempre a gastar um fluxo aproximadamente importante correspondente aos pagamentos dos sinistros. Se receber mais prémios do que pagar sinistros, ganha; na inversa, perde. Entretanto, mantêm reservas avultadíssimas, que cobrem os riscos assumidos e que simultaneamente potenciam ganhos financeiros, que serão maiores ou menores consoante o mercado financeiro e a gestão que dos ativos financeiros for feita. Os seguradores ganham ou perdem em duas áreas do negócio: na relação entre prémios e sinistro e na gestão financeira das suas reservas.

Com este mecanismo, o seguro, opera a mutualização do risco. Todos os tomadores dos seguros pagam um certo prémio e o risco segurado é suportado por todos, incluindo o próprio. O segurador funciona, assim, como gestor de um fundo de mutualização.

O seguro é, tanto económica como juridicamente mais simples e mais eficiente, mais rápido e mais prático que a responsabilidade civil. Dispensa o juízo da ilicitude e da culpa, e o dano é assumido como um risco em relação ao qual não interessa se corresponde a uma conduta ilícita ou culposa. Em princípio só tem de verificar-se se o dano está coberto pela apólice (cobertura). Em princípio é de muito mais simples e rápida operação.

6. Responsabilidade pelo risco e seguro

Há atividades tipicamente perigosas que têm um risco inerente para a cobertura do qual o mecanismo clássico da responsabilidade civil se revela inadequado.

Desde logo a prestação de trabalho. Quando um trabalhador sofre um acidente na prestação do trabalho, não é prático nem eficiente investigar quem foi o causador nem quem foi o culpado. A lei faz recair o dano sobre o patrão, como risco, e obriga o patrão a segurar esse risco. Um sistema de pura responsabilidade civil, além de enfrentar dificuldades e demoras no apuramento da autoria subjetiva, da ilicitude e da culpa, quando não ainda do dano e do nexo de causalidade, poderia no final deparar com a insuficiência patrimonial do responsável, sobretudo se fosse outro trabalhador. O seguro obrigatório resolve estes problemas e torna muito mais simples a cobertura do risco. O acidente é participado ao segurador e o segurador avalia a gravidade, faculta o tratamento e paga o que houver a pagar. Até procede à investigação das fraudes que possam ocorrer e ao tratamento dos ferimentos e doenças que foram consequência dos acidentes. Assim, o risco dos acidentes de trabalho é mutualizado e disperso por todos os tomadores do seguro.

O mesmo mecanismo de mutualização funciona em outros casos de transferência do risco, com a mesma *ratio juris*, como nos casos de danos causados por animais ou por veículos.

O seguro é o modo mais simples e mais eficiente de defender as pessoas dos danos que sofram causados por atividades tipicamente perigosas, quer dizer, danosas.

Há na lei portuguesa um grande número de seguros obrigatórios. Correspondem a casos de atividades tipicamente perigosas ou que envolvem riscos relevantes e em que importa garantir os eventuais lesados contra o risco de insuficiência patrimonial do responsável por indemnização e defender também os responsáveis pela indemnização contra o dano económico que o dever de indemnizar lhes irá acarretar.³ O seguro, nestes casos, acresce à responsabilidade civil e reforça-a. Sem o mecanismo do seguro, o sistema da responsabilidade civil, ainda que teoricamente perfeito, será demasiadas vezes deficiente ou mesmo ineficaz.

³ Estão exaustivamente listados na página da ASF – Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões – <www.asf.com.pt>.

7. O seguro de responsabilidade civil

Na relação entre responsabilidade civil e seguro, desempenha um lugar muito importante o seguro de responsabilidade civil. Tem como efeito a transferência para o segurador do risco de alguém vir eventualmente a ser condenado em indemnização. Vale mais a pena pagar regularmente um prémio de seguro do que, de repetente, ter de pagar uma indemnização toda duma vez. Tem a mesma lógica dos seguros de acidentes pessoais. Do lado do tomador do seguro o custo é disperso no tempo, pelo pagamento dos prémios, e o risco é assumido pelo segurador que o mutualiza, e assim dispersa, por todos os demais tomadores. Tem ainda a vantagem de o segurador cuidar e assumir, conforme estipulado, a defesa judicial com advogados experientes e até de investigar o caso do qual o seu segurado é acusado de ter causado culposamente um dano indemnizável.

Os seguros de responsabilidade civil são hoje muito contratados, mas são recentes e a sua aceitação não foi sem controvérsia. No Código Comercial de 1888, o artigo 437.º, 2.º, cominava com ineficácia o seguro «se o sinistro tiver sido causado pelo segurado ou por pessoa por quem ele seja civilmente responsável». Isto correspondia a um princípio geral que impedia o funcionamento do seguro quando o sinistro fosse provocado pelo segurado. Este regime assentava em duas razões.

Por um lado, o seguro cujo sinistro estiver na disponibilidade do segurado deixa de ser aleatório. Na verdade, se o sinistro puder ser livremente causado pelo tomador/segurado e ele o puder causar quando quiser, embora possa continuar a ser incerto para terceiros, deixará de o ser para o próprio. Um contrato assim celebrado não deveria, até, ser qualificado como de seguro. Por outro lado, seria imoral, contrário aos bons costumes, permitir que o causador do sinistro viesse a beneficiar dele (*tu quoque*).

Esta dificuldade veio a ser ultrapassada. O dano pode ter sido causado pelo tomador ou pelo segurado com dolo, voluntariamente com o fim de o causar, ou com simples culpa (negligência). Neste caso, em que não há dolo nem intenção atual e determinada pelo fim de causar o dano, os argumentos

invocados contra o seguro de responsabilidade civil deixam de ter valor persuasivo.

Mesmo em relação a sinistros causados com dolo, a lei veio a permitir o funcionamento de seguro, em geral, no artigo 46.º, e especialmente em relação ao seguro obrigatório de responsabilidade civil, no artigo 148.º da Lei do Contrato de Seguro.

Foi ainda invocado contra o seguro de responsabilidade civil o argumento do “moral hazard”, segundo o qual a admissão de seguros de responsabilidade civil teria o efeito perverso de induzir os tomadores ou segurados a um menor cuidado ou mesmo à própria causação de danos. Este argumento, que foi muito invocado contra a admissibilidade do seguro de acidentes de trabalho, acabou por perder capacidade de persuasão, fundamentalmente por duas razões. Por um lado, porque nos seguros de responsabilidade civil a favor de terceiro, os seguradores que paguem a indemnização têm direito de regresso contra o tomador/segurado se ele for o causador do dano e, por outro lado, por se ter verificado que, na prática, da admissão deste seguro não decorria aumento da sinistralidade apreciável.

O seguro de responsabilidade civil pode ser obrigatório, facultativo e quase obrigatório. É obrigatório nos casos de maior relevância social do perigo como, por exemplo, nos acidentes de trabalho e de viação e outras atividades perigosas; é facultativo nos demais casos e, dentre estes, há casos em que, embora legalmente facultativos acabam na prática por se tornar obrigatórios quando impostos por organismos profissionais, como por exemplo, no seguro de responsabilidade profissional dos advogados.

O seguro de responsabilidade civil desempenha um papel fundamental de assegurar efetivação patrimonial da responsabilidade civil. A principal vulnerabilidade do mecanismo da responsabilidade civil é a insolvência do responsável. Não adianta condenar alguém a indemnizar a vítima, quando esta acaba por não receber a indemnização, ou não a receber na totalidade, por falta de meios ou por insolvência do responsável.

O seguro dá a garantia de que a indemnização será paga, mesmo que o responsável não tenha dinheiro para a pagar. Também facilita a indemnização da vítima quando o responsável não a

quer pagar, porque é o segurador que paga, logo, a indemnização à vítima, e é ele que vai, depois, em regresso, assumir o litígio com o responsável para lhe cobrar o valor da indemnização. Como exemplo, pode aludir-se ao seguro contra atentados terroristas, em que não é crível que os autores das ações ilícitas alguma vez paguem as indemnizações em que sejam condenados em responsabilidade civil. Mesmo em casos menos extremos, pode suceder que os autores das ações ilícitas culposas e danosas, resistam ao pagamento com resistência judicial e litigância persistente, casos em que as vítimas têm vantagem em receber a indemnização fácil e rapidamente do segurador sem ter de sofrer os incómodos e as despesas da sua cobrança judicial.

É nestes aspetos que o seguro funciona como o “dente” da responsabilidade civil. Sem o seguro, a responsabilidade civil, na prática, funciona de um modo algo precário e frágil.

8. Soluções semelhantes

Há outros casos aos quais a responsabilidade civil dá uma resposta deficiente e são melhor enfrentados ou complementados com soluções de seguros ou aparentadas com o seguro, soluções de transferência, de mutualização ou de socialização do risco.

8.1 *D&O Insurance*

No âmbito dos seguros de responsabilidade profissional o *D&O Insurance (Directors and Officers)* desempenha um papel ilustrativo no modo como, na vida comercial, as soluções de pura responsabilidade civil podem ser bem complementadas pelo seguro. Trata-se da dualização entre a perspetiva assente na ação ilícita para a compensação dos danos causados às vítimas (responsabilidade civil) e da ilicitude do dano com a sua mutualização.

O seguro D&O cobre o risco emergente da responsabilização dos administradores (e outros *officers*) de sociedades comerciais, perante as próprias sociedades ou perante outros, sócios, credores, *stakeholders*. Os seguros D&O não têm tipo legal próprio

e têm apólices muito variadas no âmbito da autonomia privada e da concorrência que não podem ser aqui descritos em detalhe. Em termos muito simplificados, este seguro tem a peculiaridade muito especial de não cobrir apenas o pagamento das indemnizações em que os administradores venham eventualmente a ser condenados por ilícitos de gestão das sociedades.

Cobrem, em primeiro lugar, o risco que recai sobre os administradores de lhes ser reclamado, judicial ou extrajudicialmente, a responsabilidade civil por atos de gestão. Neste aspeto, pode dizer-se com acerto que o beneficiário do seguro é o próprio administrador e não um terceiro a quem ele tenha eventualmente de pagar uma indemnização. Em seguida, o seguro começa por cobrir os custos da defesa em que o administrador venha a incorrer na sua defesa, quer os custos pré-processuais, na preparação da sua defesa, quer os custos processuais, incluindo os de patrocínio pelos seus advogados. Sobretudo, faculta aos segurados os meios patrimoniais de que precisam para se defenderem. As ações de responsabilidade civil contra os administradores por atos de gestão são normalmente muito custosas e os administradores podem não ter meios económicos sequer para se defenderem. O seguro custeia as despesas de defesa à medida em que vão surgindo.

Em segundo lugar cobre as indemnizações em que os administradores venham a ser condenados, se os limites da cobertura o permitirem. Não é invulgar o limite da cobertura ser esgotado com os custos de defesa de tal modo que o seguro acabe por não cobrir total ou parcialmente a indemnização que venha a haver lugar.

Os regimes jurídicos da responsabilidade civil dos administradores estão bem estabelecidos e bem construídos na generalidade dos sistemas, mas padecem de uma falha grave que é a de só atuarem após a condenação transitada em julgado e deixarem o segurado em grande dificuldade de custear o litígio.

O seguro D&O permite ao segurador custear o litígio e, se o segurado vier a ser condenado, também a pagar a indemnização. Começa a funcionar perante a simples formulação de pretensão contra o administrador, mesmo que ainda extrajudicial.

Os seguros tanto podem ser contratados pelos administradores como pelas sociedades e transferem para o segurador, que usualmente retransfere para um ressegurador,⁴ o risco que, através deste mecanismo acaba por ser mutualizado entre todos os segurados/tomadores.

Este seguro suscita dificuldades, comuns a todos os seguros de proteção jurídica, e que se situam principalmente em dois vetores. Em primeiro lugar, quem dirige a defesa, os advogados do segurado ou o segurador? Em segundo lugar, o segurador pode por termo ao processo por transação (*settlement*) deixando o segurado livre de responsabilidade civil, mas pondo em causa a sua reputação (*reputation damage*)?

O seguro D&O tem algo do seguro de proteção jurídica, previsto nos artigos 107.º e seguintes da Lei do Contrato de Seguro e algo do seguro de responsabilidade civil, previsto nos artigos 137.º e seguintes da mesma lei, mas não é um somatório de ambos e tem especificidades muito relevantes.

8.2 O seguro de crédito e o seguro-caução

O seguro de crédito e o seguro-caução têm também semelhanças e funcionalidades próximas à responsabilidade civil.

O seguro de crédito (artigo 161.º LCS) cobre os riscos, para o segurado, de (a) «falta ou atraso no pagamento de obrigações pecuniárias»; (b) «riscos políticos, naturais ou contratuais, que obstem ao cumprimento de obrigações»; (c) «não amortização de despesas suportadas com vista à constituição desses créditos»; (d) variações de taxa de câmbio de moedas de referência no pagamento»; (e) alteração anormal e imprevisível dos custos de produção», e (f) suspensão ou revogação da encomenda ou resolução arbitrária do contrato pelo devedor na fase anterior à constituição do crédito».

O seguro-caução (artigo 162.º LCS) cobre os riscos de danos patrimoniais do segurado «em caso de falta de cumprimento ou de mora do tomador do seguro, em obrigações cujo cumprimento possa ser assegurado por garantia pessoal».

⁴ Embora seja possível, são raríssimos os casos, no mercado, em que os seguros D&O não são ressegurados.

Têm funções semelhantes, de sinal contrário. O seguro de crédito cobre os riscos do credor enquanto o seguro caução os cobre do lado do devedor; o primeiro é contratado pelo credor, o segundo pelo devedor. Mas em ambos a função é, *grossa modo*, de assegurar a satisfação do interesse do credor ou do fornecedor.

Em ambos os casos, estes seguros complementam com eficácia o regime da responsabilidade civil por incumprimento contratual sem curar das questões sempre duvidosas e litigiosas que emergem do juízo de culpa. Faltando o cumprimento, em termos objetivos, ou ocorrendo factos que o frustrem, o seguro compensa. O não cumprimento, aqui, não é encarado como facto ilícito, culposo ou não, mas antes como um dano que é sempre possível, mas não é certo, e que importa objetivamente acautelar e compensar.

8.3 Fundos de garantia

Na origem dos seguros estão os fundos de mutualização de riscos, as bolsas de seguros medievais e renascentistas. Com estes fundos, os comerciantes punham em comum dinheiro correspondente a certas percentagens dos seus comércios, ou das suas cargas ou dos seus navios e, por força desses fundos, cobriam as desgraças (sinistros) que ocorressem, fosse o naufrágio, a captura por piratas ou corsários, o alijamento ou avaria da carga. Ainda hoje, os *P&I Clubs* atuam com a mesma função.

Os fundos de mutualização do risco têm sido particularmente visíveis ultimamente no sector bancário. Os riscos de insolvência no sector financeiro, principalmente no bancário têm se revelado com brutalidade e surpresa em falências de bancos de todas as dimensões e em perdas por vezes graves que afetam os aforradores e os investidores e estão a pôr em causa a própria sobrevivência do mercado.

Para cobrir estes riscos, por iniciativa da União Europeia, foram criados fundos de garantia de depósito e fundos de resolução bancária. Os fundos de resolução garantem aos depositantes uma cobertura até um certo valor máximo e os fundos de resolução garantem o financiamento e os custos das operações de reso-

lução bancária. Em ambos os casos, estes fundos são alimentados por contribuições dos bancos.

Estes fundos cobrem parcialmente os riscos de segurança dos depósitos e assim, permitem que os depositantes continuem a depositar as suas poupanças nos bancos sem receio de as perderem e também custeiam as despesas da resolução dos bancos insolventes.

Este mecanismo opera a mutualização, entre todos os bancos, dos principais riscos do mercado bancário.

A responsabilidade civil dificilmente conseguiria assegurar a cobertura destes riscos ou a satisfação dos danos deles emergentes.

Os casos de insolvência de bancos, por vezes de grandes bancos, têm causado danos gravíssimos a multidões de pessoas, principalmente aos seus clientes, depositantes, etc.

8.4 Compensação de tragédias

Finalmente, e os exemplos poderiam multiplicar-se, as grandes tragédias, incêndios, cheias, tremores de terra, causam danos muito avultados e, sobretudo, muito generalizados a massas de pessoas.

Estes riscos são, em geral seguráveis e muitas pessoas os contratam no mercado. Mas são muitas vezes ainda me maior número as pessoas que são atingidas por este tipo de eventos e de risco sem seguro de danos próprios que os cubram. Nessas circunstâncias sucede que os governos decidam tomar a seu encargo a indemnização da totalidade ou parte dos danos causados, juntamente com a reparação dos danos sofridos pelas estruturas públicas, ao fazê-lo, as autoridades estão a socializar o risco e o dano.

Estes danos não são suscetíveis de serem compensados com recurso a responsabilidade civil, porque não são emergentes de ações humanas, são simples factos naturais. Se não forem mutualizados por seguros ou socializados pelo Estado, acabarão por ser sofridos pelas próprias vítimas.

REFLEXÃO CONCLUSIVA RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL EM PORTUGAL E NO BRASIL: MODELOS E PONTOS DE DIVERGÊNCIA

MAFALDA MIRANDA BARBOSA

1. Introdução

O diálogo cada vez mais intenso entre o ordenamento jurídico português e o ordenamento jurídico brasileiro, também no tocante à responsabilidade civil, justifica que – com a dificuldade que sempre reveste a tentativa de captar a complexidade conformativa da juridicidade num enunciado de síntese – se opere uma sistematização comparativa entre ambos a propósito da responsabilidade civil extracontratual. É exatamente esse exercício de sistematização que se procura levar a cabo nas páginas subsequentes, orientando-nos, para o efeito, pelas principais linhas de caracterização dos dois modelos delituais.

Tal exercício foi estimulado pelo acompanhamento das intervenções que tiveram lugar nas *1 Jornadas Luso-Brasileiras de Responsabilidade Civil*, por delas se terem retirado importantes notas acerca da conformação da responsabilidade civil extracontratual, quer em Portugal, quer no Brasil. Por isso, não o sendo, funcionará como uma conclusão de um trabalho que se revelou

frutífero e que contou com a colaboração de todos os oradores do referido congresso.

2. O modelo delitual português

a) *A influência do direito alemão e a cisão entre ilicitude e culpa*

O preceito central em matéria de responsabilidade civil extracontratual, no ordenamento jurídico português, é o artigo 483.º cc. Aí, acolhe-se, claramente, o modelo proposto por Ihering, assente na dualidade entre culpa e ilicitude. Se a primeira é imprescindível, exceto nos casos de responsabilidade objetiva, a segunda também tem de estar necessariamente preenchida, traduzindo-se na violação de direitos absolutos, na violação de disposições legais de proteção de interesses alheios e no abuso do direito. Não é, portanto, difícil de perceber a sintonia com o ordenamento jurídico alemão, razão pela qual se torna imprescindível olhar – ainda que simplificadamente – para essa que foi a nossa fonte de inspiração.

Na verdade, o direito delitual alemão baseia-se no chamado *Enumerationprinzip*, nos termos do qual apenas determinados bens indicados pela lei (§823 I BGB) são objeto de tutela. A par desta previsão, o §823 II BGB estabelece que a indemnização pode resultar da violação de disposições legais de proteção de interesses alheios, e o §826 considera que a violação dolosa dos bons costumes pode constituir fonte de responsabilidade civil.

Quer isto dizer que, embora a culpa seja exigida – em regra – como requisito para o ressarcimento, sendo ainda hoje excepcionais as hipóteses de responsabilidade objetiva, ela não é bastante para alicerçar uma pretensão indemnizatória procedente. Exige-se o preenchimento de um filtro objetivo de seleção dessas mesmas pretensões – a ilicitude. Confrontamo-nos, portanto, com três pequenas cláusulas que permitem desvelá-la. De acordo com os estudiosos¹, a consagração destas três pequenas

¹ Cf. Menezes Cordeiro, Da responsabilidade civil dos administrado-

cláusulas de ilicitude afigura-se essencial para garantir a separação entre os dois níveis de sindicância propostos por Ihering: por um lado a ilicitude, por outro lado a culpa.

Talvez por isso se tenha tornado tão intensa, na Alemanha, a discussão em torno da própria conformação do ilícito. Abandonando-se uma visão formal com que ele poderia, erroneamente, ser captado, passou a discutir-se se faria ou não sentido aproveitar a lição do penalista Welzel, importar para o domínio do direito civil a doutrina da ação final e, assim, passar a considerar o dolo e a negligência por referência à ilicitude. Paralelamente, embora os problemas não se confundam, intensifica-se o debate entre os defensores da ilicitude da conduta e da ilicitude do resultado². A doutrina da ilicitude do resultado (*Lehre von Erfolgsunrecht/*

res das sociedades comerciais, Lex, 1997, 437, num sentido análogo ao que vai intencionado no nosso texto.

² Sobre estas questões, cf., inter alia, Mafalda Miranda Barbosa, Do nexo de causalidade ao nexo de imputação. Contributo para a compreensão da natureza binária e personalística do requisito causal ao nível da responsabilidade civil extracontratual, *Principia*, 2013, 567 s.; Wolfgang Münzberg, Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung, Frankfurt am Main: Klostermann, 1966, 109 s. e 201 s.; Karl Larenz / Claus-Wilhelm Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, ii, Halbband 2, Besonderer Teil, 13 Aufl., München: Beck, 1994, 364 s.; Ribeiro de Faria, «Algumas notas sobre o finalismo no direito civil», *Boletim da Faculdade de Direito*, 79 (1993) 74 s.; Sinde Monteiro, Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações, Coimbra: Almedina, 1989, 300 s.; Nils Jansen, „Das Problem der Rechtswidrigkeit bei § 823 Abs. 1 bgb“, *Archiv für die civilistische Praxis*, 202, 2002, 517 s.; Larenz, „Rechtswidrigkeit und Handlungs begriff im Zivilrecht“, *Festschrift für Dölle*, Band I, Tübingen: Mohr Siebeck, 1963, 169 s.; Von Caemmerer, „Bereicherung und unerlaubte Handlung“, *Festschrift für Rabel*, Band I, 1954, 333; Id., „Wandlung des Deliktsrechts“, *Festschrift zum 100jährigen Bestehen des Deutschen Juristentages*, Bd. ii, 1960, 49 (também publicado em *Gesammelte Schriften*, Band I, Rechtsvergleichung und Schuldrecht, Freiburg: Mohr Siebeck, 1962, 452 s.); Id., „Die absoluten Rechte in § 823 Abs. 1 bgb“, *Karlsruher Forum* (Beiheft), 1961, 24 s. (também publicado em *Gesammelte Schriften*, Band I, Rechtsvergleichung und Schuldrecht, Freiburg: Mohr Siebeck, 1962, 554 s.); Weitnauer, „Gedanken zum Problem der Rechtswidrigkeit und des Verschuldens“, *VersR*, 61, 1057 s.; Zippelius, „Die Rechtswidrigkeit von Handlung und Erfolg“, *Archiv für die civilistische Praxis*, 157, 390 s.; Id., *Die Rechtswidrigkeit von Handlung und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung*, 1966; Oliveira Ascensão, *Ação finalista e nexo causal*, Faculdade de Direito de Lisboa, 1956, dissertação do curso complementar de Ciências Jurídicas, policop.; L. Menezes Leitão, *Direito das Obrigações I*, 9.^a ed., Coimbra:

Erfolgsunrecht) contenta-se com a violação do direito ou bem jurídico para a afirmação, ou pelo menos indicição³, da ilicitude; para a teoria da ilicitude da conduta (*Lehre von Verhaltensunrecht/ Verhaltensunrecht*) só seria assim nos casos de atuação dolosa, pressupondo-se, nas restantes situações, a violação de um dever objetivo de cuidado.

Precedendo temporalmente a segunda posição, o pensamento centrado no resultado, defendendo uma ação causal, torna-se problemático em determinadas situações, como aquelas em que emergem danos causados indiretamente, e conduz, ou pode conduzir, a situações bizarras. Quem o diz é Larenz, argumentando com o caso do fabricante de armas, cujo comportamento pode ser tido como causa adequada da morte de um sujeito, sem que verdadeiramente se possa chancelar de ilícita a sua atividade⁴. Assiste-se, face à constatação, à defesa da posição segundo a qual a ilicitude se colimaria na conduta e não no resultado⁵. A solução, reservada para os delitos negligentes, implicava que “a conduta deveria estar em contradição com uma norma do ordenamento no próprio momento da ação e não somente em atenção ao resultado lesivo posteriormente verificado”⁶. De todo o modo, segundo um dado entendimento,

Almedina, 2010, 313 s.; Nuno Pinto de Oliveira, “Sobre o conceito de ilicitude do artigo 483.º cc”, Separata do Livro dos Estudos em Homenagem a Francisco José Veloso, Braga, 2002, 528 s.

³ A nuance deve-se ao facto de se excluir a ilicitude sempre que, em concreto, intervesse uma causa de justificação.

⁴ Cf. Larenz / Canaris, Lehrbuch, ii /2, 364 s. (cf., também, 368, considerando que o problema fica solucionado logo ao nível do Tatbestand de responsabilidade, cuja função é a delimitação de comportamentos que podem servir de base à responsabilidade extracontratual, pelo que a colocação de certos produtos no mercado não pode surgir como violação dos bens jurídicos ou direitos previstos no § 823 bgb. É que, em alguns casos, o comportamento só releva pela violação de uma obrigação de evitar o perigo). Veja-se, quanto ao ponto, Sinde Monteiro, Responsabilidade, 307.

⁵ Cf. Enneccerus / Nipperdey, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 15. Aufl., Tübingen: Mohr, 1960, 860 s.; Münzberg, Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung, Frankfurt am Main: Klostermann, 1966, 109 s. e 201 s.; Kötz / Wagner, Deliktsrecht, 11. neu bearb. Aufl., München: Franz Vahlen, 2010, 49 s.

⁶ Cf. Sinde Monteiro, Responsabilidade, 300, acrescentando que “não age ilicitamente quem actua no âmbito da adequação social”. Veja-se, sobre o ponto, Larenz / Canaris, Lehrbuch, ii /2, 365, criticando a ideia segundo a

a consideração da conduta ficaria circunscrita às hipóteses de lesões indiretas ou danos indiretos⁷. Distingui-los daqueloutros danos passa a ser, portanto, uma tarefa prioritária do jurista, sem que, contudo, se tenha gerado unanimidade em torno dos critérios da dicotomia, ensaiados por autores como Von Caemmerer⁸, Larenz⁹, Hans Stoll¹⁰, entre outros. Por direta, dever-se-ia entender a violação que cai no âmbito do próprio decurso da ação. No que a esta respeita, deve considerar-se ilícito o ato que atente diretamente um bem jurídico dotado de uma protecção *erga omnes*. Tomando como sustentáculo de argumentação o caso dos produtores de objetos potencialmente perigosos, Larenz adianta que, sendo a produção de tais bens uma condição no plano natural, não pode ser um nexos causal direto a determinar a ilicitude. Necessário é que se verifique a violação de uma obrigação de comportamento que o autor qualifica dogmaticamente como uma *Gefahrvermeidungspflicht* (obrigação de evitar o perigo)¹¹. Outra seria a situação das lesões diretas dos bens jurídicos e direitos contemplados no § 823 I BGB. Se no caso da enfermeira que fornece uma dose mortal de um medicamento ao paciente, não se estando diante de um comportamento ilícito sem mais e concluindo-se que a descrição do evento não é só um problema descritivo e ontológico, antes desempenhando aqui um papel fulcral a argumentação jurídica, é crucial entender que

qual a ilicitude deve partir da violação de uma norma especial.

⁷ Cf. Larenz / Canaris, Lehrbuch, ii /2, 365; Larenz, “Rechtswidrigkeit und Handlungsbegriff im Zivilrecht”, 183 s. Note-se que, segundo o depoimento do autor citado (cf. Larenz / Canaris, Lehrbuch, ii /2, p. 366), os defensores da doutrina da ilicitude da conduta insistem que a ilicitude, mesmo na intervenção direta sobre bens jurídicos, se encontra na violação do dever. E adianta, em tom crítico, que “o que eles não têm suficientemente em conta é que este surge a partir da ameaça de um resultado negativo que possa avultar”.

⁸ Von Caemmerer, “Wandlung des Deliktsrechts”, 49, 77 s., e 131 s.; Id., “Die absoluten Rechte in § 823 Abs. 1 bgb”, Karlsruher Forum (Beiheft), 1961, 24 s. (também publicado em *Gesammelte Schriften*, Band I, Rechtsvergleichung und Schuldrecht, Freiburg: Mohr Siebeck, 1962, 554 s.).

⁹ Larenz, “Rechtswidrigkeit”, 183 s.; Larenz / Canaris, Lehrbuch, ii /2, 365 s.

¹⁰ Hans Stoll, “Unrechtstypen bei Verletzung Absoluter Rechte”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 162, 229 s.

¹¹ Larenz / Canaris, Lehrbuch, ii /2, 366; e Sinde Monteiro, *Responsabilidade*, 306.

os protagonistas daquelas condutas diretas devem abster-se de produzir o resultado negativo, havendo também aqui a violação de uma obrigação de comportamento – *Erfolgsvermeidungspflicht* (obrigação de evitar o resultado). Para Larenz, a distinção entre a *mittelbaren Beeinträchtigungen* e a *unmittelbaren Eingriffen* não é supérflua, tendo consequências dogmáticas ao nível da divisão entre a *Gefahr-und Erfolgsvermeidungspflicht*¹². Na prática, tal implica que, no tocante às primeiras, apesar das prováveis consequências negativas, o sujeito deve comportar-se como faz, adotando certas medidas de cuidado; e no tocante às segundas, que ele deve agir de um modo diverso. Torna-se, assim, clara a diferença entre a *Erfolgsunrecht* e a *Verhaltensunrecht*¹³. O problema situar-se-ia, contudo, ao nível do *Tatbestand*, ou seja, no quadro da delimitação dos comportamentos delitualmente relevantes¹⁴. É que, em determinadas situações, a conduta só releva se for violada uma obrigação de evitar o perigo. Denota-se, portanto, uma *nuance* na ordenação sistemática dos pressupostos delituais a implicar o afastamento em relação a uma visão mais ortodoxa do problema. Segundo esta, a ilicitude por intervenções indiretas só ocorreria diante da violação de um dever, não se podendo aplicar o *Modell of Rechtswidrigkeitsindikation*¹⁵.

Independentemente do acerto de uma e outra posição¹⁶,

¹² Cf. Larenz / Canaris, Lehrbuch, ii / 2, 367, que aqui acompanhamos de muito perto.

¹³ Cf. Larenz / Canaris, Lehrbuch, ii / 2, 367.

¹⁴ Cf. Larenz / Canaris, Lehrbuch, ii / 2, 368. Convém, porém, notar que se trata de uma mutação do pensamento do autor, já que, como o próprio refere, na 12.^a edição das suas lições considerou que o problema devia ser tratado ao nível da controvérsia entre a ilicitude do resultado e a ilicitude da conduta como um problema atinente ao ilícito.

¹⁵ Cf. Larenz / Canaris, Lehrbuch, ii / 2, 368, que aqui continuamos a acompanhar de muito perto.

No caso das lesões diretas, o resultado indiciaria a ilicitude com a violação da obrigação de evitar o resultado (*Erfolgsvermeidungspflicht*); para o dano indireto, a violação da obrigação de evitar o perigo indiciava com o resultado a ilicitude.

¹⁶ Para análise dos argumentos que avançamos no sentido de recusar a doutrina da ação final e para recusarmos uma ideia de ilicitude da conduta, pese embora consideremos que o desvalor de conduta (que com aquela não se identifica) estará sempre presente, cf. Mafalda Miranda Barbosa, Do nexos de causalidade ao nexos de imputação, cap. V.

inegável é que – sendo imprescindível a lesão de um dos bens absolutamente protegidos ou de um dos interesses tutelados pelas disposições previstas no §823 II BGB – o resultado haverá de se verificar sempre. Isto vem explicar não só a importância dada ao requisito causal, na Alemanha, como a sua conceção binária, dividindo-o a doutrina na chamada causalidade fundamentadora da responsabilidade e na causalidade preenchedora da responsabilidade. A primeira teria como finalidade ligar a conduta do sujeito ao bem ou interesse violado; a segunda atentaria na ligação entre essa lesão e os danos subsequentes.

As consequências da modelação assim perfunctoriamente descrita são, contudo, mais vastas. Em primeiro lugar, a partir do momento em que a responsabilidade aquiliana passa a ter este figurino bem delimitado, separa-se claramente da responsabilidade contratual, abrindo-se, não obstante, as portas a um possível concurso entre ambas. Em segundo lugar, em termos dogmáticos, assiste-se a uma limitação do ressarcimento, passando o jurista a confrontar-se com problemas como aqueles que vão identificados pela categoria dos danos puramente patrimoniais - *reine Vermögensschaden*. Os danos que se traduzam na perda económica que não decorra da lesão de um bem que figure entre aqueles que a lei expressamente tutela não são, em princípio, ressarcidos, exceto se existir uma disposição legal de proteção de interesses alheios que proteja aqueles interesses ou que se verifique uma dolosa afronta dos bons costumes. Na busca da justiça que se intui em muitos destes casos, têm-se procurado remédios de variada ordem que garantam o ressarcimento. Entre eles, a jurisprudência germânica tem vindo a forjar novos direitos, como o direito ao respeito pela atividade empresarial empreendida, para que a lesão dos mesmos possa ser abrangida pelo §823 I BGB; a doutrina tem desenvolvido especiais deveres no tráfego, numa tentativa de alargar o âmbito do ilícito¹⁷, e tem-se procurado operar uma “fuga para o contra-

¹⁷ Note-se, porém, que os autores se mostram renitentes em referir os deveres no tráfego à terceira modalidade de ilicitude, considerando que isso implicaria desvirtuar o sistema estabelecido pelo legislador.

Sobre o ponto, cf. Gert Brüggemeier, “Judizielle Schutzpolitik de lege lata – Zur Restrukturierung des bgb – Deliktsrechts”, *Juristenzeitung*, (1986) 971. Tendo em conta o incremento dos riscos inerantes à nova socie-

dade industrializada e as novas formas de racionalidade jurídica – comunicantes com a estrutura delitual –, o autor analisa o impacto dessas mutações no quadro de reestruturação do bgb. Assim, o § 823 i surge como Tatbestand de obrigações de comportamento para protecção de interesses jurídicos tutelados. E se não deixa de reconhecer a problematicidade inerente à questão da inserção sistemática dos deveres do tráfego no § 823 i, ii ou num não escrito § 823 iii, Brüggemeier afirma, sem hesitações, que as três cláusulas delituais do bgb podem ser vistas como Steuerungsmechanismus (§ 823 i – Steuerung über den Markt – a liberdade de comportamentos dos participantes do mercado e a integridade corporal e real são postas em diálogo; § 823 ii – Steuerung durch Politik; § 826 – Steuerung durch Moral).

Em primeiro lugar, os autores questionam-se acerca da inserção sistemática dos deveres no tráfego. E as posições doutrinárias não são unânimes quanto ao ponto. Se muitos defendem a sua localização no § 823 i bgb, entendendo que eles foram forjados para permitir o alargamento do preceito que se afigurava demasiado restritivo ao impor a intervenção ativa do lesante nos direitos absolutos ali contidos [cf., neste sentido, Larenz / Canaris, Lehrbuch, ii / 2, 405], outros advogam a sua ligação ao § 823 ii bgb [cf. Von Bar, Verkehrspflichten Richterliche Gefahrsteuerungsgebote im deutschen Deliktsrecht, Köln / Berlin / Bonn / München: C. Heymanns, 1980, 157 s.]. Entre os principais argumentos alicerçadores da primeira posição expendida encontra-se a necessidade de salvaguardar o desenho do modelo delitual tal como ele foi pensado pelo legislador [Para uma análise desse modelo, com recurso aos trabalhos preparatórios, cf. Laurenz Voss, Die Verkehrspflichten. Eine dogmatische-historische Legitimierung, Berlin: Duncker & Humblot, 2007, 20 s.] Assim, tendo sido forjados para resolver o problema da responsabilidade no caso das omissões e no caso das ações indiretas, entendeu-se que retirá-los do âmbito de aplicação do § 823 i bgb implicaria esvaziar o preceito daquelas formas de desvelação da ilicitude, o que inverteria, por seu turno, a hierarquia normativa, uma vez que de previsão central delitual ela converter-se-ia numa norma especial atinente às intervenções imediatas [Sobre o ponto, cf., ainda, Mertens, “Deliktsrecht und Sonderprivatrecht – Zur Rechtsortbildung des deliktischen Schutzes von Vermögensinteressen”, Archiv für die civilistische Praxis, 178 (1979) 228 s.; e Von Bar, “Entwicklungen und Entwicklungstendenzen im Recht der Verkehrs(sicherungs)pfflichten”, Juristische Schulung, 28/3 (1988) 171 s.].

Liga-se a isto a preocupação denotada por muitos relativamente à contenção dos limites ressarcitórios. Em apreço a questão da indemnizabilidade dos chamados danos puramente patrimoniais. Sobre o ponto, cf., inter alia, Canaris, “Schutzgesetze-Verkehrspflichten-Schutzpflichten”, Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag am 23. April 1983, München: Beck, 1983, 27 s. („Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione”, Rivista Critica del Diritto Privato, 1/3 [1983] 82 s.), considerando que a criação de deveres no tráfego para protecção do património não se compatibiliza com a inexistência de uma cláusula delitual de tipo napoleónico. Quer isto dizer que os deveres do tráfego, independentemente da ligação a um dos Tatbestände referidos, hão-de conectar-se sempre com um deles, porque de outro modo frustrar-se-ia a intencionalidade do modelo com que o jurista alemão lida. Já

to”, ensaiando soluções como as que apontam para os contratos com eficácia de proteção de terceiros, as relações jurídicas sem deveres primários de prestação ou, mais amplamente, para uma terceira via de responsabilidade civil.

Apesar da sintonia que se denota entre o nosso ordenamento jurídico e o ordenamento alemão, não se pode falar, a este propósito, de uma absoluta identidade. Há, de facto, alguns pontos de clivagem.

Desde logo, enquanto no ordenamento jurídico tudesco a terceira forma de ilícito resultava da lesão dolosa dos bons costumes, no quadro do direito civil português, não só não se está limitado pelo dolo (dada a conceção objetivista de abuso a que acedemos pela mão dos estudiosos), como se abre a porta a comportamentos que, não atentando contra os bons costumes, mas pondo em causa os princípios normativos sustentadores do ordenamento e alicerçadores da materialidade subjacente ao direito subjetivo, possam ser chancelados de abusivos¹⁸.

Em tudo o resto, pode-se afirmar o paralelo, com as con-

não se pergunta pela polarização da categoria, mas pelo objeto de tutela a que se dirige, sem que verdadeiramente as duas questões se oponham. É que, na verdade, ao recusar-se a criação jurisprudencial de normas de protecção, pela sua equiparação a deveres no tráfego, os autores mais não fazem do que dizer que estes se devem dirigir à defesa dos bens jurídicos previstos no § 823 I. Sabemos já que, se por um lado somos sensíveis à consideração do modelo ressarcitório positivamente firmado, por outro lado, é a mobilização dos princípios que nos garantirá a resposta adequada à dúvida que assim se patenteia. A limitação da responsabilidade pela jus-absolutização do direito justifica-se, aos nossos olhos, pela articulação dos princípios que configuram o sistema económico e social, assente na livre iniciativa económica, mas não impede que, em determinadas situações, quando outros princípios o reclamem, não se possa indemnizar um dano causado independentemente daquele ponto de apoio objetivo. Quer isto dizer que, excepcionalmente (e essa excepcionalidade salvaguarda o desenho do modelo), é possível indemnizar-se um dano puramente patrimonial, desde que se desvele um comportamento abusivo do direito. Ora, aí, e como a outro ensejo tivemos oportunidade de explicitar, importa autonomamente a figura dos deveres do tráfego, ainda assim não atomisticamente considerados, mas conexcionados com uma cláusula delitual específica.

¹⁸ Sobre a conformação do abuso do direito e o seu aproveitamento em sede de responsabilidade civil, cf. Mafalda Miranda Barbosa, *Liberdade versus Responsabilidade: a precaução como fundamento da imputação delitual? Considerações a propósito dos cable cases*, Coimbra: Almedina, 2005, e demais bibliografia aí citada.

sequências daí decorrentes. Assim, embora sem unanimidade na doutrina, não são, em regra, indemnizados os danos puramente patrimoniais¹⁹; não é, em regra, conferida eficácia externa às obrigações²⁰; estabelece-se uma cisão entre a responsabilidade contra-

¹⁹ Mafalda Miranda Barbosa, *Liberdade versus Responsabilidade: a precaução como fundamento da imputação delitual?*.

²⁰ Entre nós defendem a teoria do efeito externo das obrigações Ferrer Correia, “Da responsabilidade do terceiro que coopera com o devedor na violação de um pacto de preferência”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 98, 355 s. (note-se que o autor parece inclinar-se mais para a tutela dos direitos de crédito em sede extracontratual através do expediente do abuso de direito, neste sentido, não se afastando grandemente dos autores que propugnam a inexistência do referido efeito externo, mas admitem que em determinados casos se deve tutelar o credor exatamente por a conduta do terceiro ser atentatória dos bons costumes); Diogo Leite Campos, “A responsabilidade do banqueiro pela concessão ou não concessão do crédito”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 46 (1986) 51; Alberto Luís, “O problema da responsabilidade civil dos bancos por prejuízos que causem a direitos de crédito”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 59 (1999) 895-914; Galvão Telles, *Direito das Obrigações*, 7.^a ed. reimpr., Coimbra: Coimbra Editora, 2010, 48 e 246; Pessoa Jorge, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, reimpr., Coimbra: Almedina, 1999, 79; Menezes Leitão, *A responsabilidade do gestor perante o dono do negócio no direito civil português*, Coimbra: Almedina, 2005 (“A responsabilidade do gestor perante o dono do negócio no direito civil português”, *Ciência e Técnica Fiscal*, 363 (Julho-Setembro, 1991) 37-244; e *ibid.*, 364 (Outubro-Dezembro, 1991) 13-188, 141; Pessoa Vaz, *Do efeito externo das obrigações (algumas perspectivas da mais recente doutrina portuguesa e alemã)*, polic., 1977.

Em sentido contrário, também na doutrina nacional, veja-se Rui de Alarcão, *Direito das Obrigações*, elab. J. Sousa Ribeiro / J. Sinde Monteiro / Almeno de Sá / J.C. Proença, Coimbra, 1983, 77 s., com base nas lições ao 3.º ano jurídico, policop., 84-85; Álvaro Dias, *Dano corporal. Quadro epistemológico e aspectos ressarcitórios*, Coimbra: Almedina, 2001, 291; Vaz Serra, “Responsabilidade de terceiros no não cumprimento das obrigações”, *Boletim do Ministério da Justiça*, 85 (1959) 345-360; *Idem*, “Anotação ao acórdão de 17 de Junho de 1969”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 103 (1970-1971) 458-463; Carneiro da Frada, *Contrato e deveres de protecção*, *Sep. Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, 1994, 162 ; e *Idem*, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, Coimbra / Porto: Almedina, 2003, 238 s.; Antunes Varela, *Das obrigações em geral*, vol. I, 10.^a ed., Coimbra: Almedina, 2003, 175 s.; Sinde Monteiro, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Coimbra: Almedina, 1989, 185-188, 194, 523.

Sobre Menezes Cordeiro tínhamos escrito que, em *Da responsabilidade civil dos administradores*, 490 s., o autor tinha revisto a sua posição quanto ao ponto, afirmando que não existe uma relação de especialidade entre a responsabilidade contratual e a responsabilidade aquiliana, depois de ter defendido o efeito externo das obrigações. A alteração de posição parecia seguir a linha de evolução do pensamento do civilista que modificara igualmente a sua visão

tual e a responsabilidade extracontratual²¹; colocam-se problemas

acerca da querela dualismo/monismo em sede de modalidades de responsabilidade civil. Note-se, porém, que o autor, ao contrário do que sucede quanto a esta última questão, não se mostra tão explícito a propósito do primeiro problema. A diferenciação entre duas modalidades de responsabilidade civil não obsta a que se considere pertinente a teoria do efeito externo das obrigações. As duas temáticas são conexas, mas não se confundem. No entanto, a remissão que Menezes Cordeiro faz para o pensamento de Miguel Teixeira de Sousa e para a crítica que este tece à ideia de relação de especialidade entre o artigo 483.º e o artigo 798.º cc deixa antever dúvidas em relação à própria ideia de eficácia externa das obrigações. Contudo, na versão de 2010 do Tratado de Direito Civil Português (ii / iii, 448), o autor adere expressamente à doutrina da eficácia externa das obrigações. Embora rejeite a ideia de especialidade entre as diversas modalidades de responsabilidade civil, considera que os direitos de crédito são tutelados ao nível da responsabilidade aquiliana (artigo 483.º cc). Para os artigos 798.º s. cc reservar-se-iam as hipóteses de violação de tais direitos perpetrada pelo devedor. Ora, pergunta-se se não se encontra exatamente aí a relação de especialidade que o autor nega veementemente. Cf., igualmente, pág. 398, onde o autor diz que existe uma relação de especialidade quando esteja em causa o dever de prestar e um concurso real, quanto aos deveres de segurança (acessórios).

²¹ Depõem no sentido da existência de duas modalidades de responsabilidade civil Pereira Coelho, *O nexo de causalidade na responsabilidade civil*, Suplemento do Boletim da Faculdade de Direito, 1951, 98 s. ; e *Idem*, *Obrigações – sumários das lições ao curso de 1966-67*, Coimbra, 1967, 145; Mota Pinto, *Teoria Geral do direito civil*, 4.ª ed. por A. Pinto Monteiro / Paulo Mota Pinto, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, 123; Galvão Telles, *Direito das obrigações*, 321; Antunes Varela, *Das obrigações*, 518 s.; Pinto Monteiro, *Cláusulas limitativas*, 389; Sinde Monteiro, *Responsabilidade por conselhos* (onde, ao longo de toda a obra, perpassa a distinção apontada); Rui de Alarcão, *Direito das obrigações*, 206 s.; Vaz Serra, “Responsabilidade Contratual e Responsabilidade Extracontratual”, *Boletim do Ministério da Justiça*, nº85, 1959, 107 a 242; Lobo Xavier, *Anulação de deliberações sociais e deliberações conexas*, Coimbra, 1976, 320 e 359; Carneiro da Frada, *Contrato*, 49, n. 91 (Note-se que o autor, embora leve pressuposta a diferença entre a responsabilidade contratual e extracontratual, entende ser legítimo e pertinente uma teoria unitária que as englobe, “a um nível de abstração superior, e que faculte até uma útil aproximação dos preceitos que no cc se lhe referem”) e Menezes Cordeiro, *Da responsabilidade civil dos administradores*, 470, nota 316.

Negando as diferenças entre as duas modalidades, veja-se Gomes da Silva, *O dever de prestar de prestar e o dever de indemnizar*, Lisboa, 1944, 300 s.; Pessoa Jorge, *Ensaio*, 40 s.; Pedro Romano Martinez, *Cumprimento defeituoso em especial na compra e venda e na empreitada*, Coimbra: Almeida, 2001, 260 s.; Menezes Leitão, “Acidentes de trabalho e responsabilidade civil/A natureza jurídica da reparação dos danos emergentes de acidentes de trabalho e a distinção entre as responsabilidade obrigacional e delitual”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 1988, 773 s., tendo-se, porém, afastado deste entendimento em *A responsabilidade do gestor*, 95 s.

atinentes a uma terceira via de responsabilidade²² e a doutrina vem distinguindo, embora sem foros de tradição jurídica, a causalidade fundamentadora e a causalidade preenchedora da responsabilidade²³. A par de tudo isto, há ainda que lidar com a questão de um eventual concurso de responsabilidades.

b) A penetração da fonte napoleónica no sistema delitual português

Importa, contudo, notar que se constata a penetração da *faute* no sistema delitual pátrio. Trata-se este do conceito central da responsabilidade civil no contexto francês. Esta, sendo entendida no sentido da culpabilidade, não se confunde em rigor com a culpa, antes integrando dois elementos. A par do elemento objetivo (violação de um dever), implica um elemento subjetivo, a imputabilidade²⁴. Repare-se, aliás, que alguns autores protago-

²² Carneiro da Frada, Contrato e deveres de protecção, 80 s; Id., Uma terceira via da responsabilidade civil?, Coimbra: Almedina, 1997, 85; Id., Teoria da confiança, 111, n- 220. Aderem, igualmente, a uma terceira via de responsabilidade civil autores como Baptista Machado (“Tutela da confiança e venire contra factum proprium”, Revista de Legislação e de Jurisprudência, 117 (1985) 377, e “A Cláusula do Razoável”, ibid. 119 (1985) 619; Menezes Leitão, A responsabilidade do gestor, 68 s. Sinde Monteiro, referindo-se especificamente aos contratos com eficácia de proteção para terceiros, considera que os deveres de proteção podem ser reconduzidos ao âmbito contratual e que o terceiro pode ser, por integração, inserido na esfera de protecção do contrato – Responsabilidade por conselhos, 525 –, mas considera que se deve recusar a aplicação em bloco do regime da responsabilidade contratual aos casos de preterição de tais deveres, aderindo, assim, também a uma terceira via, híbrida, de responsabilidade civil – cf. pág. 531. Manifestando-se contra uma terceira via de responsabilidade civil, cf. Mota Pinto, “A responsabilidade pré-negocial pela não conclusão dos contratos”, Boletim da Faculdade de Direito, suplemento 14, 150; Galvão Telles, Direito das Obrigações, 48 e 246, Menezes Cordeiro, Da responsabilidade civil dos administradores, 444 e 488.

²³ Cf. Mafalda Miranda Barbosa, Do nexo de causalidade ao nexo de imputação. Contributo para a compreensão da natureza binária e personalística do requisito causal ao nível da responsabilidade civil extracontratual, Principia, 2013.

²⁴ Cf. Warembourg-Auque, «Irresponsabilité ou responsabilité civile de l'infans», Revue Trimestrielle de Droit Civil, (1982) 331.

Explícite-se, porém, que a imputabilidade pode não coincidir exatamente com os contornos da imputabilidade com que habitualmente a entendemos. Na verdade, a consideração do elemento subjetivo pode perfeitamente conduzir à ponderação da culpa do agente, aferida em abstrato, pelo que se

nizam um movimento de objetivação da categoria²⁵. O que se retira da breve referência ao modelo francês é que, nele, se prescinde do duplo grau de sindicância para se dar lugar a um juízo

prescinde da imputabilidade no sentido do discernimento. Não será, porém, esse o sentido com que Yvonne Lambert-Faivre a considera – «L'évolution de la responsabilité civile d'une dette de responsabilité à une créance d'indemnisation», *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, (1987) 2-3. Pode ler-se aí que a prova da faute comporta dois aspetos: a conduta fautive, que implica a comparação da conduta a um referente non fautive e a imputabilidade desse comportamento ao responsável, entendida como a consciência suscetível de discernir o fautif do non fautif. Sem que a autora deixe de alertar para o facto de a apreciação da faute em abstrato – ao ponto de se assumir como referente de sindicância da conduta do menor o comportamento do bonus pater familias – conduzir ao abandono da imputabilidade e a uma responsabilidade déracinée, désincarnée, décervelée.

Veja-se, ainda, sobre o correto desenho da faute, Herman A. Cousy, “Wrongfulness in Belgian Tort Law”, in Koziol, ed., *Unification of tort law: wrongfulness*, Netherlands: Kluwer Law International, 1998, 31-38; Geneviève Viney, “Le wrongfulness en droit français”, in Koziol, ed., *Unification*, 57; Menezes Cordeiro, *Da responsabilidade civil dos administradores*; Elsa Sequeira, *O conceito de faute. Contributo para o estudo da culpa e da ilicitude na responsabilidade civil*, Faculdade de Direito de Lisboa, 2000, policop.; Esmein, “La faute et sa place dans la responsabilité civile”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 47 (1949) 481-490.

²⁵ Aderindo a uma conceção puramente objetiva de faute, entendida como o desvio de uma regra de conduta, o que viabilizaria a responsabilidade dos sujeitos privados da capacidade natural para entender ou querer, com base no argumento segundo o qual a mesma deveria distanciar-se da faute moral, cf. Mazeaud, “La faute objective et la responsabilité sans faute”, *Recueil Dalloz*, (1985) 13 s.

Note-se que o desenvolvimento da noção puramente objetiva do fait fautif acompanha o incremento das preocupações com a posição da vítima e conduz quase a uma ideia de ilicitude – cf. Warembourg-Auque, “Irresponsabilité ou responsabilité civile de l'infans”, 332 e 337. No centro da controvérsia entre os adeptos da faute subjetiva e da faute objetiva encontra-se o artigo 489.º-2 do Code Civil, ligando-se a problemática, diretamente, à possibilidade de um demente ser civilmente responsabilizado. Cf., a propósito do preceito, Barbieri, «Inconscience et responsabilité dans la jurisprudence civile: l'incidence de l'article 489-2 du code civil, après une décennie», *La semaine juridique*, (1982) 3057. Percebe-se, portanto, que em causa não está, sob o domínio do Código de Napoleão, apenas a determinação dos critérios de aferição da culpa do agente, mas, a montante, o desenho dos pressupostos de surgimento de uma pretensão indemnizatória e dos fundamentos da mesma. Sobre o ponto, com algumas indicações sobre o conceito de faute, veja-se Guido Alpa, *Responsabilità civile e danno*, 223. Veja-se, ainda, Geneviève Viney, “Réflexions sur l'article 489-2 du Code Civil”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 70 (1970) 251-267.

unívoco, onde os elementos subjetivos e objetivos se congregam numa intencionalidade única. Com isto, a limitação da responsabilidade civil tem de ocorrer por via dos critérios introduzidos pela doutrina e jurisprudência, designadamente através do nexo de causalidade, facto que leva a que raramente sejam indemnizados todos os danos em cascata. O que exclui ou pode excluir a indemnização em terras gaulesas é o carácter indireto e não certo do dano²⁶. Quer isto dizer que problemas como os relativos à indemnizabilidade ou não dos danos puramente patrimoniais são desconhecidos nesta latitude.

Regressando ao ordenamento jurídico português vemos que, embora a regra seja a de que o lesado tem de provar a culpa do lesante, o legislador português consagrou, nos artigos 491.º s. Código Civil, algumas presunções de culpa. Entendidas tradicionalmente como regras de inversão do ónus probatório, as normas em questão são interpretadas por Menezes Cordeiro²⁷ no sentido da consagração da *faute* no sistema delitual português. Quanto a nós, entendemos que a presunção de culpa implica também a presunção de ilicitude. Pensemos no artigo 493.º/2 cc. Na interpretação do perigo, e atenta a natureza arriscada das sociedades hodiernas, há que se tratar de um especial perigo – um risco que ultrapasse o limiar da normalidade. Ora, em face de tais perigos qualificados, a pessoa tem de adotar todas as medidas de cuidado

²⁶ Cf. Banakas, *Tortious liability for pure economic loss : a comparative study*, Athens: Hellenic Institute of International and Foreign Law, 1989, 214 e 126. Afirma, aí, o autor que em sistemas como o francês o problema dos danos puramente patrimoniais é sobretudo um problema de causalidade. Trata-se daquilo que o autor designa por sistema *damage-oriented*, por oposição aos sistemas, como o alemão, *interest-orientated*.

Curiosamente, os autores franceses, embora prestem especial atenção à *conditio sine qua non*, acabam por – embora de forma não unânime – dar voz à causalidade adequada, que assumem como critério interpretativo do carácter direto e imediato do dano. Outros, aderindo àquela que parece ser a melhor posição em matéria de compreensão dos pressupostos da responsabilidade civil, chegam mesmo a formular o problema em termos de imputação. Sobre o ponto, com amplo e importante desenvolvimento, cf. Quézel-Ambrunaz, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, Dalloz, 2010 ; e G'ssell-Macrez, *Recherches sur la notion de causalité*, Université Paris I – Pantheon – Sorbonne, 2005.

²⁷ Menezes Cordeiro, *Da responsabilidade civil dos administradores*, 469.

para salvaguarda do outro. Não o fazendo, está a atuar em contra-venção com um princípio da precaução ou prevenção – civilisticamente compreendido –, permitindo desvelar o abuso do direito (a liberdade de atuação do sujeito é exercida em contradição com o fundamento normativo da própria normatividade). Portanto, o artigo 493.º/2 CC consagra a *faute* e implica um desvio na operacionalidade dos restantes pressupostos delituais, designadamente em matéria de causalidade, onde se pode tornar atuante (a este nível e só a este nível) a ideia de que a dita causalidade seja entendida no sentido da previsibilidade (os danos em atenção aos quais previsivelmente a pessoa deveria ter conformado a sua conduta no respeito ao seu semelhante são os danos indemnizáveis)²⁸. Isto não obsta a que possa haver, desde logo, violação de um direito absoluto. É, por isso, possível convocar o preceito no sentido de presumir a culpa e, concomitantemente, presumir a imputação objetiva. Não se trata de uma dupla possibilidade interpretativa da norma, mas da faculdade reconhecida ao lesado de mobilizar simbioticamente mais do que um fundamento para alicerçar a sua pretensão indemnizatória²⁹.

c) *A centralidade da culpa e a tipicidade das hipóteses de responsabilidade objetiva*

A afirmação da culpa como requisito imprescindível para a procedência de uma pretensão indemnizatória conhece, no ordenamento jurídico português, exceções, que se reconduzem às hipóteses de responsabilidade objetiva. Não podendo ser todos os casos de responsabilidade objetiva captados sob a cota de malha do risco³⁰, eles configuram-se, no entanto, na sua totalidade,

²⁸ Acerca do correto entendimento sobre a causalidade, cf. Mafalda Miranda Barbosa, *Do nexu de causalidade ao nexu de imputação*; e *Idem*, *Responsabilidade civil extracontratual: novas perspetivas em matéria de nexu de causalidade*, Principia, 2014

²⁹ Cf. Menezes Cordeiro, *Tratado*, ii / iii, 373 s., falando do modelo atual de responsabilidade civil como um modelo híbrido pela contaminação da *faute*, mas referindo-se especialmente à dualidade entre a responsabilidade extracontratual e a responsabilidade contratual.

³⁰ Cf., a este propósito, Mafalda Miranda Barbosa, *Estudos a propósito da responsabilidade objetiva*, Principia, 2014.

como excecionais. De acordo com o artigo 483.º/2 CC, apenas nos casos previstos pelo legislador, existe obrigação de indemnizar independentemente de culpa. E, embora se registem vozes no sentido de parificar valorativamente a responsabilidade objetiva e a responsabilidade subjetiva, inexistente entre nós, ao contrário do que sucede noutros ordenamentos jurídicos, uma ampla cláusula de responsabilidade civil assente no perigo da coisa ou da atividade levada a cabo. A previsão que se orienta pela perigosidade da atividade, ou pela sua natureza ou pelos meios empregues, restringe-se, com a interpretação que lhe podemos dispensar e *supra* explicitámos, a estabelecer uma presunção de culpa, não indo ao ponto de objetivar a obrigação de ressarcir.

d) A compensação dos danos não patrimoniais

Mas não se esgotam aqui as peculiaridades do modelo aquiliano pátrio. Nos termos do artigo 496.º/1 CC, “na fixação da indemnização, deve atender-se aos danos não patrimoniais que, pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito”. Significa isto que o legislador nacional consagrou uma ampla cláusula de compensação dos danos não patrimoniais, ainda que limitada pela gravidade dos mesmos e pelo merecimento de tutela do direito. Tratando-se de uma categoria mais ampla do que a dos danos morais³¹, que compreende, o preceito vem pôr termo a uma controvérsia que dividiu a doutrina durante largo tempo. Entendia-se, tradicionalmente, que não seria possível, pela natureza que os caracteriza, reparar os danos não patrimoniais, não fazendo sentido, em relação a eles, falar-se de uma indemnização. Por outro lado, considerava-se que poderia parecer imoral tentar compensar um dano com uma soma pecuniária, como se tudo pudesse ser comprado pelo dinheiro. Finalmente, temia-se que, pela sua natureza, os danos não patrimoniais se pudessem reper-

³¹ Para uma apurada diferenciação entre o conceito de dano moral e o conceito de dano não patrimonial, cf. Maria Manuel Veloso, “Danos não patrimoniais”, Comemorações dos 35 anos do Código Civil, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, 498 e Pinto Monteiro, “Sobre a reparação dos danos morais”, Revista Portuguesa do Dano Corporal, 1/1 (1992) 17 s.

cutir por diversas pessoas³². Cada um destes argumentos foi refutado. Ainda que não fosse possível tornar o lesado *indemne*, seria preferível atribuir-lhe uma indemnização que o compensasse do mal sofrido do que obrigá-lo a suportar integralmente o dano, não chamando à responsabilidade o autor do mesmo³³. Acresce que à responsabilidade civil não tem de associar-se necessariamente uma ideia reparadora estrita, podendo falar-se, ao invés e na associação aos danos não patrimoniais, de uma ideia de compensação. Por último, o risco de dispersão dos danos deixa de ser real a partir do momento em que o ponto de ancoragem do dano seja a lesão do direito: a regra é a de que o titular da indemnização é o titular do direito lesado. A solução do artigo 496.º/1 CC mostra-se, portanto, mais generosa do que aquela que resulta de outros ordenamentos jurídicos, como o alemão ou o italiano. Exige-se, porém, que os danos sejam graves e que mereçam, por essa gravidade, a tutela do direito³⁴. A gravidade deve ser apreciada em termos objetivos, evitando estados de especial sensibilidade³⁵ e a reparação deve seguir os critérios plasmados no artigo 494.º CC.

e) *A indemnização do dano da morte*

Na sequência da consagração da regra da compensação dos danos não patrimoniais, tem-se entendido que o artigo 496.º

³² Cf., a este propósito, Cunha Gonçalves, Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português, XII, 422 s.; Guilherme Moreira, Instituições do Direito Civil Português, vol. I, Parte Geral, Coimbra: Imprensa da Universidade, 1907, 596; Vaz Serra, “Reparação do dano não patrimonial”, Boletim do Ministério da Justiça, 83 (1959) 69-111 (em especial 71 s.). Dando conta disso mesmo, veja-se, recentemente, Pessoa Jorge, Ensaio, 374 s.; Maria Gabriela Páris Fernandes, Sobre a reparação do dano moral no domínio do código civil de 1867 e a titularidade do direito à sua indemnização, 2012, 51 s.

³³ Cf. Pinto Monteiro, “Sobre a reparação dos danos morais”, 20 s.

³⁴ Antunes Varela e Almeida Costa entendem que estão em causa dois requisitos: gravidade, merecimento da tutela do direito; Maria Manuel Veloso elege como requisito único a gravidade – cf. Antunes Varela, Das obrigações, 606; Maria Manuel Veloso, “Danos não patrimoniais”, 501; Almeida Costa, Direito das Obrigações, 602 s.

³⁵ Antunes Varela, Das obrigações, 606; Maria Manuel Veloso, “Danos não patrimoniais”, 505 s.; Maria Gabriela Páris Fernandes, Sobre a reparação do dano moral no domínio do código civil de 1867.

CC prevê, igualmente, a indemnização do dano da morte, como um dano autónomo.

Em caso de morte, podemos pensar, em abstrato, em vários tipos de danos: a) danos patrimoniais sofridos; b) danos não patrimoniais sofridos pela vítima antes de morrer; c) o dano da morte ou da supressão da vida (propriamente dito); d) os danos que os familiares próximos sofreram³⁶. Para além das clivagens doutrinárias em relação a outros aspetos, foi o dano da morte que gerou forte controvérsia entre nós. O debate em torno do tema vem de longe e foi alimentado por dois acórdãos contraditórios do Supremo Tribunal de Justiça: o acórdão de 12 de Fevereiro de 1969 e o de 17 de Março de 1971³⁷. Duas são, portanto, tradicionalmente as posições jurisprudenciais sobre o tema: o dano da morte não tem autonomia, não se transmitindo aos herdeiros da vítima; o dano da morte é, em si mesmo, um dano indemnizável, que se integra no património da vítima e se transmite sucessoriamente para os herdeiros.

A discussão extravasou o mundo dos tribunais e ecoou na doutrina, não havendo consenso, quanto ao ponto, entre os autores.

Antunes Varela³⁸, a este propósito, sustenta que, “tendo a lesão ou a agressão como efeito a morte, a lei poderia, quanto à perda da vida do lesado ou agredido, enveredar fundamentalmente por um de dois caminhos. Ou manter-se fiel ao princípio de que na indemnização imposta ao agente não devem incluir-se senão os danos sofridos pela vítima, excluindo os danos reflexamente sofridos por terceiros, e nessa altura considerar a indemnização correspondente à morte da vítima como um direito integrado na herança, por inspiração do disposto no n.º 1 do artigo 71.º. Ou

³⁶ Na síntese de Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*, I, 339, considera-se que “as ofensas de que resulte a morte de uma pessoa podem dar origem aos seguintes danos: a) a perda da vida da própria vítima; b) danos não patrimoniais sofridos pelos familiares da vítima em consequência da sua morte; c) no caso de a morte não ser instantânea, danos não patrimoniais sofridos pela vítima e pelos seus familiares até à ocorrência da morte”. Controversa seria, portanto, a indemnização do dano da própria supressão da vida.

³⁷ Antunes Varela, *Das obrigações*, 609.

³⁸ Antunes Varela, *Das obrigações em geral*, vol. I, 10.^a ed., Coimbra: Almedina, 2003, 608 s.

atender a que, sendo a morte da pessoa lesada ou agredida um dano que, no plano dos interesses em que se move o direito privado, atinge essencialmente o cônjuge e os parentes mais próximos da vítima, conviria arredar aquele princípio e fixar a titularidade e o montante da respetiva indemnização, tendo diretamente em conta os danos patrimoniais e não patrimoniais que a morte da vítima cause reflexamente a essas pessoas”. Segundo o insigne civilista, foi esta última posição que foi acolhida pelo ordenamento jurídico português. A partir daqui, Antunes Varela conclui que “nenhum direito de indemnização se atribui, por via sucessória, aos herdeiros da vítima, como sucessores *mortis causa*, pelos danos morais correspondentes à perda da vida, quando a morte da pessoa atingida tenha sido consequência imediata da lesão” e que, “no caso de a agressão ou lesão ser mortal, toda a indemnização correspondente aos danos morais (quer sofridos pela vítima, quer pelos familiares mais próximos) cabe, não aos herdeiros por via sucessória, mas aos familiares por direito próprio, nos termos e segundo a ordem do disposto no n.º 2 do artigo 496.”³⁹⁻⁴⁰.

³⁹ Antunes Varela, *Das obrigações*, 613. Para o autor, o artigo 496.º/2 arbitra uma única indemnização, “baseada numa ponderação global e equitativa das circunstâncias de cada caso”, e atribui “todo o direito a essa indemnização aos familiares destacados no preceito legal”. Ademais, sustenta que não é possível considerar que o dano que se indemniza surge na esfera do de cuius, uma vez que o facto que faz nascer o direito, em simultâneo, extingue a capacidade da vítima de adquiri-lo.

Note-se, porém, que a perda da vida pode ser tida em conta autonomamente para efeitos de cálculo da indemnização, nos termos do n.º 3 do artigo 496.º cc. No fundo, e como o civilista frisa (cf. pág. 615), “toda a dúvida está em saber se o direito à reparação desse dano moral nasce no património da vítima e se transmite, por via sucessória, aos seus herdeiros ou nasce, por direito próprio, na titularidade das pessoas designadas no n.º 2 do artigo 496.º”. Como esclarecido, Antunes Varela depõe no segundo sentido apontado. Entre os principais argumentos, invoca os trabalhos preparatórios do Código Civil; o teor literal do artigo 496.º/2 em comparação com a formulação do artigo 495.º/ 2 e 3; o facto de se gerar uma contradição entre um direito à indemnização pelos danos sofridos pela vítima antes de morrer, que estaria sujeito às regras sucessórias, e um direito à indemnização pelo dano da morte, que seria transmitido por força das regras do artigo 496.º/2; a analogia com a solução dispensada pelo artigo 71.º cc (também neste caso o direito à indemnização é conferido a pessoas diferentes do titular dos bens da personalidade atingidos); e o facto de a personalidade jurídica cessar com a morte, pelo que não era possível o de cuius ter adquirido tal direito.

⁴⁰ No mesmo sentido, cf. Oliveira Ascensão, *Direito Civil, Sucessões*,

Posição diversa é sustentada por autores como Menezes Leitão, Menezes Cordeiro, Galvão Telles⁴¹, Almeida Costa⁴², Leite Campos⁴³.

Menezes Leitão⁴⁴ sustenta que é “demasiado conceptualista a solução que defende a impossibilidade de indemnizar a perda da vida com o fundamento de que a personalidade cessa com a morte”. Por outro lado, não entende por que razão não poderá a responsabilidade civil desempenhar, a este nível, funções punitivas e preventivas. Ademais, “a perda da vida constitui para o titular o dano máximo que ele poderia suportar e representaria uma autêntica contradição valorativa que a lesão de outros bens pessoais legitimasse, em caso de morte da vítima, os herdeiros a reclamar a indemnização pelos danos sofridos e a perda da vida já não o permitisse”. Para o autor, por tudo isto, a perda da vida constitui um “dano autónomo, cujo direito à indemnização se transmite aos herdeiros da vítima, com fundamento no artigo 2024.º, e de acordo com as classes de sucessíveis referidas no artigo 2133.º”. Nesta medida, o artigo 496.º/2 não contemplaria o dano da morte, mas sim os danos não patrimoniais sofridos por outras pessoas, por ocasião da morte de alguém; o artigo 496.º/3 (atual artigo 496.º/4) referir-se-ia, antes, aos danos não patrimoniais sofridos antes da morte da vítima⁴⁵.

5.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2000, 243 s.; Ribeiro de Faria, *Direito das Obrigações*, vol. I, reimpr., Coimbra: Almedina, 2003, 493 s.

Veja-se, igualmente, Capelo de Sousa, *Lições de direito das sucessões*, vol. I, 4.ª ed., Coimbra, 2000, 317 s.

⁴¹ Galvão Telles, *Direito das Sucessões. Noções fundamentais*, 6.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1991, 96 s.

⁴² Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, 602, n. 1.

⁴³ Leite Campos, “A indemnização do dano da morte”, *Boletim da Faculdade de Direito*, 50, 247 s.; Id., “Os danos causados pela morte e a sua indemnização”, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977, Direito das Obrigações*, 2007, 133 s.; Id., “A vida, a morte e a sua indemnização”, *Separata Boletim do Ministério da Justiça*, 1982; Id., “Playdoer pour la vie: l’indemnisation du dommage de la mort”, *Archives de Philosophie du Droit*, 1980.

⁴⁴ Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*, 341 s.

⁴⁵ Nessa medida, Menezes Leitão, a propósito da regra de que a titularidade do direito de indemnização pertence ao titular do direito violado, considera que ela sofre algumas restrições. E dá como exemplo, exatamente, os artigos 496.º/2 e 3 cc. Cf., *Direito das Obrigações*, 403 e nota 844 (na qual

Por seu turno, Menezes Cordeiro aduz que “a morte de uma pessoa constitui um dano, uma vez que a vida é um bem juridicamente tutelado através do direito à vida”, considera que é um dano “infligido ao morto e, reflexamente, a certos elementos que o rodeiam” e advoga que “o ressarcimento de que beneficie a vítima transmite-se, pela morte, aos seus sucessores”⁴⁶. Para o autor, o artigo 496.º não trata dos danos sofridos pelo próprio morto. Segundo o seu ensinamento, “estes, que podem ser patrimoniais ou morais, derivam das normas que garantem a sua propriedade (em sentido amplo) e os seus bens de personalidade, conjuntamente com as cláusulas gerais dos artigos 483.º/1 e 496.º/1, do Código Civil”⁴⁷. As indemnizações arbitradas de acordo com estas regras podem ser transmitidas por via sucessória aos chamados à herança e estes podem ou não coincidir com os que são contemplados no artigo 496.º/2 e 3 cc, pelo que, continua o insigne civilista, “quando haja coincidência, essas pessoas acumularão indemnizações: diretamente, pelos danos por elas sofridos, e a título de sucessão, pelos danos suportados pelo morto”⁴⁸.

Os danos sofridos pelo próprio morto a que o autor se refere são aqueles que ele padeceu antes de se consumir a morte. Já quanto ao dano da morte propriamente dito, Menezes Cordeiro mostra-se cético relativamente aos argumentos avançados tradicionalmente para afastar a sua ressarcibilidade. No tocante à ideia de que “o artigo 496.º/2, ao determinar os beneficiários da indemnização (...), excluiria quaisquer outros por via sucessória”, o civilista entende que o argumento não colhe: “não se trata de saber se o artigo 496.º/2 exclui a indemnização, por via sucessória de quaisquer beneficiários em face das regras gerais, mas sim se exclui a própria vítima de tal indemnização”. No que respeita aqueloutra ideia de que a morte não pode ser ressarcida como um

adverte que a solução se pode estender a outros casos de lesão corporal grave da vítima que não a morte).

No mesmo sentido, cf. Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, 607 s., 609. Considera o autor que o preceito engloba os danos sofridos pela vítima e pelas pessoas com direito à indemnização.

⁴⁶ Cf. Menezes Cordeiro, *Tratado ii/iii*, 516 s., 518.

⁴⁷ Menezes Cordeiro, *Tratado ii/iii*, 520.

⁴⁸ Menezes Cordeiro, *Tratado ii/iii*, 520.

dano porque este surge depois de extinta a personalidade jurídica, aduz que “a questão não deve (...) ser resolvida à face da resposta encontrada para o momento em que surge o dano – se com a própria morte, não havendo (...) já qualquer pessoas lesada, ou se no momento da ação e antes da morte, existindo, ainda, o sujeito lesado (...) Basta o reconhecimento do direito à vida como bem pessoal para existir tal lesão”⁴⁹. Para Menezes Cordeiro, “a morte de uma pessoa é, para esta, um dano que pode dar lugar a imputação. O destino da indemnização é, depois, questão do direito das sucessões”⁵⁰. Segundo o autor, não faz sentido existir um direito à vida e não o dotar da competente tutela aquiliana⁵¹. Acresce que, continuando a seguir de muito perto o seu ensinamento, “a mera aplicação do artigo 496.º/2 desarticulado do resto do ordenamento conduz a resultados inaceitáveis: se não houver nenhum dos familiares aí referidos, não há indemnização? Chegar-se-ia ao absurdo de ser mais barato matar do que ferir: o agente responsável deve indemnizar o lesado ferido; mas se conseguir matá-lo, nada paga”⁵². Em funcionamento estaria, pois, a função preventiva e punitiva da responsabilidade civil.

Tudo visto, cremos que há boas razões para sustentar que o dano da morte deve ser indemnizado como um dano autónomo. Na verdade, não faz sentido o argumento de que o dano só seria experimentado num momento posterior à extinção da

⁴⁹ Menezes Cordeiro, *Tratado* ii/iii, 521

⁵⁰ Menezes Cordeiro, *Tratado* ii/iii, 521. Cf., ainda, pág. 522, onde o autor apresenta argumentos que afastam as razões da posição tradicional, sustentada, entre outros, por Antunes Varella. Afirma Menezes Cordeiro que, “se a morte não é ressarcível, então a vida não é um direito subjetivo” e isso “representaria, por puras razões conceptuais, um enorme retrocesso na defesa da dignidade humana (...)”. Ademais, “os trabalhos preparatórios mostram apenas a intenção subjetiva de quem os fez; intenção que, de resto, nem logrou assento final no Código”. Do mesmo modo, “o artigo 496.º não esgota o universo a que se aplica; a seu lado funcionam os artigos 70.º/1, 483.º/1 e 2024.º do Código Civil”.

⁵¹ Menezes Cordeiro, *Tratado* ii/iii, 523

⁵² Menezes Cordeiro, *Tratado* ii/iii, 523. O autor aduz, ainda, que a solução por si proposta é a que melhor se coaduna com a necessidade de incentivar todos os mecanismos que possam ajudar a corrigir o facto de os tribunais portugueses arbitrarem indemnizações fortemente insatisfatórias quando está em causa a morte de alguém – cf. p. 524.

personalidade jurídica⁵³. É que, tratando-se da lesão da vida, ela própria coincide com o dano, não sendo necessário, ao contrário do que é a regra, procurar determinar quais as repercussões negativas que a violação do direito comporta na esfera do lesado. Ademais, parece ter razão Menezes Cordeiro quando chama a atenção para o paradoxo valorativo em que nos poderíamos enredar. Acresce que não colhe a pretensa analogia com o artigo 71.º cc. Em primeiro lugar, não é de todo unânime o posicionamento da doutrina no tocante à titularidade dos bens jurídicos afetados nas hipóteses previstas na norma citada; em segundo lugar, e sem embargo da questão de saber se o que se tutela são os bens da personalidade do falecido ou a memória deste presente nos familiares sobreviventes, não se duvida que há um concreto dano que é experimentado como resultado direto da preterição dessas dimensões da pessoa. Ora, o que aqui parece ser posto em causa – para quem rejeite a indemnizabilidade do dano da morte – é, antes da titularidade do direito à compensação, a autonomização do próprio dano. E isso parece revelar um aprisionamento da realidade que o direito deve valorar pelos quadros conceptuais que foram sendo cristalizados, numa aproximação normativística que deve ser rejeitada. Na verdade, a morte em si mesma – mesmo que instantânea e não precedida por um processo de agonia e não consciencializada – configura um dano, cuja repercussão jamais poderá ser aferida senão em termos aproximados. É claro que o impacto patrimonial do desaparecimento da pessoa é mensurável; é evidente que as dores e os padecimentos que conduziram ao processo inexorável do falecimento não passíveis de ser descritos; é óbvio que os familiares mais próximos sofrem angústias múltiplas e uma dor indizível que nem a compensação mais volumosa pode suportar; mas nenhum destes danos se confunde

⁵³ Sobre este ponto, cf. Leite Campos, “Os danos causados pela morte e a sua indemnização”, 133. Diz o autor que o dano da morte pode ser indemnizado, “ultrapassando a objeção tradicional: como pode adquirir um direito à indemnização alguém que, pelo facto do dano gerador dessa indemnização, perdeu a vida e, portanto, a sua personalidade jurídica?”. Como explica o autor, “o titular do direito pode adquiri-lo em dois momentos: ou antes da sua morte, como indemnização de um dano futuro; ou, depois da sua morte, em virtude do prolongamento da sua personalidade para diversos efeitos, um dos quais será este”.

com aquele dano existencial que se traduz na própria supressão da vida. Porque mesmo nós que acreditamos na vida para além da morte não podemos deixar de considerar que viver é um dom e que o *terminus* da vida só pode ser determinado por Aquele que no-la concede.

f) *A autonomização de novos danos e a problematização de especiais hipóteses de responsabilidade civil por referência a domínios concretos*

Uma tendência evidente da responsabilidade civil delitual é a sua capacidade de adaptação ao contexto a que vai ser aplicada. Eis, portanto, uma (que não a única) das razões que explica o surgimento ou, pelo menos, a problematização de novas categorias de danos.

Outra das razões prende-se com a influência que o ordenamento jurídico italiano exerce em Portugal. Muitas das novas categorias de danos que surgem são o resultado da transposição (muitas vezes acrítica e não pacífica, porquanto sejam mais os problemas que geram do que aqueles que resolvem) de figuras forjadas além-fronteiras: pense-se, por exemplo, no dano biológico (de rejeitar) e no dano existencial. Já o dano da perda de chance, também ele de duvidosa prestabilidade, parece ter resultado da influência francesa e da necessidade de, por via da autonomização danosa, se contornarem dificuldades em matéria probatória relativa ao nexo de causalidade.

A par deste fenómeno assiste-se à complexificação de determinados domínios de atuação humana, que, lançando novos desafios ao direito, impulsionam uma redensificação dos critérios dogmáticos da responsabilidade para tentar dar resposta aos novos problemas de *quid iuris*. O universo de hipóteses é infundável, devendo, contudo, salientar-se o intenso diálogo entre o direito da responsabilidade civil e o direito societário e financeiro, o direito da responsabilidade civil e o direito do consumo, o direito da responsabilidade e o direito da família, o direito da responsabilidade e o direito administrativo, o direito da responsabilidade civil e a questão das concessões a privados

(v.g. o problema da responsabilidade civil das concessionárias de auto-estradas)

De notar que a parca relevância – apesar de a jurisprudência, por vezes, revelar o contrário – de algumas categorias de danos, como o dano biológico, se justifica não só pelo necessário preenchimento da ilicitude como requisito de procedência de uma pretensão indemnizatória (o que releva, entre nós, é saber se houve ou não lesão da saúde, indemnizando-se os danos que possam reconduzir-se a essa violação, pelo que o discurso do jurista se centra no ilícito e não no dano propriamente dito, exceto se com ele se pretender, afinal, problematizar a eventual recondução do mesmo ao núcleo de proteção do direito ou interesse legalmente protegido que foi preterido), como pela existência de uma ampla cláusula de compensação dos danos não patrimoniais (tornando desnecessário a autonomização de *tertium genus* de danos, entre aqueles e os danos patrimoniais, que escapassem à limitação de ressarcimento imposta por lei).

g) Novos rumos da causalidade

Outra tendência (que não característica) do modelo delitual português prende-se com o problema da causalidade. Compreendido durante largo tempo sob o prisma da necessidade de descoberta de uma relação causa-efeito, ancorada em critérios condicionais contrafactuais e probabilísticos, atinentes à adequação, um novo entendimento passou a ser derramado pela doutrina (e, subsequentemente, pela jurisprudência), substituindo-se o prisma causal por um enfoque imputacional. A dita causalidade – vista como imputação objetiva – pode agora ser compreendida à luz da pressuposição axiológica da personalidade e, com isso, resolvem-se muitas das aporias em que nos deixávamos anteriormente enredar, ao mesmo tempo que, desagrilhoados da condicionalidade *sine qua non*, ficamos habilitados a responsabilizar solidariamente dois agentes em situações de causalidade alternativa incerta.

3. O modelo delitual brasileiro

a) *O modelo da faute*

O artigo 186.º CC brasileiro esclarece que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar o direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”; e o artigo 187.º CC brasileiro acrescenta que “também comete ato ilícito o titular do direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé e pelos bons costumes”. O ilícito é, assim, recortado de uma forma ampla. Se, de certo modo, podemos dizer que há uma aproximação ao ordenamento jurídico português (e com ele a todos os que, nesta matéria, o influenciaram, como sejam o ordenamento alemão e o ordenamento grego), pela referência ao abuso do direito como modalidade de ilicitude, a forma como tem sido interpretada a norma do artigo 186.º pela jurisprudência e pela doutrina afastam, neste ponto, os dois ordenamentos jurídicos. Na verdade, nem o jurista brasileiro exige que o direito violado seja um direito absoluto, nem o jurista brasileiro se vê limitado pela necessidade de apenas tutelar interesses protegidos por disposições legais que revistam determinadas características (as ditas disposições legais de proteção de interesses alheios). Por outro lado, a violação do direito fica simbioticamente ligada à culpa, pela exigência de que a violação ocorra com negligência ou imprudência, o que quer dizer que se traça um paralelo com o modelo da *faute*.

O artigo 927.º CC brasileiro auxilia-nos nesta aproximação à *faute*. Vejamos. O preceito diz-nos que “aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem fica obrigado a repará-lo”. E no seu § único acrescenta que “haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados na lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor implicar, por sua natureza, riscos para os direitos de outrem”. Significa isto que o § único, ao consagrar uma ampla cláusula de responsabilidade

pelo risco, assente na perigosidade da atividade⁵⁴), se diferencia da regra contida no preceito. Ora, este fala unicamente em ato ilícito, mas pressupõe a culpa, por contraposição ao parágrafo único citado. E pressupõe, exatamente, porque o artigo 186.º CC olha para o ilícito de modo a englobar não só a contrariedade objetiva com o ordenamento, mas também o desvalor subjetivo.

Talvez por isso problemas tão candentes para o ordenamento jurídico português como o problema dos danos puramente patrimoniais sejam praticamente desconhecidos no contexto brasileiro.

b) A cláusula geral de responsabilidade pelo risco

Ponto particularmente interessante é a constatação de que, ao nível do ordenamento jurídico brasileiro, está consagrada uma ampla cláusula de responsabilidade independente de culpa, assente no risco da atividade. O problema que ela envolve é extremamente atual⁵⁵. Se é certo que o ordenamento

⁵⁴ Sobre o ponto, cf. Mafalda Miranda Barbosa, Estudos a propósito da responsabilidade objetiva.

⁵⁵ Weitnauer, “Aktuelle Fragen des Haftungsrechts”, *Versicherungsrecht*, 70, 598 s. (analisando a possibilidade de, por via da fundamentação legislativa, se estabelecer uma limitada cláusula geral de responsabilidade pelo risco assente no perigo da coisa – Sachhaftung); Deutsch, *Allgemeines Haftungsrecht*, 2. völlig neugest. end erw. Aufl., Köln / Berlin / Bonn / München: Carl Heymanns 1996, 452 (dando conta da sua proposta de concretização de uma cláusula geral de responsabilidade pelo risco assente numa lista de atividades perigosas); Helmut Koziol, “Umfassend Gefährdungshaftung durch Analogie”, in Hermann Balff, ed., *Festschrift für Walter Wilburg zum 70 Geburtstag*, 1975, 173 s.; Erdem Büyüksagis / Willem H. van Boom, “Strict Liability in contemporary european codification: tort between objects, activities and their risks”, *Georgetown Journal of International Law*, 44/2 (2013) 609 s. (considerando que a perigosidade da atividade é um critério demasiado vago para poder sustentar uma cláusula geral de imputação baseada no risco, aumentando muito o âmbito desta em detrimento da responsabilidade por negligência; e defendendo que a previsão genérica que se busca se deve alicerçar na ideia de perigosidade do objeto – cf. p. 636. Mais salientam os autores que a cláusula geral permitiria uniformizar o tratamento de situações materialmente análogas, eliminando-se a incerteza que resultaria da discriminação entre vítimas de acidentes relativamente semelhantes – cf. p. 619). Cf., ainda, de um dos últimos autores citados, Willem H. van Boom / Andrea Pinna, “Le droit de la responsabilité civile de demain en Europe: Question choisies”, in Bénéd-

jurídico pátrio desconhece tal previsão legislativa, restando a consideração da perigosidade da atividade para efeitos de estabelecimento de uma presunção de culpa, que, como tivemos oportunidade de salientar, deve ser entendida no sentido da penetração da *faute* no modelo ressarcitório, não é menos seguro que o debate em torno da eventual bondade de uma cláusula geral deste tipo é hoje uma realidade.

Aspeto determinante para os autores seria a consciência da existência de evidentes pontos de aproximação entre a responsabilidade objetiva e a responsabilidade subjetiva e o facto de a culpa, em direito civil, se aferir em abstrato. Do mesmo passo, trazem ao diálogo a cada vez maior profusão de deveres no tráfego⁵⁶. Por esse motivo, questionam até que ponto não deveria ser consagrada uma ampla cláusula de responsabilidade pelo risco.

A possibilidade de tal previsão não deixa de estar rodeada de cautelas especiais⁵⁷.

dict Winiger, ed., *La responsabilité civile européenne de demain: projets de révision nationaux et européens*, 2008, 261 s. (que tivemos a oportunidade de consultar depois da expressa remissão em Büyüksagis / van Boom, “Strict liability in contemporary european codifications»).

⁵⁶ Também a presença dos chamados deveres no tráfego deporiam no sentido da aproximação entre as duas modalidades de responsabilidade. Vide Büyüksagis / van Boom, “Strict liability in contemporary european codifications”, 615

Sobre o ponto, cf. Josef Esser, “Die Zweispurigkeit unseres Haftpflichtrechts”, *Juristenzeitung*, 8/5 (1953) 129 s. O autor dá conta de que o incremento dos Verkehrspflichten (deveres do tráfego) é visto como uma forma ilegal de criar situações de responsabilidade objetiva – illegale Gefährdungstatbestände.

Para outros pontos de contacto, sem deixar na sombra as diferenças e sem deixar de sobrevalorizar axiologicamente a responsabilidade subjetiva por referência à responsabilidade objetiva, cf. Mafalda Miranda Barbosa, *Estudos a propósito da responsabilidade objetiva*.

⁵⁷ Cf. Weitnauer, „Aktuelle Fragen des Haftungsrechts”, 598 s.; também citado por Deutsch, *Allgemeines Haftungsrecht*, 449 s. e 452 s. Veja-se, também, H. Kötz, “Haftung für besondere Gefahr”, *Archiv für die Civilistische Praxis*, 170 (1970) 1 s., em especial 21 s. (em causa estava, sobretudo, a ideia de que o legislador nunca consegue acompanhar o desenvolvimento tecnológico, não se oferecendo suficiente protecção em algumas situações que possam emergir na realidade); Larenz / Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts, ii, Halbband 2, Besonderer Teil*, 13 Aufl., München: Beck, 1994, 605 s.; E. von Caemmerer, *Reform der Gefährdungshaftung*, Berlin / New York: W. de Gruyter, 1971, 19 s.; Helmut Koziol, “Umfassende Gefährdungshaftung

A fórmula introduzida por Deutsch aduz que

§1 (I) Wer eine besondere Gefahr schafft oder in Gewalt hat, ist zum Ersatz des Schadens na fremden Personen oder Sachen verpflichtet, der durch Verwirklichung der Gefahr entsteht. (II) Eine Gefahr ist dann eine besondere, wenn entweder sie selbst unausweichlich, ungewöhnlich, schwer beherrschbar oder sonst so groß oder der aus ihr zu erwartende Schaden so außergewöhnlich hoch oder häufig ist, dass die Gefahr im Verkehr nur bei Schadloshaltung zulässig erscheint. (III) Eine besondere Gefahr ist nametlich gegeben bei Kraftfahrzeugen zu Lande und zu Wasser, Luftfahrzeugen, Maschinen und Motoren, Schußwaffen, Elektrizität, Gas, hohem Druck, hochgiftigen, stark ätzenden, explosiven, leicht brennbaren oder strahlenden Stoffen. § 2 (...).

O autor apresenta uma cláusula geral elencando grupos de casos de atividades perigosas. Tal como a fórmula de Weitanauer, esta está submetida à atividade legislativa, pelo que determinadas atividades tidas como perigosas – *n.g.* a atividade médica – ficam excluídas do seu âmbito de relevância. Mostra-nos isto que, também para o pensador, pese embora a tendência denotada no sistema germânico, não é possível impor a responsabilidade objetiva a todos os casos em que o perigo informa o tipo de situação⁵⁸.

A circunscrição a que assim somos conduzidos é perfeitamente perceptível. Não basta, na verdade, que a atividade seja perigosa para que se possa cogitar a hipótese de uma responsabilidade objetiva. Para o compreender, basta lembrar que as sociedades hodiernas são caracterizadas por elevados níveis de perigosidade/risco ou, pelo menos, por elevados níveis de perigosidade/risco controlável pelo homem. A essa perigosidade tem de estar associada a possibilidade de aproveitamento da atividade que se

durch Analogie?“, Festschrift für Wilburg zum 70. Geburtstag, Leykam, 1975, 173 s.; Büyüksagis / van Boom, “Strict Liability in contemporary European codification”, 619 s.; van Boom / Pinna, “Le droit de la responsabilité civile de demain en Europe: Question choisies”, 261 s.

Sobre o ponto, considerando, neste ensejo, que o problema em Portugal não apresenta tanta acuidade, em virtude da presunção de culpa relativas a atividades perigosas, contida no artigo 493.º/2 cc, cf. Sinde Monteiro, Estudos sobre a responsabilidade civil, Coimbra: Almedina, 1983, 53, nota 148.

⁵⁸ Cf. Deutsch, Allgemeines Haftungsrecht, 449 s.

encabeça. Ora, há atividades que, mesmo envolvendo o perigo, não podem ser associadas a um benefício exclusivo por parte de quem as leva a cabo. Do mesmo modo, há atividades em que o perigo especial que envolvem não pode ser unicamente imputado à sua execução, sendo, pelo contrário, partilhado com uma esfera natural de risco (v.g. a atividade médica).

Se adequadamente concluímos que não pode estar em causa um qualquer perigo, devendo o mesmo qualificar-se como sendo especialmente grave, os ordenamentos jurídicos ficam diante de uma dupla possibilidade: ou remetem para o prudente arbítrio do julgador a densificação de tal perigosidade; ou a prescrição legislativa – com mais ou menos abertura – tem de determinar quais as atividades que podem ser qualificadas como perigosas⁵⁹.

⁵⁹ A este propósito, cf. a posição de Bernhard A. Koch / Helmut Koziol, “Austria”, *Unification*, 36 s. Os autores propõem a criação de uma cláusula geral de responsabilidade pelo risco, que deve ir além de uma mera norma que apenas legitime a analogia para casos que não estejam explicitamente regulamentados. Ademais, segundo a sua posição, tal cláusula geral deveria ser suficientemente flexível de modo a proporcionar uma gama de soluções individuais para um leque mais ou menos alargado de riscos, aproximando-se assim de um sistema móvel tal como concebido por Wilburg. A responsabilidade objetiva por coisas e atividades perigosas podia depender de fatores como a possível extensão dos danos, a probabilidade de tais danos ocorrerem, a possibilidade de controlo dos danos, os interesses envolvidos em cada um dos lados. Tendo em conta todos estes elementos, diante de um caso concreto, o resultado podia ir desde uma inversão do ónus da prova até a uma responsabilidade absoluta. Tomando como exemplos os veículos, Koch e Koziol aduzem que as bicicletas, pela sua mera existência, não parecem trazer um especial perigo; mas elas podem ser conduzidas a uma velocidade tal que induzem um perigo que ultrapassa o risco normal para as pessoas. Servem, aí, como um instrumento que pode arrastar consigo um especial perigo, podendo legitimamente fundamentar a responsabilidade objetiva. No entanto, as lesões que as bicicletas podem gerar são, em regra, muito menos graves do que as provocadas por veículos com motor, sendo, por isso, o seu perigo menor do que o que os últimos comportam. Os veículos a motor, por seu turno, tornam-se ainda mais perigosos quando transportam materiais explosivos. Por isso, neste caso – tendo em conta este risco suplementar – não deve haver qualquer limite para a responsabilidade se se verificar um dano. Pelo contrário, no caso dos veículos automóveis simples, a força maior poderá funcionar como uma defesa. No caso da bicicleta deve ser excluída a responsabilidade se a pessoa que a conduzia usava de todo o cuidado possível.

Também numa perspetiva de direito comparado, cf. W. V. Horton Rogers, “England”, *Unification*, 123, dando conta da ideia de *dangerous things*

A este propósito, Erdem Büyüksagis e Willem H. van Boom sustentam que surgem em confronto duas perspetivas diversas: uma assente na perigosidade da atividade (prática de atividades perigosas); outra assente na perigosidade da coisa que é utilizada (controlo de coisas perigosas)⁶⁰.

A primeira estaria refletida no artigo 5:101 dos PETL⁶¹ e no artigo 50.º do anteprojeto suíço de lei federal sobre a revisão e unificação do direito da responsabilidade civil. Pierre Widmer e Pierre Wessner⁶² sublinham que o preceito se refere a atividades perigosas e não a objetos perigosos, permitindo, portanto, incluir as atividades que, sendo perigosas pela sua natureza, não lançam mão de objetos que coenvolvam um especial perigo⁶³. A opção por esta alternativa justificar-se-ia, aos seus olhos, por assim o jurista ficar liberto de ulteriores problemas – inerentes à edificação

and activities contida na Law Commission's First Programme of Law Reform.

⁶⁰ Büyüksagis / van Boom, "Strict Liability in contemporary European codification", 622 s.

⁶¹ Cf. Bernhard Koch, The work of the european group of tort law – the case of strict liability, 2003, acessível em <www.indret.com>; e Id., "Strict Liability", Principles of European Tort Law, Text and commentary (European Group on Tort Law), Wien: Springer, 2005, 105 s. Segundo o testemunho do autor, o preceito visa cobrir situações de perigo extraordinário. A responsabilidade não resulta de uma conduta atual do lesante, mas de uma fonte de risco cujo perigo se materializa e que é controlada por aquele a quem se imputa a obrigação de indemnizar. A pessoa apenas será responsável pelo dano que seja característica do risco apresentado pela atividade. Esta não implicaria, portanto, qualquer tipo de comportamento (positivo ou negativo). O simples facto de se deter uma coisa pode criar um risco, que gere responsabilidade. Se a coisa, fonte de perigo, estiver na esfera de um sujeito que a controla, isso é bastante para estarmos diante de uma atividade geradora de responsabilidade, nestes termos. A atividade deve criar um risco previsível e significativamente alto de dano mesmo que seja exercido todo o cuidado devido. Para aferir o perigo anormal, há que ter em conta a frequência e a gravidade da lesão que pode ocorrer. A atividade não pode ser "a matter of common usage". Assim, a condução de veículos automóveis cai fora do âmbito de previsão do preceito.

⁶² Rapport explicatif sur la révision et unification du droit de la responsabilité civile, 138 s.

⁶³ Segundo Deutsch, Allgemeines Haftungsrecht, 449 s., a principal ideia da proposta de uma Sachhaftung situa-se na coisa (e não no perigo dos homens), pelo que, por exemplo, o desporto perigoso não se integrará no seu âmbito. Cf., também, Pierre Widmer / Pierre Wessner, Rapport explicatif, 141. De notar que o preceito não inclui, segundo os autores, o risco organizacional (decorrente da produção em massa), porque em causa está, essencialmente, um risco material e técnico.

da cláusula geral com base na perigosidade da coisa –, uma vez que nessa hipótese haveria que ser construído um nexo subjetivo entre a coisa e a pessoa responsável, lançando mão do conceito de direito de propriedade, de guardião ou de detentor. A especial perigosidade da atividade, que alicerça a responsabilidade assim pensada, é, então, definida com base em elementos subjetivos e objetivos. Em causa terá de estar uma atividade que envolva um perigo de intensidade superior ao risco normal que integra a atuação humana, sendo que esta intensidade pode resultar de fatores quantitativos, qualitativos ou de uma combinação entre ambos⁶⁴, ou seja, teremos de estar diante de uma atividade que cause danos frequentes e graves. O elemento subjetivo impõe que nem toda a diligência exigível a uma pessoa especialista naquele sector pudessem evitar a concretização do perigo⁶⁵.

A segunda perspectiva estaria espelhada no artigo VI 3:206 do *Draft Common Frame of Reference*⁶⁶ e seria defendida por auto-

⁶⁴ Widmer / Wessner, Rapport explicatif. Os autores explicam, ainda, que a especial perigosidade se deve aferir de um modo geral e abstrato: não é por uma atividade anódina ter, em face de determinadas circunstâncias, determinado um dano considerável que vamos submetê-la ao regime da responsabilidade objetiva; por outro lado, uma atividade perigosa que só produz acidentes relativamente benignos não deve ser qualificada como perigosa.

⁶⁵ Widmer / Wessner, Rapport explicatif, 142. O perigo, demais, deve ser perceptível ou conhecido de acordo com os conhecimentos científicos da época. Não se integram, na cláusula proposta pelos autores, os riscos de desenvolvimento.

De notar, ainda, que o risco deve resultar da realização do perigo. Os riscos característicos são os riscos que determinam o perigo específico inerente à atividade. Sublinhe-se, porém, que os autores chamam a atenção para o artigo 45.º/3 e para uma concessão restritiva dos danos reparáveis (integridade das pessoas, coisas, ambiente).

Cf., ainda, Widmer / Wessner, Rapport explicatif, 147. Quanto às atividades ilícitas especialmente perigosas (como atividades inutilmente perigosas que caem no âmbito da responsabilidade por culpa; ou uma atividade que viola qualquer regra legal, como a não obtenção da devida licença), segundo os autores, seria chocante que as mesmas descartassem a responsabilidade objetiva, obrigando o lesado a provar a culpa. O segmento final do artigo 50.º (même s'il s'agit d'une activité tolérée par l'ordre juridique) reflete e viabiliza este entendimento, mostrando que o preceito se aplica mesmo que se trate de uma atividade permitida pela ordem jurídica, donde se aplica mais fortemente no caso de uma atividade ilícita.

⁶⁶ (1) A keeper of a substance or an operator of an installation is accountable for the causation by that substance or by emissions from that

res como Weitnauer⁶⁷, Erdem Büyüksagis, Willem H. van Boom, entre outros. Nos termos do artigo 5:101 PETL, a pessoa é responsável pelos danos característicos do risco próprio da atividade anormalmente perigosa que levem a cabo. O n.º 2 do citado preceito considera que a atividade é perigosa se cria um previsível e significativamente elevado risco de dano, mesmo quando todo o cuidado é exercido e não se trata de uma atividade de uso comum. Ora, segundo Erdem Büyüksagis e Willem H. van Boom⁶⁸, há atividades do dia-a-dia, e portanto de uso comum, que envolvem um especial perigo e que assim não seriam contempladas na cláusula geral; apenas as atividades exóticas seriam integradas na previsão. Acresce que a ideia de perigosidade da atividade conduz a um aumento exponencial da cláusula geral em detrimento da responsabilidade por culpa. Assim sendo, os autores advogam

installation of personal injury and consequential loss, loss within VI. – 2:202 (Loss suffered by third persons as a result of another’s personal injury or death), loss resulting from property damage, and burdens within VI. – 2:209 (Burdens incurred by the State upon environmental impairment), if: (a) having regard to their quantity and attributes, at the time of the emission, or, failing an emission, at the time of contact with the substance it is very likely that the substance or emission will cause such damage unless adequately controlled; and (b) the damage results from the realisation of that danger. (2) “Substance” includes chemicals (whether solid, liquid or gaseous). Microorganisms are to be treated like substances. (3) “Emission” includes: (a) the release or escape of substances; (b) the conduction of electricity; (c) heat, light and other radiation; (d) noise and other vibrations; and (e) other incorporeal impact on the environment. (4) “Installation” includes a mobile installation and an installation under construction or not in use. (5) However, a person is not accountable for the causation of damage under this Article if that person: (a) does not keep the substance or operate the installation for purposes related to that person’s trade, business or profession; or (b) shows that there was no failure to comply with statutory standards of control of the substance or management of the installation. (http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr_outline_edition_en.pdf).

Sobre o preceito, cf. Büyüksagis / van Boom, “Strict Liability in contemporary European codification”, 622 s., estabelecendo a comparação entre ele e o cc francês. Segundo a explicitação dos autores, há uma diferença entre os dois regimes. Enquanto em França, apenas se afasta a responsabilidade pela prova de um facto fortuito; o artigo VI 3:206 admite o afastamento da responsabilidade quando o lesante prove que cumpriu os deveres de cuidado de controlo da substância ou de utilização da instalação.

⁶⁷ Weitnauer, “Aktuelle”, 598

⁶⁸ Büyüksagis / van Boom, “Strict Liability in contemporary European codification”, 636 s.

como preferível uma cláusula geral assente na perigosidade do objeto. A crítica é negada por Bernhard Koch, na medida em que se muitos são os que criam um risco significativo com a sua atividade, esse perigo é imposto “by the many on each other”, num claro apelo a uma ideia de justiça distributiva que acompanha a responsabilidade pelo risco⁶⁹.

O problema, no ordenamento jurídico português, não ultrapassa o patamar da discussão doutrinal, incentivada pelas influências colhidas além-fronteiras e, ainda assim, sem grande expressão. Já no ordenamento jurídico brasileiro – como sublinhado – existe consagrada uma cláusula geral de responsabilidade assente no risco. Rememoremos o que ficou dito anteriormente. Dispõe o artigo 927.º cc brasileiro que “aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. O artigo 186.º cc considera que o ato ilícito é aquele que, “por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral”, acrescentando o artigo 187.º que “também comete um ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. Pese embora a definição de ato ilícito com que somos confrontados, a doutrina brasileira entende maioritariamente que não é necessário para que se verifique a ilicitude que haja violação de um direito absoluto. Além disso, o no seu parágrafo único, o artigo 927.º adianta que “haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desen-

⁶⁹ Bernhard Koch, “Strict Liability”, 107. De notar que, enquanto uma atividade levada a cabo por um grande número de pessoas será a matter of common usage, o inverso não é necessariamente verdadeiro. Mesmo que só poucas pessoas desenvolvam uma atividade que comporte um risco significativamente alto de dano, ela pode ser uma atividade de uso comum. É o caso da eletricidade. Embora seja apenas fornecida por um número muito reduzido de pessoas, ela é vista, para efeitos do artigo 5:101, 2 petl, como uma atividade de uso comum. Não faria sentido, para o autor, impor-se neste caso a responsabilidade civil independentemente de culpa, porque os benefícios são distribuídos por muitos.

Sublinhe-se, ainda, que a qualificação de uma atividade como sendo ou não de uso comum pode variar ao longo do tempo.

volvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

A formulação legal aponta para a opção de alicerçar a responsabilidade na perigosidade da atividade. Contudo, a referência é ao risco que a atividade pode gerar para os direitos dos outros e não ao perigo em si mesmo. Mas não basta uma atividade arriscada, exigindo-se que a ela seja levada normalmente (habitualmente) a cabo pelo agente lesivo. Ou seja, o risco anda aqui associado a uma ideia de estabilidade da atuação. Ainda que se possa interpretar a referência ao risco no sentido da perigosidade da atividade pela sua própria natureza, o preceito – *prima facie*, muito amplo no seu âmbito de relevância – acaba por se apresentar mais restritivo noutros aspetos. Este dado motiva críticas por parte da doutrina brasileira. Apesar da norma, o debate acerca da questão não está encerrado no nosso país irmão. A doutrina da responsabilidade pressuposta, protagonizada pela pena de Giselda Hiro-naka, é disso prova bastante.

c) Os danos não patrimoniais e o dano da morte

Ao contrário do que sucede em Portugal, o Código Civil brasileiro desconhece um preceito com o teor do artigo 496.º CC português. Isso não significa, porém, que não se compensem, naquele ordenamento jurídico, os danos não patrimoniais. Pelo contrário, tem-se assistido pela prática jurisprudencial a um alargamento muito grande das indemnizações que são arbitradas com fundamento em danos morais. Duas razões parecem determinar o fenómeno: em primeiro lugar, a inexistência de um filtro objetivo de seleção das pretensões indemnizatórias procedentes; em segundo lugar, a inexistência do referido preceito a ditar, também, a inexistência de critérios objetivos de determinação de quais os danos não avaliáveis em dinheiro que são merecedores de compensação.

Acresce que o artigo 953.º CC brasileiro determina, no seu parágrafo único, e referindo-se aos casos de indemnização por injúria, calúnia ou difamação, que, “se o ofendido não puder provar prejuízo material, caberá ao juiz fixar, equitativamente, o valor da

indenização, na conformidade das circunstâncias do caso”; e o artigo 954.º considera aplicável o disposto no preceito precedente, também nas hipóteses de falta de prova do prejuízo, quando esteja em causa um ato privativo da liberdade pessoal. Quer isto dizer que, embora não se conheça uma norma que consagre em termos gerais a indenização de danos não patrimoniais, essa possibilidade é reconhecida por referência a determinadas lesões de caráter pessoal, admitindo-se o recurso a tal compensação quando não seja possível provar o prejuízo material.

Se bem interpretamos o espírito do sistema brasileiro de responsabilidade civil, não só parece denotar-se uma ligação estreita entre os danos não patrimoniais e a lesão de direitos pessoais, como se admite a sua compensação independentemente da prova do dano atual. A categoria dos danos *acionáveis per se* ou danos *in res ipsa* torna-se assim particularmente familiar no contexto brasileiro. Aqui encontramos uma clivagem relativamente ao sistema português: não só não há, entre nós, correspondência entre a lesão de direitos de natureza pessoal e danos não patrimoniais, podendo estes resultar da lesão de direitos de natureza patrimonial, como se exige a prova efetiva do dano verificado.

Simplesmente, a falta de exigência da ilicitude como requisito autónomo da responsabilidade civil determina que, em muitas situações em que não é possível determinar com exatidão o prejuízo material, os tribunais brasileiros recorram à condenação do sujeito no pagamento de uma indenização por danos morais. O fenómeno assume proporções tais que se pode falar, face a alguns circunstancialismos típicos, num verdadeiro comércio de bens espirituais, embora o modelo ressarcitório não nos conduza em terras de vera cruz à magnitude responsabilizatória que se conhece, por exemplo, nos Estados Unidos, e permite a extensão da categoria para além da evidente lesão de direitos de natureza pessoal. Pense-se, por exemplo, na problematização da categoria do dano da perda de tempo, a que *infra* nos referiremos. A grande diferença passa, portanto, pela exigência ou não de prova atual do dano – enquanto este se presume, nas hipóteses de lesão de bens pessoais, deve ser provado nas outras situações.

Por outro lado, é curioso notar que, se a jurisprudência parece admitir a indemnização de danos morais sem a prova do dano efetivamente sofrido, ao invés, o ordenamento jurídico brasileiro não reconhece a morte como um dano indemnizável em si mesmo. Nos termos do artigo 948.º cc brasileiro, em caso de homicídio, a indemnização abrange o pagamento das despesas com o tratamento da vítima, com o seu funeral e o luto da família, bem como a prestação de alimentos a quem o morto os devia, levando em conta, neste caso, o tempo provável de duração de vida do falecido, nada referindo em relação ao dano da morte, que tem sido desconsiderado pelos tribunais.

d) A responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos menores

A influência que o direito francês da responsabilidade civil exerceu sobre o direito brasileiro não se ficou pela sua modelação genérica. No tocante à responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos menores, dispõe o artigo 932.º, I, cc brasileiro que são responsáveis pela reparação civil dos pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia. Trata-se, nos termos do artigo 933.º cc, de uma responsabilidade independente de culpa. O preceito mostra-se próximo do (atual) artigo 1242.º Code Civil, nos termos do qual «on est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde», especificando a norma que «le père et la mère, en tant qu'ils exercent l'autorité parentale, sont solidairement responsables du dommage causé par leurs enfants mineurs habitant avec eux», embora esclareça que «la responsabilité ci-dessus a lieu, à moins que les père et mère et les artisans ne prouvent qu'ils n'ont pu empêcher le fait qui donne lieu à cette responsabilité». Ou seja, embora em França o critério da responsabilidade seja o do exercício do poder paternal (hoje designado por responsabilidades parentais) e o da habitação comum, é possível a prova da exculpação dos progenitores, não se tratando de uma hipótese de responsabilidade

objetiva. De todo o modo, a proximidade é evidente e coloca o direito brasileiro, quanto ao ponto, distante do direito português: aí rege o artigo 491.º CC, o qual, independentemente da melhor interpretação – a fazer convocar a *faute* – a que nos possa conduzir, estabelece a responsabilidade pela violação do dever de vigiar o naturalmente incapaz, com óbvias implicações em termos de regime: por um lado, a responsabilidade não recai apenas sobre o progenitor que detenha o exercício do poder paternal, mas sobre qualquer pessoa que possa vir a exercer o dever de vigilância sobre o incapaz; por outro lado, podemos estar diante de um menor que, porque imputável, não seja naturalmente incapaz; por último, é possível aos pais – quando a responsabilidade lhes seja imputada – afastarem-na, se provarem que cumpriram o seu dever de vigilância ou que os danos se teriam produzido ainda que o tivessem cumprido.

e) *A autonomização de novos danos e a problematização de especiais hipóteses de responsabilidade civil por referência a domínios concretos*

Tal como em Portugal, no Brasil, a capacidade adaptativa da responsabilidade civil tem permitido que a sua dogmática seja chamada a resolver problemas em domínios concretos. São crescentes, em terras de vera cruz, as demandas responsabilizatórias em matéria de direito da família e de direito do ambiente. Também, tal como em Portugal, problematizam-se, no Brasil, novas categorias de danos. Para além de algumas que coincidem com o panorama doutrinal e jurisprudencial português, parece fazer sentido falar, a este propósito, num momento em que assinalamos as diferenças entre os dois ordenamentos jurídicos, do dano da perda de tempo. Trata-se de um dano moral, associado às relações de consumo. Considerando-se que o tempo é um bem jurídico de que só o titular pode dispor, entende-se por bem fazer impender sobre aquele que se apropria de tal bem, no âmbito de reclamações ou outros problemas que têm de ser solucionados no quadro de uma relação de consumo, a responsabilidade pelo dano causado, visto como um dano moral, que ultrapassa o simples aborreci-

mento do dia-a-dia. Concretizando, em casos de mau atendimento dos consumidores, que dá lugar à irritação, frustração, sentimento de ser apenas um número, entende a jurisprudência brasileira que se verifica violação de direitos associados à dignidade humana, determinando a indemnização dos danos respetivos. Por outro lado, considera-se que, nas hipóteses de mau tratamento dispensado ao consumidor, este deve ser indemnizado pela perda de tempo livre, pelo tempo que gastou a resolver problemas gerados por comportamentos abusivos por parte dos prestadores de serviços ou dos fornecedores de bens. Um exemplo recorrente prende-se com o dispêndio de tempo e energia dos contactos com os *call centers* ou com o tempo gasto em filas de atendimento nos diversos postos de uma dada empresa. O fundamento do dano do tempo perdido passa, pois, pela consideração de uma eventual violação de direitos de personalidade, no quadro de uma relação consumerística. Em alternativa, invoca-se a responsabilidade objetiva do profissional em face do consumidor.

Em Portugal, o dano da perda de tempo – experimentado por muitos – é praticamente desconhecido na sua autonomia dogmática. Diríamos, quanto a ele, que ou se deteta a violação de direitos absolutos e os danos não patrimoniais são os que daí possam decorrer, sem que se possa – sob pena de o transformar num conceito voraz – pensar no direito geral de personalidade em termos abrangentes que se considere que os incómodos do dia-a-dia podem configurar uma lesão da personalidade; ou estamos no quadro de uma relação contratual e as consequências nefastas da perda de tempo poderão ser vistas como o resultado danoso do não cumprimento devido do contrato, pelo que não basta estarmos diante de um potencial consumidor, requerendo-se antes que se esteja diante de um sujeito que contratou com um profissional o fornecimento de um bem ou a prestação de um serviço.

f) *A causalidade*

Tal como no quadro do ordenamento jurídico português, a doutrina brasileira tem-se preocupado em refletir sobre o tópico da causalidade, procurando encontrar critérios de imputação

objetiva que permitam ao jurista escapar às dificuldades (ou mesmo aporias) a que somos conduzidos pelas doutrinas da *conditio sine qua non* e da causalidade adequada. Ainda que as respostas a que se chega não sejam totalmente coincidentes com as que a doutrina e jurisprudência portuguesas (também nem sempre concordantes) têm vindo a forjar, sublinha-se a aproximação não só na perceção das falhas das doutrinas tradicionais, como na procura de uma resposta que cumpra a intencionalidade predicativa da juridicidade.