

# ■ SEMINÁRIO DE RESPONSABILIDADE CIVIL EM REVISTA 2021/2022

UMA PARCERIA DO CENTRO DE  
ESTUDOS JUDICIÁRIOS E DA REVISTA  
DE DIREITO DA RESPONSABILIDADE

COLEÇÃO  
FORMAÇÃO  
CONTÍNUA

JULHO 2023



CENTRO  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS



REVISTA  
DE DIREITO DA  
RESPONSABILIDADE



**DIRETOR DO CEJ**  
**FERNANDO VAZ VENTURA, JUIZ DESEMBARGADOR**

**DIRETORAS ADJUNTAS**  
**ANA TERESA PINTO LEAL, PROCURADORA-GERAL ADJUNTA**  
**PATRÍCIA CORDEIRO DA COSTA, JUÍZA DESEMBARGADORA**

**COORDENADOR DO DEPARTAMENTO DA FORMAÇÃO**  
**PEDRO RAPOSO DE FIGUEIREDO, JUIZ DE DIREITO**

**COORDENADORA DO DEPARTAMENTO DE RELAÇÕES INTERNACIONAIS**  
**HELENA LEITÃO, PROCURADORA DA REPÚBLICA**

**GRAFISMO**  
**ANA CAÇAPO - CEJ**



**CENTRO**  
**DE ESTUDOS**  
**JUDICIÁRIOS**

---

A presente compilação reúne textos e apresentações de várias intervenções que tiveram lugar nos Seminários de Direito da Responsabilidade Civil realizados em parceria com a Revista de Direito da Responsabilidade nos anos de 2021 e 2022.

Subordinados respetivamente aos temas “Responsabilidade Civil – O Universo dos Ilícitos Criminais” e “Responsabilidade Civil Profissional”, procuraram-se novas abordagens a “velhos problemas”, mas também abrir os horizontes a novas temáticas.

O Centro de Estudos Judiciários e a Revista de Direito da Responsabilidade aproveitam a oportunidade para renovar os seus agradecimentos aos autores dos textos e apresentações aqui reunidos, sem cujo contributo este e-book não seria possível, bem como a todos os que participaram nos Seminários tornando mais viva e proveitosa a discussão.

CENTRO  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

**Nome:**

Seminário de Responsabilidade Civil em Revista 2021/2022

**Coleção:**

Formação Contínua

**Programas:**

[Seminário de Direito da Responsabilidade Civil \(parceria CEJ/ Revista de Direito da Responsabilidade\) – 7 e 8 de outubro de 2021](#)

[Seminário de Direito da Responsabilidade Civil - Responsabilidade Civil Profissional \(parceria CEJ/ Revista de Direito da Responsabilidade\) – 13 e 14 de outubro de 2022](#)

**Organização:**

Centro de Estudos Judiciários e Revista de Direito da Responsabilidade

**Intervenientes:**

Elsa Vaz Sequeira – Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa

Mafalda Miranda Barbosa – Professora Associada com Agregação da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

José António Henriques dos Santos Cabral – Juiz Conselheiro jubilado do Supremo Tribunal de Justiça

Maria da Graça Trigo – Juíza Conselheira do Supremo Tribunal de Justiça

Pedro Pimenta Mendes – Professor Assistente convidado da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

José Luís Lopes da Mota – Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça

Cristina Neves – Juíza Desembargadora no Tribunal da Relação de Coimbra

José Luís Dias Gonçalves – Coordenador no Departamento Jurídico da Comissão do Mercado de Valores Mobiliários

Rui Moreira – Juiz Desembargador no Tribunal da Relação do Porto

António Mendes Cabaço – Engenheiro Civil e Investigador Auxiliar no Laboratório Nacional de Engenharia Civil

**Revisão final:**

Pedro Raposo de Figueiredo – Juiz de Direito, Coordenador do Departamento da Formação do CEJ

## **Notas:**

Para a visualização correta dos e-books recomenda-se o seu descarregamento e a utilização de um programa leitor de PDF.

Foi respeitada a opção dos autores na utilização ou não do novo Acordo Ortográfico.

Os conteúdos e textos constantes desta obra, bem como as opiniões pessoais aqui expressas, são da exclusiva responsabilidade dos/as seus/suas Autores/as não vinculando nem necessariamente correspondendo à posição do Centro de Estudos Judiciários relativamente às temáticas abordadas.

A reprodução total ou parcial dos seus conteúdos e textos está autorizada sempre que seja devidamente citada a respetiva origem.

## **Forma de citação de um livro eletrónico (NP405-4):**

AUTOR(ES) – **Título** [Em linha]. a ed. Edição. Local de edição: Editor, ano de edição.  
[Consult. Data de consulta]. Disponível na internet: <URL:>. ISBN.

### **Exemplo:**

**Direito Bancário** [Em linha]. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2015.

[Consult. 12 mar. 2015].

Disponível na

internet: <URL: [http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/Direito\\_Bancario.pdf](http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/Direito_Bancario.pdf).

ISBN 978-972-9122-98-9.

Registo das revisões efetuadas ao e-book

Identificação da versão	Data de atualização
18/07/2023	

# SEMINÁRIO DE RESPONSABILIDADE CIVIL em revista – 2021/2022

Uma parceria do Centro de Estudos Judiciários e da Revista de Direito da  
Responsabilidade

## – Índice –

<b>Parte I – Responsabilidade Civil – O universo dos ilícitos criminais</b>	9
<b>1. Responsabilidade civil por lesão da honra e da vida privada</b>	11
Elsa Vaz Sequeira	
<b>2. Desinformação e responsabilidade civil</b>	33
Mafalda Miranda Barbosa	
<b>3. Liberdade de Expressão e Discurso de Ódio perante o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos</b>	71
José António Henriques dos Santos Cabral	
<b>4. Concorrência entre responsabilidade pelo risco e culpa do lesado no domínio dos acidentes de viação</b>	97
Maria da Graça Trigo	
<b>5. Acidentes de viação – problemas vários: do abuso de bebidas alcoólicas à falha do algoritmo</b>	105
Pedro Pimenta Mendes	
<b>6. A reparação oficiosa da vítima em processo penal</b>	141
José Luís Lopes da Mota	
<b>Parte II – Responsabilidade Civil Profissional</b>	157
<b>1. A Responsabilidade Civil do Agente de Execução</b>	159
Cristina Neves	
<b>2. Responsabilidade Civil dos Intermediários Financeiros</b>	185
Pedro Pimenta Mendes	

<b>3. A causalidade e prova da causalidade na responsabilidade civil do intermediário financeiro</b>	201
Mafalda Miranda Barbosa	
<b>4. A <i>leges artis</i> e intermediação financeira</b>	225
José Luís Dias Gonçalves	
<b>5. Notas soltas sobre responsabilidade no âmbito da empreitada de construção</b>	241
Rui Moreira	
<b>6. Uma panorâmica sobre o controlo público das obras particulares</b>	269
António Mendes Cabaço	



# ■ PARTE I

## RESPONSABILIDADE CIVIL - O UNIVERSO DOS ILÍCITOS CRIMINAIS



C E N T R O  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

# ■ PARTE I

## RESPONSABILIDADE CIVIL - O UNIVERSO DOS ILÍCITOS CRIMINAIS

### 1. RESPONSABILIDADE CIVIL POR LESÃO DA HONRA E DA VIDA PRIVADA

ELSA VAZ SEQUEIRA



CENTRO  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

## 1. RESPONSABILIDADE CIVIL POR LESÃO DA HONRA E DA VIDA PRIVADA

Elsa Vaz Sequeira\*

1. Colocação do problema
2. Solução dada pela jurisprudência
3. Enquadramento jurídico
4. Delimitação intrínseca da liberdade de expressão, do direito à honra e do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada
  - 4.1. Liberdade de expressão
  - 4.2. Direito à honra
  - 4.3. Direito à reserva sobre a intimidade da vida privada
5. Delimitação extrínseca da liberdade de expressão, do direito à honra e do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada
  - 5.1. Considerações prévias
  - 5.2. Delimitação recíproca do âmbito de garantia efetiva da liberdade de expressão e do direito à honra
  - 5.3. Delimitação recíproca do âmbito de garantia efetiva da liberdade de expressão e do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada

### 1. Colocação do problema<sup>1</sup>

I. Nos termos do artigo 483.º do Código Civil, todo aquele que ilicitamente provoque uma lesão a um bem juridicamente protegido é passível de responder civilmente pelos danos infligidos. Assim acontecerá com as lesões causadas a bens de personalidade, nomeadamente à honra e à reserva sobre a intimidade da vida privada. Isto mesmo é sublinhado pelo artigo 70.º do Código Civil, quando no seu n.º 2 refere a responsabilidade civil como um dos meios de tutela de semelhantes bens. De realçar ainda que a lei sentiu a necessidade de autonomizar, no artigo 484.º, a previsão da responsabilidade civil por factos ofensivos do crédito ou do bom nome.

Este preceito versa sobre um caso particular de responsabilidade aquiliana: a ofensa ao bom nome e crédito de outrem. O critério subjacente à sua autonomização em face do artigo 483.º é, por conseguinte, o do bem jurídico tutelado. Semelhante autonomização não significa nem a criação de uma modalidade de responsabilidade civil distinta da responsabilidade civil por facto ilícito, nem a ereção de um regime diverso daquele estabelecido nas normas imediatamente precedentes. Trata-se apenas de uma forma concreta de dar cumprimento ao dever de proteção dos direitos fundamentais a cargo do legislador. Mais precisamente, de conferir tutela civil ao direito ao bom nome e reputação, previsto no n.º 1 do artigo 26.º da Constituição. O artigo

\* Professora auxiliar da Universidade Católica Portuguesa, Faculdade de Direito – Escola de Lisboa, e coordenadora do *Católica Research Centre for the Future of Law*, orcid: 0000-0002-1242-455.

<sup>1</sup> O texto que agora se publica, respeitante à intervenção oral realizada no dia 7 de outubro de 2021, no Seminário de Direito da Responsabilidade Civil – Responsabilidade Civil: o Universo dos Ilícitos Criminais, no Centro de Estudos Judiciários, corresponde, com algumas modificações, ao artigo “Responsabilidade Civil e Liberdade de Expressão”, publicado na *Revista de Direito da Responsabilidade*, ano 3, janeiro de 2021, pp. 63-89 e na obra *Direito e Comunicação. IV Jornadas Luso-brasileiras de Responsabilidade Civil*, coordenação Mafalda Miranda Barbosa, Nelson Rosenvald e Francisco Muniz, São Paulo, 2021, pp. 57-78.

desempenha ainda outra função muito importante: a de proclamar de modo explícito a vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais aí previstos, afastando assim todas as dúvidas existentes em torno desta questão.

O artigo 484.º apenas tutela a dimensão social da honra, ou seja, a avaliação de respeito e deferência que os outros fazem de uma pessoa. A ação juridicamente relevante para a sua eventual aplicação consistirá na divulgação a um terceiro de um facto ofensivo do bom nome ou crédito de outrem. A emissão de juízos de valor potencialmente lesivos ou a ofensa da honra pessoal ou interior, isto é, da representação que cada pessoa tem de si própria, da sua autoestima, já cairão sob a alçada do artigo 483.º.

II. Como é sabido, só haverá responsabilidade civil pela ofensa à honra ou à vida privada doutrem se essa ofensa for ilícita. O que vale por dizer que haverá ofensas ilícitas – e, por isso, passíveis de gerar responsabilidade – e ofensas lícitas, insuscetíveis de semelhante desfecho. O critério de distinção destas duas categorias é a existência ou não de uma causa de justificação, ou seja, de uma circunstância que permita valorar o ato como lícito, por ser permitido ou até devido.

Neste contexto, a questão que se visa abordar no presente artigo, ainda que de forma resumida, é a de aferir até que ponto a liberdade de expressão constitui ou poderá constituir uma causa de justificação para os factos ofensivos da honra ou da privacidade e intimidade alheias. O mesmo é dizer que interessa averiguar se a exteriorização de uma opinião ou a divulgação de algum facto potencialmente lesivo dos bens referidos é permitida por consubstanciar o exercício de um direito. A resposta a esta pergunta passa necessariamente pela análise da relação existente entre a liberdade de expressão, por uma banda, e os direitos à honra e à reserva da intimidade da vida privada, por outra banda.

## 2. Solução dada pela jurisprudência

I. No passado, o Supremo Tribunal de Justiça (STJ) não só configurava a relação entre a liberdade de expressão e os direitos à honra ou à reserva sobre a vida privada como um exemplo paradigmático de colisão de direitos, como, no que especificamente respeita à dicotomia liberdade de expressão / honra, lançando mão do disposto no artigo 335.º do Código Civil, tendia a reconhecer primazia a este último em detrimento do primeiro.

Isto mesmo resulta, por exemplo, do Acórdão da Relação de Lisboa, de 5 de Abril de 2001<sup>2</sup>, ao considerar a situação *sub iudice* representativa de uma colisão entre o direito à honra e a liberdade de informação, reconhecendo prevalência a esta última. A Relação encetou a sua apreciação afirmando que resulta da Declaração Universal dos Direitos do Homem, da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH) e da Constituição que a liberdade de expressão e informação é limitada pelo direito à honra. Por isso, “não se pode invocar o direito de informar quando esteja em causa uma actividade que em concreto é intolerável, por violar o

<sup>2</sup> V. *CJ*, ano XXVI, tomo II, 2001, pp. 103 e ss.

conteúdo essencial de outro direito fundamental”. Diz o tribunal que, no caso, “ocorre um conflito em concreto entre o direito de personalidade na vertente da honra e reputação e a liberdade de informação através dos meios de comunicação social de massas, a resolver em termos de prevalência do primeiro em relação ao último”. Com efeito, “os factos concretos provados não permitem a conclusão de que as apeladas se limitaram a agir no exercício do direito de liberdade de expressão, no cumprimento do dever de informar, nos estritos limites constitucionais e com a diligência adequada”.

Em sentido semelhante se pronunciou o STJ, no seu Acórdão de 5 de Março de 1996<sup>3</sup>, ao declarar que o direito de informar e a liberdade de expressão são direitos fundamentais com limitações e restrições impostas pelas normas constitucionais e de direito internacional, com vista à salvaguarda do direito à honra, ao bom nome e reputação de outrem. O que vale por dizer que, em princípio, a liberdade de expressão e informação, pelas restrições e limites a que está sujeita, não pode atentar contra a honra de outra pessoa. Todavia, o STJ veio a entender que, no caso em apreço, havia um conflito entre as posições jurídicas envolvidas. A esta luz, considerou que “o direito de expressão e informação não foi exercido dentro dos limites acima assinalados, designadamente com respeito pela honra do autor e com a objectividade e a verdade que devem ser timbre do jornalista e que a lei exige”, julgando, por isso, “ilícita e culposa a conduta do terceiro réu relativamente a parte dos factos”. O coletivo acabou por decidir que “o direito à liberdade de expressão e informação tem de ser sacrificado face ao direito ao bom nome e reputação. Só assim não seria se existisse uma causa justificativa que excluísse a ilicitude da conduta do terceiro réu, configurada como o exercício do direito de expressão e informação”.

II. Mais recentemente, no entanto, notam-se algumas alterações no caminho percorrido pelo STJ tanto ao nível da qualificação do problema quer no tocante à sua resolução. O problema deixou de ser sempre qualificado como uma situação de colisão de direitos, solucionada pelo citado artigo 335.º do Código Civil, para passar a ser perspectivado ora como uma hipótese de delimitação intrínseca dos direitos envolvidos ora como um caso de limitação extrínseca ao âmbito de garantia efetiva de tais direitos. O que significa que o tribunal está a deixar de considerar estar perante uma questão de exercício dos direitos, admitindo ao invés que o seu cerne reside antes na própria configuração do conteúdo desses direitos. Apesar de algumas hesitações e indefinições, denota-se uma certa mudança de enfoque. A par disto, observa-se uma inversão de quase 180 graus no sentido das decisões relativas à dicotomia liberdade de expressão / honra. Em vez de se partir da ideia da supremacia deste último, parte-se do polo oposto. Ou seja, da primazia da liberdade de expressão. Na relação liberdade de expressão/reserva sobre a intimidade da vida privada, o tribunal não parece reconhecer uma primazia prévia a um dos bens em confronto.

Esta mudança acha-se claramente patente no Acórdão do STJ, de 7 de Fevereiro de 2008, ao dizer que “não se justifica que se pense, logo à partida, sobre se determinada peça jornalística ofende alguém. Deverá, antes, partir-se da liberdade de que gozam o ou os respectivos autores. Só depois, se deve indagar se se justifica – atentos os critérios referenciais do mesmo tribunal (TEDH), com inclusão duma margem de apreciação própria por parte dos órgãos internos de

<sup>3</sup> V. *CJ*, ano IV, tomo I, 1996, pp. 122 e ss., e *BMJ*, nº 455, pp. 420 e ss.

cada um dos Estados signatários da Convenção – a ingerência restritiva no campo dessa mesma liberdade e a consequente ida para as sanções legais”.

Em sentido idêntico, o Acórdão do STJ, de 30 junho de 2010, defende que o caminho do intérprete consiste, “não em partir da tutela do direito à honra e considerar os casos de eventuais ressalvas, mas em partir do direito à livre expressão e averiguar se têm lugar algumas das excepções deste n.º2 [do artigo 10.º da CEDH]”<sup>4</sup>.

Nesta linha, cumpre ainda dar nota do Acórdão do STJ, de 14 de fevereiro de 2012<sup>5</sup>, quando sustenta que, “em tese geral, deve reconhecer-se uma presunção de licitude às ofensas típicas que resultem de questões de interesse comunitário, tendo como limite da moldura da ponderação o princípio de que hão-de valorar-se como ilícitas as ofensas, exclusivamente, motivadas pelo propósito de caluniar, rebaixar e humilhar o ofendido”.

Talqualmente, o Acórdão do STJ, de 13 de julho de 2017<sup>6</sup>, e todas as considerações aí vertidas, em que expressamente se admite a necessidade de fazer uma reponderação sobre o modo como até então este tipo de questão estava a ser solucionada, por não se poder descurar o papel fundamental de pilar de um verdadeiro Estado democrático desempenhado pela liberdade de expressão. Sob este prisma, deverá ter-se como permitida a emissão de juízos de valor claramente depreciativos das reais capacidades de um político para o exercício da sua função, expressos de modo contundente, agressivo, mordaz e inclusivamente exagerado. Semelhante comportamento “não envolve violação de normas constitucionais, não implicando nomeadamente a desproporcional afectação do direito à honra e bom nome do visado”.

III. Na génese desta modificação descobre-se a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) respeitante justamente à relação entre liberdade de expressão e honra, mais precisamente as repetidas condenações do Estado português por incumprimento do disposto no artigo 10.º da CEDH. A alteração de ângulo patente nas decisões do STJ alicerça-se em considerações quer de ordem jurídica quer de índole puramente pragmática. Isto mesmo é confessado no referido Acórdão do STJ, de 13 de julho de 2017, ao afirmar que “este indispensável apelo à jurisprudência do TEDH é imposto, desde logo, no plano normativo, pelo valor reforçado que as normas da Convenção assumem no nosso sistema jurídico, caracterizado pela prevalência das normas internacionais vinculativas do Estado Português, sobre normas legais, sejam anteriores ou posteriores”, prosseguindo dizendo que só desta maneira se evitarão futuras condenações do Estado português. O que acarretaria um duplo esforço para este: o esforço financeiro de suportar as indemnizações derivadas dessas condenações e o esforço judicial de, desse modo, se abrir a porta a um possível processo de revisão da sentença portuguesa apreciada pelo TEDH.

<sup>4</sup> Proc. n.º 1272/04.7TBCL.G1.S1.

<sup>5</sup> Proc. n.º 5817/07.2TBOER.L1.S1.

<sup>6</sup> Proc. n.º 3017/11.6TBSTR.E1.S1.



IV. O estudo da jurisprudência da TEDH revela uma visão notoriamente ampla do âmbito de garantia efetiva da liberdade de expressão e uma paralela conceção restritiva do âmbito de garantia efetiva do direito à honra<sup>7</sup>. O que, aliás, de alguma forma é decalcado da própria forma como os direitos em apreciação se apresentam consagrados na CEDH: enquanto à liberdade de expressão é dedicado todo o artigo 10.º, o direito à honra não parece ter merecido igual tratamento, sendo aparentemente relegado para possível limite da liberdade de expressão, conforme se afigura resultar do n.º 2 do referido artigo 10.º.

Já em relação à reserva sobre a intimidade da vida privada, reconhecida no artigo 8.º da Convenção, o TEDH denota uma maior sensibilidade quanto às suas necessidades de proteção, não se descobrindo neste campo uma verdadeira pré-compreensão da questão. Dito de outro modo, nesta sede não se parte da ideia da primazia da liberdade de expressão, não se afigurando por isso legítimo afirmar que a liberdade de expressão goza *a priori* de um âmbito de garantia efetiva superior ao da reserva sobre a intimidade da vida privada. Apenas o balanceamento dos bens no caso concreto ditará a solução a dar à situação *sub iudice*. De frisar, contudo, que, quando o objeto da comunicação ou os efeitos destas incidem ou se repercutem na privacidade ou intimidade doutrem, o TEDH não raro convoca o artigo 8.º para tutela da honra<sup>8</sup>.

Na análise deste tipo de problema, o TEDH costuma lançar mão do chamado teste dos três passos: legalidade, legitimidade e necessidade. O que equivale a dizer: que cabe apurar até que ponto a restrição à liberdade de expressão é prescrita pela lei interna do país; que importa aferir da existência de um fundamento material para semelhante restrição; e, finalmente, que se deve procurar a medida menos restritiva<sup>9</sup>.

### 3. Enquadramento jurídico

I. O exposto até ao momento revela três coisas. Em primeiro lugar, que a resposta à questão ora em análise, ou seja, a de determinar se a liberdade de expressão será causa de justificação de todos os comportamentos potencialmente ofensivos da honra ou da reserva sobre a intimidade da vida privada, passa pela solução de um problema prévio: a identificação do tipo de relação existente entre a liberdade de expressão, por um lado, e a honra e a reserva sobre a intimidade da vida privada, por outro lado. Em segundo lugar, que o tratamento dado pela jurisprudência a este problema apresenta uma certa ambiguidade, patenteando alguma indefinição no tocante à distinção entre limites intrínsecos ao direito, limites extrínsecos ao direito e limitação ao seu

<sup>7</sup> Para uma análise da jurisprudência do TEDH sobre liberdade de expressão ou liberdade de imprensa v., respetivamente, ANTÓNIO HENRIQUES GASPAR, “Liberdade de Expressão: o Artigo 10.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Uma Leitura da Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, vol. I, BFDUC, Coimbra, 2009, pp. 687-715, FRANCISCO PEREIRA COUTINHO, “O Tribunal dos Direitos do Homem e a Liberdade de Imprensa: Os Casos Portugueses”, *Media, Direito e Democracia – I Curso Pós-graduado em Direito da Comunicação*, Coimbra, 2014, pp. 319-360.

<sup>8</sup> V. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Guide on Article 10 of the European Convention on Human Rights - Freedom of Expression*, pp. 27 e ss., [https://www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_Art\\_10\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_10_ENG.pdf).

<sup>9</sup> V. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Guide on Article 10...cit.*, pp. 19-24.

exercício<sup>10</sup>. A separação destas realidades nem sempre é feita ou não raro exhibe contornos pouco claros. Em terceiro e último lugar, no tocante à dicotomia liberdade de expressão/honra, que há uma tendência para reconhecer *a priori* primazia a um dos direitos envolvidos: numa primeira fase ao direito à honra; numa segunda à liberdade de expressão.

Julga-se descobrir a justificação para semelhantes dificuldades na natureza das normas que preveem as situações jurídicas ora em consideração. As dúvidas manifestadas resultam em larga medida do facto de os casos *sub iudice* serem apreciados sem se ter em conta a natureza principiológica das normas que estabelecem a liberdade de expressão, o direito à honra e o direito à reserva sobre a intimidade da vida privada.

II. Como é sabido, as normas, enquanto mandatos de dever-ser, podem apresentar-se quer sob a forma de regras quer sob a forma de princípios<sup>11</sup>.

Estar-se-á perante uma regra quando a norma, por conter determinações fáctica e juridicamente possíveis, exija que se faça sempre e exatamente o que nela se ordena<sup>12</sup>. Se por acaso uma dessas possibilidades falhar, então a regra em causa é inválida, não devendo, consequentemente, ser cumprida<sup>13</sup>. A lógica de uma regra é, portanto, a do “tudo ou nada”<sup>14</sup>. Esta espécie normativa representa, por isso, uma solução definitiva para uma determinada situação. Pelo que, se estiver em causa uma regra atributiva de um direito, esse direito é, desde logo, mal esteja preenchida a previsão normativa, uma posição jurídica definitiva<sup>15</sup>.

Os princípios, por seu turno, caracterizam-se por serem normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades fácticas e jurídicas existentes<sup>16</sup>. O mesmo é dizer que esta categoria normativa traduz um “mandato de optimização”, admitindo, por conseguinte, que as suas determinações sejam cumpridas de forma gradual<sup>17/18</sup>. A amplitude estrutural dos princípios explica que os limites dos direitos neles previstos “em certa medida são

<sup>10</sup> Esta indefinição encontra-se bem patente no Ac. do STJ de 4.3.2010 (677/09.IYFLSB).

<sup>11</sup> V. ROBERT ALEXY, *Teoria de los derechos fundamentales*, traduzido por Ernesto Garzón Valdés, Madrid, 1997, p. 83.

<sup>12</sup> V. ROBERT ALEXY, *Teoria de los derechos...cit.*, pp. 87 e 99.

<sup>13</sup> V. ROBERT ALEXY, *Teoria de los derechos...cit.*, p. 99.

<sup>14</sup> Esta expressão é de autoria de RONALD DWORKIN, *Taking rights seriously*, London, 1996, p. 24, embora ROBERT ALEXY, *Teoria de los derechos...cit.*, p. 99, a tenha adotado.

<sup>15</sup> V. ROBERT ALEXY, *Teoria de los derechos...cit.*, pp. 99, 102 e ss.

<sup>16</sup> V. ROBERT ALEXY, *Teoria de los derechos...cit.*, pp. 86 e 99.

<sup>17</sup> V. ROBERT ALEXY, *Teoria de los derechos...cit.*, p. 86.

<sup>18</sup> Dworkin apresenta uma construção semelhante à defendida por Alexy. Com efeito, aquele autor também procede à separação das regras dos princípios, entendendo que estes últimos são todas as normas que não sejam regras, caracterizando-se, de um modo geral, por não estabelecerem consequências legais que se apliquem automaticamente, mal estejam preenchidas as suas condições de aplicação. Porém, diferentemente de Alexy, Dworkin procede à distinção de dois tipos de princípios: o “policy” e o “principle”. O “policy” é o preceito que estabelece um objetivo a ser alcançado, geralmente um melhoramento no nível económico, político ou social da comunidade, enquanto o “principle” consiste no preceito que deve ser observado não por causa do seu objetivo, mas porque é um imperativo de justiça, de honestidade ou de outra dimensão de moralidade. V. RONALD DWORKIN, *Taking rights...cit.*, pp. 22 e ss.

«abertos», «móveis»<sup>19</sup>, surgindo assim como direitos potencialmente ilimitados. Isto significa que os princípios, ao não estabelecerem mandatos definitivos, contêm apenas direitos *prima facie* e não direitos definitivos<sup>20</sup>. Estes direitos *prima facie* só se convertem em direitos definitivos se as condições fácticas assim o permitirem e se as regras e princípios opostos não o inviabilizarem, ou seja, se for juridicamente viável<sup>21</sup>.

Ora é justamente isto que se passa com a liberdade de expressão e com os direitos à honra ou à reserva sobre a intimidade da vida privada. As normas que os preveem, respetivamente os artigos 37.º e 26.º da CRP, são consciente e deliberadamente abertas, tendo uma vocação de plenitude.

III. A natureza aberta dos princípios propicia o surgimento de colisões “entre si, porque a sua amplitude não está de antemão fixada”<sup>22/23</sup>. Por outras palavras, esta vocação de plenitude determina o aparecimento de conflitos de princípios, cuja resolução passa obrigatoriamente pela cedência de um dos princípios frente ao outro, de acordo com as circunstâncias concretas do caso. O que vale por afirmar que, não obstante a validade e eficácia dos princípios em confronto, naquela situação real, um dos princípios tem um maior peso relativamente ao outro, devendo, por isso, prevalecer. Todavia, basta verificar-se uma alteração das ditas circunstâncias para a prevalência poder ser decidida precisamente no sentido inverso<sup>24/25</sup>.

Cabe ao intérprete-aplicador do Direito determinar qual o princípio conflituante que no caso terá prevalência. O que obriga a um juízo de ponderação, por meio do qual se avalia, atendendo às circunstâncias da situação concreta, qual o princípio que, se não for realizado, é mais afetado e qual o princípio que, se for aplicado, é mais satisfeito, devendo optar-se por dar preferência àquele cujo grau de satisfação é maior, desde que a medida da afetação do outro não ultrapasse o nível de satisfação deste último. No fundo, “quanto maior é o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior tem que ser a importância da satisfação do outro”<sup>26</sup>. O peso dos princípios não é determinável de forma abstrata, absoluta e apriorística, mas unicamente por contraposição a outros e atendendo sempre às circunstâncias do caso *sub iudice*<sup>27</sup>.

<sup>19</sup> V. KARL LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*, traduzido por José Lamego, Lisboa, 1997, p. 575.

<sup>20</sup> V. ROBERT ALEXY, *Teoria de los derechos...cit.*, pp. 99 e 103.

<sup>21</sup> V. ROBERT ALEXY, *Teoria de los derechos...cit.*, pp. 86, 99 e 103.

<sup>22</sup> V. KARL LARENZ, *Metodologia...cit.*, p. 575.

<sup>23</sup> V. CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições Direito Penal, Parte Geral*, I, Lisboa, 1992, p. 528 e *Direito Penal Português, Parte Geral*, I, Lisboa, 1981, p. 160, KIERULFF, *Theorie des Gemeinen Civilrechts*, I, Altona, 1839, p. 240.

<sup>24</sup> V. ROBERT ALEXY, *Teoria de los derechos...cit.*, p. 89.

<sup>25</sup> Neste sentido, v. RONALD DWORKIN, *Taking rights...cit.*, p. 26.

<sup>26</sup> V. ROBERT ALEXY, *Teoria de los derechos...cit.*, p. 161.

<sup>27</sup> V. ROBERT ALEXY, *Teoria de los derechos...cit.*, pp. 157 e ss.

Isto significa que as possibilidades jurídicas de cumprimento de um princípio são limitadas pelos outros princípios<sup>28/29</sup>. Ou, dito de outro modo, que qualquer direito *prima facie* é restringido pela existência de outros direitos *prima facie*, de tal forma que o conteúdo do direito definitivo é igual ao do direito *prima facie* após a aplicação das restrições.

IV. É precisamente isto que acontece na contraposição entre a liberdade de expressão e os direitos à honra ou à reserva da intimidade da vida privada. Uma visão isolada dos artigos 37.º e 26.º da CRP faz surgir a convicção não só de que se pode exteriorizar tudo o que se pensa, sente ou julga saber, como, simultaneamente, que nada pode ser dito sobre a reserva da intimidade da vida privada ou que possa prejudicar a consideração de que uma pessoa é merecedora no seu meio. Uma visão integrada dos mesmos permite, contudo, perceber que as normas ali contidas se restringem mutuamente. Não obstante essas normas estabelecerem um âmbito de tutela muito amplo – tanto para a liberdade de expressão quanto para os direitos à honra ou a reserva da intimidade privada –, o âmbito de garantia efetiva é consideravelmente menor, sendo um produto da delimitação recíproca que se opera entre elas. Na verdade, a aplicabilidade de uma das normas convergentes limita a aplicabilidade da outra ou, por outras palavras, um direito *prima facie* limita o outro, por tal forma que este não abrange a conduta ou a situação em questão<sup>30</sup>.

V. Tudo somado, se tivermos em conta a natureza principiológica das normas que preveem a liberdade de expressão e os direitos à honra e à reserva da intimidade da vida privada, a identificação do tipo de relação existente entre estes torna-se clara: eles representam limites extrínsecos recíprocos dos direitos envolvidos.

Não se trata de um limite intrínseco, por não ser a própria norma atributiva do direito que o estabelece, nem ser uma decorrência do seu conteúdo ou objeto<sup>31</sup>.

Também não constitui uma limitação extrínseca ao exercício, por não configurar uma verdadeira situação de colisão de direitos. Esta pressupõe, desde logo, a existência de dois ou mais direitos, cujo exercício simultâneo e integral seja impossível. No caso presente, não existem efetivamente dois direitos, mas tão-só a aparência de dois direitos. Das duas uma: ou o autor da comunicação estava a exercer um direito quando exteriorizou a sua opinião ou divulgou algum facto, não havendo, por conseguinte, nenhuma ofensa aos direitos à honra ou à intimidade da vida privada, ou, pelo contrário, o referido autor da comunicação não podia ter proferido semelhante discurso, dada a delimitação, limitação ou restrição ao conteúdo da

<sup>28</sup> V. ROBERT ALEXY, *Teoría de los derechos...cit.*, p. 91.

<sup>29</sup> De a realização de um princípio depender da ponderação com os princípios opostos e das suas exigências, Alexy retira que a máxima da proporcionalidade em sentido estrito é inerente ao carácter de princípio, v. *Teoría de los derechos...cit.*, pp. 111 e ss., em especial p. 112.

<sup>30</sup> V. CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições...cit.*, p. 528, e *Direito...cit.*, p. 160.

<sup>31</sup> Esta parece ser a opinião de GONÇALO ALMEIDA RIBEIRO, “A Liberdade Pública: Natureza e Fundamentos da Liberdade de Expressão”, *Liberdade de Imprensa e de Expressão: Que Papéis, Que Efeitos, Que Fronteiras e Limites?*, Instituto Galvão Teles, 2017.

liberdade de expressão e de informação imposta pelas previsões normativas do direito à honra ou do direito à intimidade da vida privada<sup>32</sup>.

No fundo, a questão jurídica que se coloca não é a de saber como esses dois direitos se vão exercer e se o exercício de um deles deve subordinar-se ao do outro, mas sim quem é que é titular de um direito. O problema não respeita, portanto, ao exercício dos direitos fundamentais, mas à própria configuração destes. A existir aqui um conflito de direitos ele será simplesmente aparente ou de meros direitos *prima facie*<sup>33/34</sup>.

Uma abordagem integrada das referidas previsões normativas demonstra que, na realidade, apenas uma dessas previsões é efetivamente aplicável, não havendo, por isso, dois direitos em conflito<sup>35</sup>. Com efeito, a aplicabilidade de uma das normas convergentes limita a aplicabilidade da outra ou, por outras palavras, a existência de um direito subjetivo limita o conteúdo do outro, por tal forma que este não abrange a conduta ou a situação em questão<sup>36</sup>.

<sup>32</sup> V. EDILSON PEREIRA DE FARIAS, *Colisão de Direitos*, Porto Alegre, 1996, pp. 136-137. Tomás de Domingo defende a impossibilidade de um conflito entre a liberdade de informação e o direito à honra, pois, para que o titular deste último direito sofra um dano na sua honra, é necessário que se tenham transmitido factos falsos ou pertencentes à sua intimidade, o que, em qualquer dos casos, significa que a referida comunicação extravasa o âmbito juridicamente protegido pela liberdade de informação. Este autor chega mesmo a sustentar que o exercício da liberdade de informação, longe de infligir um dano em algum dos bens protegidos pelo direito à honra, contribui para salvaguardá-lo e potenciá-lo. V. TOMÁS DE DOMINGO, *Conflictos entre derechos fundamentales?* Madrid, 2001, pp. 257-258. Também Fernando Toller sustenta que os conflitos aparentes de direitos fundamentais consubstanciam hipóteses de contradição aparente de disposições constitucionais. V. FERNANDO TOLLER, *Propuestas para un nuevo modelo de interpretación en la resolución de conflictos entre derechos constitucionales*, in *Anuario de Derecho*, nº 4, Buenos Aires, 1998, p. 234, *apud* TOMÁS DE DOMINGO, *Conflictos...cit.*, p. 359.

<sup>33</sup> V. Ac. da Relação de Lisboa, de 5 de Abril de 2001, in *CJ*, ano XXVI, tomo II, pp. 103 e ss. Neste aresto, apesar de o confronto entre os direitos em apreço ser primeiramente perspectivado como uma questão de delimitação recíproca dos respetivos conteúdos, de modo algo inexplicável, o tribunal acaba por resolver o referido confronto através da aplicação do artigo 335º do Código Civil, tratando-o, portanto, como um problema de exercício dos direitos.

<sup>34</sup> Neste sentido v. TOMÁS DE DOMINGO, *Conflictos...cit.*, *passim*, em especial pp. 30-32, 72, 85, 257 e ss., 356 e ss. e 371 e ss. Parece igualmente ser a opinião de Casalta Nabais, embora este autor fale de colisões reais e colisões aparentes de direitos. Enquanto no primeiro caso há um autêntico conflito normativo, que gera uma restrição a um direito fundamental, no segundo, esse conflito normativo é meramente aparente. V. CASALTA NABAIS, *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*, Coimbra, 1998, pp. 25-27.

<sup>35</sup> Fritz sustenta que a derrogação da norma geral atributiva de um direito subjetivo pela respetiva norma especial, igualmente atributiva de outro direito subjetivo, não consubstancia uma situação de colisão de direitos. Em rigor, na presente hipótese, por ser afastada a aplicação da norma geral, não existem dois direitos, mas tão-somente um. Por isso, para este autor, o que está aqui em causa é um problema de interpretação de normas e não de exercício de direitos. V. FRITZ, *Erläuterungen Zusätze und Berechtigungen zu Wenig-Ingeheim Lehrbuch*, I, Freiburg, 1834, p. 59. Ferrini, por sua vez, denotando algum radicalismo, nega a existência de verdadeiras colisões de direitos, por, em seu entender, o ordenamento jurídico não tutelar simultaneamente o exercício de um interesse e o exercício de um interesse contrário. Apenas um dos interesses em confronto pode efetivamente ser reconhecido pelo Direito, cabendo, portanto, ao intérprete a sua identificação. Desta forma, o autor ora em apreço acaba por reconduzir a colisão de direitos a um problema de limitação recíproca das normas. V. FERRINI, *Manuale di Pandette*, Milano, 1953, pp. 44-45.

<sup>36</sup> V. CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições...cit.* p. 528, e *Direito...cit.*, p. 160.

VI. Em situações como as presentes, compete ao aplicador do direito identificar os limites intrínsecos ao direito, passando posteriormente à definição dos correspondentes limites extrínsecos ao direito. De forma mais detalhada, isto significa começar por reconhecer os limites que derivam da estrutura do próprio direito subjetivo ou da previsão da norma que o consagra, ou seja, aqueles que são dados pelo objeto do direito e pelo conjunto de poderes e deveres que integram o seu conteúdo<sup>37</sup>. Este tipo de limites traça o domínio de tutela do direito. O domínio de garantia efetiva, diversamente, será já produto dos limites extrínsecos ao direito, os quais, atendendo à necessária coexistência no ordenamento jurídico desse direito com outros direitos, comprimem-no do exterior, traduzindo, deste modo, a limitação recíproca do campo de incidência das diferentes normas que consagram direitos subjetivos, operada pela interpenetração das respetivas previsões normativas<sup>38</sup>. O que denuncia que o âmbito de cada direito se encontra delimitado pelo objeto e pelos poderes e deveres que fazem parte do conteúdo dos demais direitos subjetivos<sup>39</sup>.

#### 4. Delimitação intrínseca da liberdade de expressão, do direito à honra e do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada

##### 4.1. Liberdade de expressão

I. A liberdade de expressão em sentido amplo é perspetivada como um conceito-mãe ou super-conceito que alberga em si as demais liberdades comunicacionais<sup>40</sup>. Concretamente:

- a) a liberdade de expressão em sentido estrito, que reconhece a todas as pessoas o direito a exteriorizarem as suas opiniões, juízos de valor ou conhecimentos;
- b) a liberdade de informação, que comporta o direito a informar, o direito de se informar e o direito a ser informado;
- c) a liberdade de imprensa;
- d) os direitos dos jornalistas;
- e) a liberdade artística;
- f) e a liberdade de radiodifusão. Como certamente se compreenderá, estas categorias não aparecem como compartimentos estanques, sendo ao invés permeáveis entre si<sup>41</sup>.

<sup>37</sup> V. CAVALEIRO DE FERREIRA, “Do Exercício e da Tutela do Direito”, *Conferência Proferida na FDUL*, 1968, ed. Polic, p. 51), e *Direito...cit.*, pp. 302 e ss., PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil*, Coimbra, 1995, pp. 196 e ss., RITA AMARAL CABRAL, “O Direito à Intimidade da Vida Privada”, *Separata dos Estudos em Memória do Prof. Doutor Paulo Cunha*, Lisboa, 1988, p. 24, CAPELO DE SOUSA, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra, 1995, pp. 515 e ss., PAULO MOTA PINTO, “O Direito à Reserva sobre a Intimidade da Vida Privada”, *BFDUC*, LXIX, 1993, p. 560.

<sup>38</sup> V. CAVALEIRO DE FERREIRA, “Do Exercício”...cit., e *Direito...cit.*, pp. 302 e ss., RITA AMARAL CABRAL, “O Direito à Intimidade”...cit., p. 24, CAPELO DE SOUSA, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra, 1995, pp. 515 e 522 ss.

<sup>39</sup> V. RITA AMARAL CABRAL, “O Direito à Intimidade”...cit., p. 24, CAPELO DE SOUSA, *O Direito Geral...cit.*, pp. 522 ss., PAULO MOTA PINTO, “O Direito à Reserva”...cit., p. 560, PESSOA JORGE, *Ensaio... cit.*, pp. 95 e ss.

<sup>40</sup> V. JÓNATAS MACHADO, *Liberdade de Expressão – Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social*, BFDUC, Coimbra, 2002, pp. 370-371.

<sup>41</sup> V. JÓNATAS MACHADO, *Liberdade de Expressão...cit.*, pp. 372-373.

À liberdade de expressão em sentido amplo são dedicados os artigos 37.º e 38.º e, em alguma medida, o artigo 42.º da CRP.

Na sua dimensão subjetiva, que é a que aqui interessa, este direito faculta ao ser titular: o poder de expor publicamente ou em privado os seus pensamentos, convicções ou conhecimentos, o poder de se opor a interferências estaduais e de terceiros e ainda o poder de exigir proteção estadual perante agressões externas<sup>42</sup>. É um direito, por conseguinte, que pressupõe alteridade. Se a liberdade de opinião pode ser algo puramente interno, a liberdade de expressão manifesta-se na partilha dessa opinião com outrem.

II. A amplitude com que é descrita esta liberdade, a par com a proibição expressa de qualquer tipo de censura decorrente do n.º 2 do artigo 37.º, não equivale, no entanto, a aceitar que toda a espécie de comportamento comunicacional se acha abrangido pelo respetivo âmbito de tutela. Fora deste acha-se desde logo o incitamento ao ódio ou à prática de um ilícito, assim como o insulto gratuito e desproporcionado. O fim da ação ali, o excesso totalmente injustificado aqui apontam precisamente nesse sentido. Apesar de a liberdade de expressão não exigir a verdade dos factos expressos ou a correção lógica dos raciocínios<sup>43</sup>, não permite, contudo, o ato consciente de enganar outrem. Num exemplo extremo, um burlão não pode justificar a sua conduta, invocando para tal o exercício da liberdade de expressão. Finalmente, também se tem considerado fora do domínio de tutela da liberdade de expressão o “uso perlocutório da linguagem”, ou seja, quando “alguém fala, mas fala para provocar um efeito de ordem material” e não para exprimir uma opinião ou divulgar um facto, como sucede com o “uso locutório da linguagem”<sup>44</sup>.

Discute-se se este direito abrigará no seu íntimo a possibilidade de partilhar algo socialmente inútil. Não raro, a jurisprudência é tentada a decidir em sentido negativo. Não se afigura, contudo, que tal corresponda à realidade. Semelhante visão levaria à instituição de um regime de censura prévia, por meio da qual se avaliaria a referida utilidade social. Como se verá, este direito conhece restrições, mas estas fundam-se no impacto que a comunicação tem noutros bens ou direitos constitucionalmente protegidos e não no mérito intrínseco da própria comunicação<sup>45</sup>.

## 4.2. Direito à honra

I. O direito à honra encontra-se diretamente consagrado no n.º 1 artigo 26.º da Constituição, beneficiando ainda da tutela concedida pelo n.º 1 do artigo 70.º do Código Civil.

Como já se teve oportunidade de referir, tradicionalmente distingue-se entre *honra social*, ou seja, o respeito e deferência que os outros têm relativamente a uma pessoa, e *honra pessoal* ou *interior*, que mais não é do que a representação que cada um tem de si próprio, a sua

<sup>42</sup> V. JÓNATAS MACHADO, *Liberdade de Expressão...cit.*, pp. 579-580.

<sup>43</sup> V. JÓNATAS MACHADO, *Liberdade de Expressão...cit.*, pp. 417-420.

<sup>44</sup> V. GONÇALO ALMEIDA RIBEIRO, “A Liberdade Pública”...cit.

<sup>45</sup> V. JÓNATAS MACHADO, *Liberdade de Expressão...cit.*, p. 419.

autoestima. A honra social comunica-se necessariamente ao *bom nome* e *reputação* do respetivo titular.

II. A forma como o direito à honra se acha previsto no artigo 26.º da CRP induz (justificadamente) na crença de que este direito não conheceria qualquer delimitação, sugerindo deste modo a presença de um âmbito de tutela ilimitado. A jurisprudência, no entanto, veio chamar à atenção para algo extremamente importante na prática. Concretamente, que o âmbito de tutela do direito é em grande medida fixado pelo próprio titular. É ele que, com a sua conduta, desenha o perímetro da respetiva posição jurídica. Numa palavra, auto-conforma-a.

Sob este prisma, o âmbito de tutela do direito à honra de uma pessoa “comum” será, por natureza, tendencialmente mais amplo do que o âmbito de tutela do direito à honra de um político. Estes expõem-se voluntária e conscientemente ao escrutínio do público, aceitando de antemão os juízos negativos e as críticas, quer ao seu comportamento quer à sua pessoa, que o eleitorado, a comunicação social ou os demais membros da sociedade possam tecer<sup>46</sup>. Este raciocínio é, embora em menor medida, também aplicável a quem presta um serviço público. Não obstante neste caso não haver uma submissão voluntária ao escrutínio da sociedade, a natureza das funções desempenhadas implica a constante sujeição à avaliação da qualidade dos serviços prestados pelo público em geral<sup>47</sup>.

#### 4.3. Direito à reserva sobre a intimidade da vida privada

I. O direito à reserva sobre a intimidade privada é reconhecido expressamente pelo artigo 26.º da Constituição e pelo artigo 80.º do Código Civil. A intimidade privada é um bem complexo que compreende realidades tão díspares como: a origem e identidade da pessoa; o seu estado de saúde; a sua situação patrimonial; os seus escritos pessoais; as suas amizades e relacionamentos amorosos; as suas preferências estéticas e as suas opções políticas e religiosas.

Este direito confere ao corresponsivo titular a possibilidade de gozar a sua privacidade e intimidade sem intromissões alheias, atribuindo-lhe os poderes de se opor à investigação, à divulgação ou ao aproveitamento de factos relativos à sua vida privada. O que vale por dizer que ele proíbe o acesso, a difusão e a utilização não consentida em proveito próprio ou de terceiro de informações relativas à intimidade da vida privada de alguém, garantindo assim ao correspondente sujeito um espaço de solidão, recolhimento e quietude<sup>48</sup>. Sublinhe-se que esta

<sup>46</sup> V. Ac.s do STJ de 14.2.2012 (5817/07.2TBOER.L1.S1) e de 13.7.2017 (1405/07.1TCSNT.L1.S1).

<sup>47</sup> V. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Guide on Article 10...cit.*, pp. 42 e ss.

<sup>48</sup> V. CATARINA SANTOS BOTELHO, “Comentário ao Artigo 80.º”, *Comentário ao Código Civil – Parte Geral*, coord. Luis Carvalho Fernandes e José Brandão Proença, Lisboa, 2014, pp. 199-200. Sobre esta questão, v. ainda RITA AMARAL CABRAL, “O Direito à Intimidade”...cit., pp. 36-37, RICARDO LEITE PINTO, “Liberdade de Imprensa e Vida Privada”, *ROA*, ano 54, abril 1994, pp. 99 e ss, 108, PAULO MOTA PINTO, “O Direito à Reserva”...cit., pp. 506 e ss., “A Limitação Voluntária do Direito à Reserva sobre a Intimidade da Vida Privada”, *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues, II, Coimbra*, 2001, pp. 527 e ss., “A Proteção da Vida Privada e a Constituição”, *Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais – Estudos*, Coimbra, 2018, pp. 598 e ss., “A Proteção da Vida Privada na Jurisprudência do Tribunal Constitucional”, *Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais – Estudos*, Coimbra, 2018, pp. 652 e ss.



salvaguarda compreende a proibição de divulgação tanto de factos verdadeiros quanto de factos falsos<sup>49</sup>.

II. O n.º 2 do artigo 80.º reconhece a natureza flexível e aberta deste direito, ao declarar que “a extensão da reserva é definida conforme a natureza do caso e a condição das pessoas”. Em causa está a explicitação dos limites intrínsecos do direito decorrentes do objeto<sup>50</sup>. Resulta do preceito citado que o âmbito de tutela deste direito é de alguma maneira definido em função do indivíduo. A delimitação da extensão da vida privada de cada pessoa é feita em larga medida pela atuação do próprio sujeito. É ele que, através do seu comportamento, acaba por conformar o objeto do respetivo direito<sup>51</sup>. Importa, no entanto, não confundir a conduta do titular relevante para a conformação do objeto do seu direito à reserva sobre a intimidade privada com a autolimitação voluntária ao (exercício do) direito a que se refere o artigo 81.º. Ali está em causa a atitude habitual do sujeito, ao passo que aqui tem-se em mente uma declaração – expressa ou tácita – emitida pelo titular do direito e especificamente dirigida a limitar o (exercício desse) direito ou o aproveitamento do correspondente bem. Essa declaração serve justamente para arredar naquele caso concreto a tutela que o Direito lhe confere, permitindo algo que à partida não seria admitido. A relevância prática é fácil de compreender: apenas esta última realidade está submetida ao disposto no artigo 81.º. O que significa que a livre revogabilidade consagrada no seu n.º 2 se aplica tão-somente às limitações voluntárias ao (exercício do) direito ou ao aproveitamento do bem de personalidade, não sendo, por isso, possível lançar mão dessa figura para redesenhar o objeto do direito<sup>52</sup>.

III. Não raro, recorre-se à teoria das esferas para ajudar na determinação do âmbito de tutela deste direito. Segundo esta teoria, a vida de uma pessoa desenvolve-se em três esferas distintas: a esfera social ou pública, a esfera privada e a esfera íntima. A esfera social ou pública, como o próprio nome o denuncia, concerne à vida pública, agregando todos os factos passíveis de ser conhecidos por todos. A esfera privada, por seu turno, abarca certos aspetos das relações de amizade e hábitos de vida que só se compartilham com os mais próximos. A esfera íntima, por fim, núcleo essencial deste direito, incide sobre a vida interior da pessoa, algumas dimensões da sua vida doméstica, familiar e amorosa, assim como a sua vida sexual, estado de saúde e condição patrimonial. Desta faz parte aquilo que de mais secreto existe para o sujeito e que ele não partilha com outrem ou só partilha com pessoas muito chegadas.

Quando se adota esta teoria das esferas, conclui-se que o direito à reserva sobre a intimidade da vida privada abrange as esferas íntima e privada, não, porém, a esfera social ou pública. Cabe ao intérprete ou julgador precisar a natureza do caso, qualificando-o como próprio das esferas íntima e privada ou antes da esfera pública. Só naquelas hipóteses estaria compreendido pelo âmbito de tutela da norma. A qualificação da natureza do caso envolve um juízo em concreto. Cumpre frisar que a aferição do carácter público, privado ou íntimo não segue um critério espacial. O que quer dizer que o lugar onde ocorre o facto não determina a sua natureza pública ou reservada. Episódios da vida privada podem ocorrer em locais públicos, assim como episódios

<sup>49</sup> V. PAULO MOTA PINTO, “O Direito à Reserva”...cit., p. 537.

<sup>50</sup> V. RITA AMARAL CABRAL, “O Direito à Intimidade”...cit., p. 32.

<sup>51</sup> V. PAULO MOTA PINTO, “A Limitação Voluntária”...cit., p. 532.

<sup>52</sup> V. PAULO MOTA PINTO, “A Limitação Voluntária”...cit., p. 533.

relativos à vida pública podem dar-se em sítios privados. Não deixa, no entanto, de ser um indício a ter em consideração<sup>53</sup>.

A teoria das esferas é muito utilizada, não obstante as críticas que a envolvem. Nomeadamente, é acusada de formalismo e de criar ruturas naquilo que é contínuo, isto é, de estabelecer fronteiras artificiais em algo que é unitário. Sob este prisma, entre o segredo mais íntimo e aquilo que se propaga aos quatro ventos há um crescendo constante de intensidade não estratificável em três camadas<sup>54/55</sup>.

IV. A condição das pessoas tem em atenção a notoriedade, o cargo ou profissão da pessoa ou a postura que esta adota perante o público<sup>56</sup>. É ao abrigo deste tipo de considerações que se compreende a obrigação de os políticos apresentarem para controlo a sua situação patrimonial. De frisar que a nossa jurisprudência tem entendido, e bem, que o relato de factos *prima facie* cobertos pela reserva sobre a intimidade da vida privada só é juridicamente admissível quando esses factos se relacionam com a causa da notoriedade do sujeito visado<sup>57</sup>.

## 5. Delimitação extrínseca da liberdade de expressão, do direito à honra e do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada

### 5.1. Considerações prévias

Como se teve oportunidade de sublinhar, os princípios limitam-se reciprocamente, determinando que o âmbito de garantia efetiva de cada um seja menor do que o correspondente âmbito de tutela. Ou, por outras palavras, os direitos *prima facie* ali contemplados limitam-se reciprocamente, procedendo o direito definitivo dessa mesma delimitação.

Esta operação de delimitação recíproca do campo de aplicação dos princípios envolvidos é feita em concreto, tendo em conta as reais circunstâncias do caso, e mediante um juízo de proporcionalidade. O que obriga, por conseguinte, a proceder a uma ponderação de bens. Esta ponderação de bens é um método de desenvolvimento do direito, que “serve para solucionar colisões de normas – para as quais falta uma regra expressa na lei –, para delimitar umas das outras as esferas de aplicação das normas que se entrecruzam e, com isso, concretizar o direito cujo âmbito (...) ficou em aberto”<sup>58</sup>.

<sup>53</sup> V. PAULO MOTA PINTO, “O Direito à Reserva”...cit., p. 526, “A Proteção da Vida Privada e a Constituição”...cit., p. 609.

<sup>54</sup> V. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS e PEDRO LEITÃO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, 2019, pp. 70-71, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Direito de Personalidade*, Coimbra, 2006, p. 80, RICARDO LEITE PINTO, “Liberdade de Imprensa”...cit., pp. 104 e ss.. V. ainda PAULO MOTA PINTO, “A Proteção da Vida Privada e a Constituição”...cit., pp. 602 e ss.

<sup>55</sup> V. Ac. do STJ de 20.06.2012 (417/10.2TTVNF.P1.S1).

<sup>56</sup> V. Ac. do STJ de 20.06.2012 (417/10.2TTVNF.P1.S1).

<sup>57</sup> V. Ac. do STJ de 14.6.2005 (05A945). No mesmo sentido, RITA AMARAL CABRAL, “O Direito à Intimidade”...cit., p. 28.

<sup>58</sup> V. KARL LARENZ, *Metodologia*...cit., p. 587.

Constituindo a honra e a reserva sobre a intimidade da vida privada limites extrínsecos à liberdade de expressão, e vice-versa, aquilo que importa perceber é justamente como se opera o balanceamento entre esses bens.

## 5.2. Delimitação recíproca do âmbito de garantia efetiva da liberdade de expressão e do direito à honra

I. No que toca à delimitação recíproca do campo de aplicação da liberdade de expressão e do direito à honra, a postura inicial do STJ era, como se referiu, a de *a priori* reconhecer primazia a este último em face da primeira. Sob este prisma, “o valor da honra, enquanto *dignitas* humana, é mais importante que qualquer outro (valor do direito à projeção moral, ou seja, o direito à honra em sentido amplo) e transige menos facilmente que os demais em sede de ponderação de interesses”<sup>59</sup>. Mais recentemente, contudo, sob influência da jurisprudência constante do TEDH, a orientação parece ter-se invertido, tendendo-se atualmente a dar prevalência à liberdade de expressão<sup>60</sup>.

II. De um ponto de vista estritamente metodológico, pensa-se não ser de conferir de forma abstrata e apriorística primazia a nenhuma destas situações. A Constituição não fixou uma hierarquia entre elas<sup>61</sup>. Pelo contrário, do prisma constitucional, estes direitos fundamentais gozam exatamente do mesmo valor. Por outro lado, não se afigura metodologicamente adequado partir de uma proposta de solução previamente fixada, desconsiderando por completo as circunstâncias do facto concreto. De acordo com a natureza principiológica das normas que proclamam estes direitos, em certas situações a preferência caberá a um, noutras situações ao outro. Tudo vai depender da configuração do caso real.

Não se nega que o juízo de ponderação de bens pode sofrer mutações ao longo do tempo, mercê da evolução da sociedade e dos valores reinantes. A atual jurisprudência do STJ parece evidenciar isso mesmo. Ou seja, uma visão mais permissiva da liberdade de expressão e, simultaneamente, uma conceção mais restritiva do direito à honra. Nem se nega que, em termos puramente estatísticos, isto possa traduzir-se num maior número de decisões que reconhecem primazia à liberdade de expressão em detrimento do direito à honra. Nem se contesta, por fim, que esta nova perceção do âmbito de garantia efetiva das normas envolvidas representa uma evolução a salutar. A única coisa que se rejeita é o carácter abstrato e apriorístico da solução dada ao problema. Se se reparar, ainda que a jurisprudência recente do STJ possa apresentar-se como mais justa, e nesse sentido melhor, de um prisma puramente metodológico corre o risco de continuar a padecer do mesmo mal: aceitar que uma das figuras envolvidas goza logo à partida de prevalência relativamente à outra<sup>62</sup>.

<sup>59</sup> V. Ac. do STJ de 9.9.2010 (77/05.2TBARL.E1.S1).

<sup>60</sup> V. Ac. do STJ de 30.6.2011 (1272/04.7TBCL.G1.S1).

<sup>61</sup> Neste sentido, aliás, é de salientar o Ac. do STJ de 6.9.2016 (60/09.9TCFUN.L1.S1), quando declara que “a Constituição da República Portuguesa não estabelece qualquer hierarquia entre o direito ao bom nome e reputação, e o direito à liberdade de expressão e informação, nomeadamente através da imprensa. Quando em colisão, devem tais direitos considerar-se como princípios suscetíveis de ponderação ou balanceamento nos casos concretos, afastando-se qualquer ideia de *supra* ou *infravaloração* abstrata”.

<sup>62</sup> V. Ac. do Tribunal Constitucional n.º 292/08.

III. No tocante à delimitação recíproca do campo de aplicação das normas em confronto importa começar por salientar que o tratamento a dar à questão não será idêntico na hipótese de estar em causa uma imputação de factos ou na hipótese da emissão de um simples juízo de valor.

IV. Naquela, haverá liberdade de expressão desde que os factos relatados sejam “verdadeiros” e simultaneamente haja um interesse legítimo na sua divulgação. O que equivale a dizer que não haverá liberdade de expressão quando se verifica a falsidade do facto ou, sendo este verdadeiro, carece de interesse legítimo a sua disseminação. Cumpre, no entanto, fazer dois reparos.

O primeiro para esclarecer que em rigor não se exige a demonstração da verdade dos factos imputados ao lesado, sendo suficiente a prova da sua veracidade. Ou seja, de que o agente tinha fundamento sério para, em boa fé, os reputar verdadeiros (artigo 180.º, n.º 2, al. b), do CP). A boa fé de que se trata aqui é a boa fé subjetiva ética, materializada na ignorância sem culpa da falsidade do facto, mercê do cumprimento diligente, por parte do lesante, do dever de informação, decorrente das *legis artis* e das circunstâncias do caso, que sobre ele impedia relativamente ao rigor da imputação. É, aliás, de sublinhar que, no caso de estar em causa um jornalista, se deve ter em conta o tempo de que ele razoavelmente dispunha para averiguar da veracidade dos factos, não esquecendo, nesta análise, de que em muitas situações a concorrência existente entre as diversas empresas de comunicação social obriga a uma pronta atuação, sob pena de perda do chamado “furo jornalístico”. O que pode tornar inútil a notícia e, no limite, comprometer a viabilidade económica do próprio jornal<sup>63</sup>. O TEDH alude não raro à necessidade de se fazer prova da probabilidade de verdade dos factos, mas não desta em si mesma considerada<sup>64</sup>, instituindo-se assim um sistema de risco permitido de se falhar, divulgando algo falso<sup>65</sup>.

O segundo para sublinhar que a veracidade ou até mesmo a verdade do facto não são suficientes para excluir a ilicitude da ação, sendo ainda essencial que a divulgação desse facto tenha visado a prossecução de um interesse legítimo. O interesse legítimo não se confunde com o interesse público nem com o interesse do público, revelando-se antes como essencial apurar até que ponto a informação partilhada é necessária para a vivência social.

V. Nesta sede, importa não esquecer, por um lado, que o direito à honra não tutela pseudo-reputações ou falsos bons nomes e, por outro lado, que a confiança que a comunidade ou o indivíduo isoladamente considerado depositam noutrem assenta em larga medida nesse bom nome e nessa reputação<sup>66</sup>. Informações que possam pôr a nu a falta de alicerces para semelhante avaliação positiva podem ser suficientes para justificar a sua divulgação.

Cumpre, no entanto, salientar que a existência de justificação para a partilha não equivale a conferir uma permissão para a disseminação massificada dos dados em questão. Pelo contrário,

<sup>63</sup> V. Ac. do STJ de 17.9.2009 (832/06.6TVLSB.S1), EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Guide on Article 10...cit.*, p. 42.

<sup>64</sup> V. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Guide on Article 10...cit.*, p. 40.

<sup>65</sup> V. Ac. do STJ de 17.9.2009 (832/06.6TVLSB.S1).

<sup>66</sup> V. JÓNATAS MACHADO, “Liberdade de Expressão, Interesse Público”...cit., p.87.

dir-se-á antes que o âmbito de difusão permitido varia em função do número de possíveis interessados na referida informação, nomeadamente, por estarem numa relação de confiança com o visado, a qual pode ser voluntária ou fruto das circunstâncias presentes. Isto obriga a identificar previamente o público alvo da comunicação. A identidade do visado e o objeto da informação desempenham um papel crucial nesta tarefa. Poderá, porventura, haver justificação para que um amigo informe o outro do adultério do respetivo cônjuge, mas não para que esse dado seja partilhado com toda a sociedade. Se, diversamente, estiver em causa uma figura pública ou com responsabilidades públicas ou ainda com a comunidade em geral e os dados forem relativos à administração da justiça, ao cumprimento das obrigações fiscais, à criminalidade, à saúde pública, à proteção ambiental ou ao desporto, a solução à partida já será a da admissibilidade da sua partilha em larga escala<sup>67</sup>.

**VI.** O modo de obtenção da informação (ou imagem, se for esse o caso) deve igualmente ser tido em conta, sendo de apreciar, designadamente, o local da aquisição da informação, a crédito da fonte ou a lealdade da conduta que lhe subjaz.

**VII.** Como certamente se compreenderá, o juízo de admissibilidade da partilha de juízos de valor não abonatórios para uma pessoa não se acha sujeito a limites apertados. Pelo contrário, deverá admitir-se a possibilidade de cada um poder expressar aquilo que realmente pensa, ainda que assente em falsos pressupostos<sup>68</sup>. Neste caso, apenas se tem tido como passível de gerar responsabilidade civil a emissão de um juízo de valor depreciativo alicerçado em factos que o agente sabia serem falsos, desconfiava seriamente da sua falsidade ou não a podia ignorar, sob pena de negligência grosseira.

**VIII.** A liberdade de expressão abrange não apenas o conteúdo da comunicação, mas a respetiva forma<sup>69</sup>. Por isso, tanto numa hipótese quanto na outra, ou seja, a de partilha de factos ou de juízos de valor, a forma utilizada deve entrar na equação de ponderação. Com isto não se quer

---

<sup>67</sup> Interessante é a delimitação recíproca dos direitos à honra e a liberdade de imprensa levada a cabo por Hubmann. Em seu entender, o direito à honra limita a liberdade de expressão, arrendando do seu conteúdo os poderes de se referir em termos desonrosos a uma pessoa por mero sensacionalismo ou por pura diversão. Em contrapartida, o mesmo direito à honra é restringido pela dita liberdade de imprensa, desde que esta, ao afetar o bom nome de outrem, tenha por fim informar o público. A medida da restrição admissível varia proporcionalmente em função da qualidade e interesse da notícia e da diligência manifestada pelo jornalista. V. HUBMANN, *Das Persönlichkeitsrecht*, Köln - Graz, 1967, p. 166.

Também Larenz, tendo por base a jurisprudência alemã, defende que a delimitação recíproca do direito à honra e da liberdade de imprensa deve ter em conta: “de um lado a importância para a opinião pública do assunto em questão, a seriedade e a intensidade do interesse na informação; de outro lado, a espécie (esfera privada ou apenas esfera profissional) e a gravidade («modo deformado e injurioso da reportagem») do prejuízo causado ao bem da personalidade. Paralelamente, exige-se, juntamente com os princípios do meio mais idóneo e da proporcionalidade (...) uma relação adequada entre o meio escolhido, que ocasiona o prejuízo, e o fim pretendido, em si dado como bom. Mesmo quando o fim não é reprovável, o meio escolhido não deve exceder uma medida racional”. V. KARL LARENZ, *Metodologia...cit.*, p. 583. Sobre este tema v. ainda o interessante estudo de FIGUEIREDO DIAS, “Direito de Informação e Tutela da Honra no Direito Penal da Imprensa Português”, *RLJ*, ano 115, 1982-1983, pp. 100 e ss., XAVIER O`CALLAGHAN, *Libertad de expresión y sus limites: honor, intimidada e imagem*, Madrid, 1991, *passim*, em especial, pp. 8-9 e 27.

<sup>68</sup> V. Ac.s do STJ de 13.01.2005 (04B3924) e de 14.02.2012 (5817/07.2TBOER.L1.S1).

<sup>69</sup> V. Ac.s do STJ de 13.01.2005 (04B3924) e de 30.06.2011 (1272/04.7TBCL.G1.S1).

dizer que apenas serão aceitáveis afirmações assépticas e politicamente corretas, mas antes que não deverão ter-se por admitidas as comunicações desnecessária e conscientemente ofensivas<sup>70</sup>. Naturalmente que a malha será mais apertada relativamente à divulgação de factos do que à produção de um juízo de valor, que, pela sua própria índole, pode assumir carácter mordaz, irónico, satírico, contundente e inclusivamente desprimoroso. Por outro lado, estando a este nível a carga emocional certamente mais presente, não só o âmbito da permissão será mais amplo, como, não sendo esse o caso, mais facilmente se considera a existência de uma situação de inexigibilidade, arrendando-se desse modo um possível juízo de culpa. O que significa que essa carga emocional, se num primeiro momento vai ter reflexos no desenho do perímetro da causa de justificação, num segundo momento, quando o facto em questão extravasa esse perímetro, poderá desempenhar o papel de causa de exculpação ou, no limite, de simples causa de atenuação da culpa.

### **5.3. Delimitação recíproca do âmbito de garantia efetiva da liberdade de expressão e do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada**

I. Ao contrário do que acontece noutros domínios, a lei não estabeleceu uma proposta de solução prévia para o problema ora em apreço. Como a liberdade de expressão, à partida, permite exteriorizar tudo que não constitua um discurso de ódio, o incitamento à prática de um ilícito, um insulto desproporcionado e gratuito ou enganar conscientemente outra pessoa, uma avaliação da questão sob este prisma conduziria inevitavelmente à crença de que se podia relatar a outrem dados da vida privada alheia. O exame dessa questão à luz da reserva sobre a intimidade da vida privada permite, contudo, compreender que tal não será o caso.

II. Na delimitação recíproca do campo de aplicação das normas envolvidas, importa ter em consideração, por uma banda, a área da intimidade eventualmente afetada e a intensidade dessa afetação e, por outra banda, a presença e a relevância de um interesse legítimo na divulgação da informação em causa<sup>71/72</sup>. No fundo, uma análise de custo / benefício.

III. Quanto mais íntimo for o facto a relatar, maior ou mais premente terá de ser o interesse legítimo a tutelar. Em termos práticos mais facilmente se aceitará uma limitação da esfera privada de uma pessoa do que da sua esfera íntima. A dimensão da afetação revela especial importância neste juízo de ponderação. Como certamente se compreenderá, não será o mesmo divulgar algo que só muito ao de leve toca na privacidade ou intimidade de alguém ou, pelo contrário, partilhar uma informação que exponha por completo ou em grande parte essa privacidade ou intimidade. Como esclarece o TEDH, antes da divulgação dos factos, compete ao jornalista estimar o impacto que a sua disseminação terá na vida do visado, devendo para o efeito ter em conta o grau de disseminação esperado.

<sup>70</sup> V. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Guide on Article 10...cit.*, pp. 36-37.

<sup>71</sup> V. Ac. do STJ de 13.1.2011 (153/06.4TVLSB.L1.S1), Ac. da RL de 30.6.2011 (1755/08.0TVLSB.L1-1), Ac. da RL de 29.4.2008 (2576/2008-1).

<sup>72</sup> V. CAPELO DE SOUSA, *O Direito Geral...cit.*, p. 326.

Neste âmbito, importa distinguir consoante a comunicação seja realizada via internet ou num formato não digital. A capacidade “ilimitada” de armazenamento da internet, a par da permanente disponibilidade dos seus conteúdos, eleva de forma exponencial o grau de disseminação, ampliando por essa via a extensão do impacto. Ainda nesta sede, é de mencionar que o TEDH considera que a intensidade da lesão à partida será maior se a comunicação for realizada num meio audiovisual do que se for veiculada apenas na imprensa escrita<sup>73</sup>.

Nesta avaliação não releva em regra a verdade ou veracidade da informação partilhada. Basta que o conteúdo da comunicação entre em áreas vedadas, para automaticamente se concluir pelo seu carácter proibido, sem ser necessário averiguar da sua correção. A verdade ou veracidade dos dados apenas será relevante nas hipóteses em que a sua partilha seja juridicamente admissível<sup>74</sup>.

**IV.** Só será possível impor semelhante sacrifício à reserva sobre a intimidade da vida privada, se um interesse legítimo assim o ditar. Haverá interesse legítimo na difusão de uma informação relativa à privacidade ou intimidade de alguém, quando o conhecimento desse facto seja necessário para a formação da opinião pública ou pessoal sobre aspetos relevantes para a vida em sociedade ou para o juízo de valor sobre determinada pessoa, quando essa avaliação se justifique<sup>75</sup>. Quanto mais íntimo for o carácter da informação, quanto mais intensa for a área de intimidade ou privacidade afetada, tanto maior e mais digno terá de ser o interesse prosseguido.

Poderá haver interesse legítimo em divulgar factos da esfera íntima, como por exemplo que alguém é portador de uma doença contagiosa, da mesma forma que poderá ser permitida a denúncia de um comportamento socialmente reprovável, suscetível de afetar o exercício de um cargo público, ou de um crime cometido em privado<sup>76</sup>. De acordo com o TEDH, pode haver interesse legítimo na partilha de informações, ainda que impliquem alguma devassa da privacidade ou intimidade de alguém, relativas a questões de saúde pública, administração da justiça, cumprimento das obrigações fiscais, criminalidade, proteção ambiental ou desporto<sup>77</sup>. “No caso das figuras públicas, esse interesse legítimo pode verificar-se quando condutas que integram *prima facie* a esfera íntima têm repercussões na actividade e nas instituições públicas, quando são relevantes para a avaliação pública do seu carácter pessoal, da sua capacidade para o exercício de cargos públicos ou do seu valor pessoal enquanto figura pública, ou ainda quando contribuem para um juízo mais completo e justo dos protagonistas do processo político”<sup>78</sup>.

<sup>73</sup> V. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Guide on Article 10...cit.*, pp. 33-34, FRANCISCO PEREIRA COUTINHO, “O Tribunal”...cit., p. 322.

<sup>74</sup> Jónatas Machado é da opinião de que a *exceptio veritatis* deve ser admitida “quando a divulgação dos factos é do interesse geral”. V. JÓNATAS MACHADO, *Liberdade de Expressão...cit.*, p. 814.

<sup>75</sup> V. JÓNATAS MACHADO, “Liberdade de Expressão, Interesse Público e Figuras Públicas e Equiparadas”, *BFDUC*, vol. LXXXV, Coimbra, 2009, p. 74, considera haver interesse legítimo quando a informação em causa é relevante para a autodeterminação da comunidade.

<sup>76</sup> V. JÓNATAS MACHADO, *Liberdade de Expressão...cit.*, pp. 799 e ss.

<sup>77</sup> V. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Guide on Article 10...cit.*, p. 30.

<sup>78</sup> V. JÓNATAS MACHADO, *Liberdade de Expressão...cit.*, pp. 813 e ss.

V. O modo de obtenção da informação (ou imagem, se for esse o caso) também deve sopesar neste balanceamento, sendo de ponderar, nomeadamente, o local da obtenção da informação, a credibilidade da fonte ou a lealdade da conduta por detrás<sup>79</sup>.

---

<sup>79</sup> V. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Guide on Article 10...cit.*, pp. 32-33.



# ■ PARTE I

**RESPONSABILIDADE CIVIL -  
O UNIVERSO DOS ILÍCITOS  
CRIMINAIS**

**2. DESINFORMAÇÃO E  
RESPONSABILIDADE CIVIL**

**MAFALDA MIRANDA BARBOSA**



CENTRO  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

## 2. DESINFORMAÇÃO E RESPONSABILIDADE CIVIL<sup>1</sup>

Mafalda Miranda Barbosa\*

1. Formulação do problema
2. A liberdade de expressão
3. Direito à honra
4. A relevância jurídica da falsidade
5. Desinformação: as notícias falsas
  - 5.1. A ambivalência do conceito de *fake news*
  - 5.2. O problema das *fake news* do ponto de vista do direito privado
  - 5.3. O problema da responsabilidade das plataformas digitais

### 1. Formulação do problema

*Quid est veritas?* A questão formulada por Pilatos a Jesus Cristo encerra uma das questões mais estudadas da história da filosofia. Encarada sob diversos prismas, a verdade remete-nos quer para um domínio metafísico, a que a pergunta bíblica alude, quer para um domínio lógico, quer para um domínio gnoseológico e epistemológico, e pode assumir diversas significações. Enquanto forma de correspondência entre o que existe na realidade e o que se processa na mente, segundo a perspectiva aristotélico-tomista, a verdade concita ainda problemas vários, que passam, entre outros, pela definição dos critérios que oferecem aquela ligação entre o ser e o pensar. Longe da busca do Absoluto, indaga-se, afinal, como saber se a correspondência almejada existe realmente. E as respostas que se encontram são também elas díspares, consoante se abrace o método científico da comprovação ou da falsificação, uma perspectiva idealista ou empirista, que, em última instância, nos remete para uma ideia de consenso intersubjetivo ou comunitário.

Num tempo de relativismo, em que a afirmação da Verdade é amiúde questionada, o problema da verdade parece ganhar uma preponderância crescente, na sua ligação com o direito à liberdade de expressão, e assumir, assim, relevo jurídico.

Em causa está a proliferação de *fake news* (notícias falsas) e, em resposta, o controlo das publicações efetuadas nas redes sociais pelos chamados *fact checkers* (verificadores de factos).

Num debate sempre incandescente, contrapõem-se, em polos quase inconciliáveis, duas posições radicais: de um lado, situam-se aqueles que entendem que a liberdade de expressão deve ser compreendida de forma ilimitada, não permitindo qualquer controlo sobre o que se diz e a forma como se diz; de outro lado, localizam-se os que entendem que o fenómeno deve ser

---

\* Universidade de Coimbra, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra/University of Coimbra Institute for Legal Research, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Orcid: 0000-0003-0578-4249. Professora Associada com Agregação.

<sup>1</sup> O texto que agora se publica corresponde, com alguns aditamentos, à conferência proferida no Centro de Estudos Judiciários, no dia 7 de outubro de 2021, no âmbito do *Seminário de Responsabilidade Civil: Responsabilidade civil e o universo dos ilícitos criminais*, organizado conjuntamente com a Revista de Direito da Responsabilidade

radicalmente expurgado do mundo digital através da imposição de uma visão monolítica dos problemas.

A radicalidade dos extremos mostra-se, contudo, incapaz de nos oferecer uma resposta que se mostre consonante com o sentido e a intencionalidade predicativa da juridicidade. Nessa medida, procuraremos, nas páginas que se seguem, refletir sobre o problema. Para tanto, haverá que indagar qual o sentido e o conteúdo do direito à liberdade de expressão, definindo os seus contornos na relação conflitual que possa apresentar com outros direitos, como o direito à honra e à privacidade. Seguidamente, depois de chegarmos à conclusão de que a liberdade de expressão conhece necessariamente limites, olharemos para o fenómeno das *fake news* ou *notícias falsas*: como defini-las? Quais os problemas juridicamente relevantes que suscitam? Confrontamo-nos, aí, com uma miríade de questões. Na verdade, uma notícia falsa pode assumir-se ou não como desonrosa; pode ou não atentar contra o direito à identidade pessoal; pode ou não ser lesiva de outras dimensões da personalidade, colocando-se problemas quer no que respeita à densificação do conteúdo do direito geral de personalidade, quer no que tange à possível imputação de determinado resultado lesivo ao comportamento divulgador de uma falsidade.

No fundo, aquilo que se questiona é como, a partir da disseminação de informações falsas, é possível construir uma hipótese de responsabilidade civil.

## 2. A liberdade de expressão

O direito à liberdade de expressão surge, no contexto atual, valorado como pilar de construção de uma sociedade aberta e global. Nem por isso, contudo, o grau de problematicidade que o envolve diminui.

A primeira dualidade com que se confronta o jurista que mergulha nestes meandros prende-se com a dimensão publicista e privatística da categoria. Na verdade, se a maioria das vezes é sublinhada a sua ligação aos pilares de sustentação de um Estado de Direito democrático, não menos é verdade que a liberdade de expressão, enquanto direito, é abordada no quadro civilístico, no qual encontra assento positivo no artigo 70º CC. Não se pense, contudo, que a dualidade a que fazemos referência opera em termos disjuntivos. Pelo contrário, a nota caracterizadora desta dualidade reside na complementaridade (e, portanto, na falta de oposição) entre ambas as dimensões. De outro modo, aliás, não poderia ser, dado que os direitos, liberdades e garantias operam no quadro das relações entre privados<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> Filipe Albuquerque MATOS, *Responsabilidade civil por ofensa ao crédito ou ao bom nome*, Almedina, Coimbra, 2011, 22 s., vincando esta ideia. Veja-se, em especial, p. 24, onde o autor refere a posição daqueles que vincam que a liberdade de expressão é mais ampla no domínio privado do que no domínio constitucional. Cf., igualmente, p. 29, onde o autor apresenta as faculdades inerentes à liberdade de expressão: poder de informar, poder de informar-se e poder de ser informado.

No mesmo sentido, cf. Jónatas MACHADO, *A liberdade de expressão. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, 256

A complementaridade é também denotada no tocante a uma vertente negativa e positiva da categoria: a primeira diria respeito ao direito a não sofrer impedimentos, nem discriminações; a segunda ao direito de expressão propriamente dito e de utilização dos meios adequados próprios do tempo presente<sup>3</sup>. A cada uma delas reconduzem-se inúmeros direitos. A este propósito, Filipe Albuquerque Matos fala de uma panóplia ilimitada de poderes que integram o âmbito da dimensão positiva da liberdade de expressão<sup>4</sup>. O caráter caleidoscópico com que assim nos confrontamos leva, inclusivamente, o jurista a indagar se estaremos diante de um verdadeiro direito subjetivo. A alternativa discursiva apresentada pelo autor é encará-lo como *Rahmenrecht* (direito quadro), que decorreria exatamente dessa natureza poliédrica que aparenta<sup>5</sup>. Na verdade, segundo argumenta, a liberdade de expressão tem um caráter difuso e indeterminado, o que constituiria um obstáculo ao seu enquadramento na figura dos direitos subjetivos. Nas palavras do autor, o *quid* que é o seu objeto é *indeterminado e genérico*. Não obstante, porque configura uma concreta situação de poder, deve ser encarado como um direito quadro, uma fonte de inúmeros poderes e faculdades jurídicas<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> Jorge MIRANDA/Rui de MEDEIROS, *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. I, 4ª edição, Coimbra, 2007, 428, referindo-se a ambas as vertentes. Veja-se, ainda, J.J. Gomes CANOTILHO/Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, I, 4ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, 573, falando de um sentido negativo (que incluiria o direito a não ser impedido de se exprimir e, portanto, a liberdade de criação cultural, a liberdade de consciência e de culto, a liberdade de aprender e ensinar, a liberdade de manifestação e de reunião) e de um sentido positivo (enquanto direito ao acesso aos meios de expressão, onde se incluiria o direito de resposta, o direito de antena dos partidos e organizações sindicais, o direito das igrejas a meios de comunicação próprios).

Jorge Miranda e Rui de Medeiros consideram que o direito de resposta e de retificação, os direitos de antena e de réplica política e a liberdade de propaganda eleitoral são direitos especiais de expressão. Do mesmo modo, a liberdade de imprensa também se analisa enquanto um direito especial de expressão. Entre os direitos de garantia contam-se o direito à palavra, o direito à inviolabilidade de correspondência e de outros meios de comunicação, a irresponsabilidade civil, criminal e disciplinar dos deputados pelos votos e opiniões que emitam no exercício das suas funções. São também, para os autores, direitos especiais e positivos o direito à informação jurídica, o direito de acesso dos cidadãos aos dados informatizados que lhes digam respeito; o direito de serem esclarecidos objetivamente e de serem informados acerca da gestão dos assuntos públicos; o direito de os petionários serem informados sobre o resultado da apreciação das suas petições, o direito das comissões de trabalhadores nas empresas de receberem todas as informações necessárias ao exercício da sua atividade, o direito de informação dos consumidores.

Filipe Albuquerque MATOS, *Responsabilidade civil por ofensa ao crédito ou ao bom nome*, nota 41 e Nuno SOUSA, *Liberdade de imprensa*, Coimbra, 1984, 141 consideram, por seu turno, que a liberdade de expressão também integra o direito a exprimir-se ou não.

Note-se, porém, que Filipe Albuquerque Matos vinca a relação de especialidade que se estabelece entre a liberdade de expressão e a liberdade de imprensa. Cf. Filipe Albuquerque MATOS, *Responsabilidade civil por ofensa ao crédito ou ao bom nome*, 62. Os dois direitos distinguem-se entre si em função das suas especificidades. Neste contexto, a liberdade de expressão apresenta um papel matricial ou fundamentante em relação à liberdade de imprensa, denotando-se entre ambos uma relação de especialidade.

Considerando que a liberdade de imprensa não pode ser vista como um caso especial de liberdade de expressão, cf. Jónatas MACHADO, *A liberdade de expressão*, 504

<sup>4</sup> Filipe Albuquerque MATOS, *Responsabilidade civil por ofensa ao crédito ou ao bom nome*, 37

<sup>5</sup> Filipe Albuquerque MATOS, *Responsabilidade civil por ofensa ao crédito ou ao bom nome*, 71 e ss.

<sup>6</sup> Filipe Albuquerque MATOS, *Responsabilidade civil por ofensa ao crédito ou ao bom nome*, 94. Para o autor, estão aqui em causa, diversas faculdades jurídicas primárias. Para Albuquerque Matos, a liberdade de expressão artística existe mesmo que o seu titular nunca venha a realizar qualquer criação desta natureza. Portanto, para ele, a liberdade de expressão surge como um poder de poder. Vários são os direitos subjetivos filiados naquele valor fundamental: direito de livre divulgação de informações; direito

Estamos em crer que esta interessante proposta dogmática resulta menos da impossibilidade de recondução da figura ao núcleo categorial do direito subjetivo do que da dinâmica comunicativa que se estabelece entre todos os bens da personalidade humana, a que a liberdade de expressão diz respeito<sup>7</sup>. Por isso, independentemente da solução conceptual a que se adira a este nível, o que importa, sobretudo, é perceber em que medida ela é compaginável com uma visão não absolutista da liberdade de expressão. Ora, quanto ao ponto, Albuquerque Matos diz expressamente que, mesmo que se conclua não estarmos diante de um direito subjetivo, mas de um *Rahmenrecht*, não se exclui a possibilidade de sindicância através do abuso do direito, nem tal implica uma ausência de limites que nos faria confundir a liberdade com arbítrio<sup>8</sup>.

A mera referência autoral não nos parece, contudo, suficiente para sustentar a possibilidade de limitação da liberdade de expressão, menos para encontrar os critérios dessa restrição que se intui necessária. Importa, por isso, mobilizar outro tipo de argumentos. Mas antes, urge saber como se concebe a dinâmica da liberdade de expressão no confronto conflitual com outras posições subjetivas.

Como facilmente se percebe, o direito à liberdade de expressão pode colidir com outros direitos. Neste quadro, a perspectiva tradicional de abordagem do problema é assumidamente conflitual. Não obstante, a penetração do direito europeu no seio do ordenamento jurídico interno português faz com que alguns autores detetem dois modelos ou paradigmas de tratamento da questão<sup>9</sup>.

Assim, segundo Maria João Matos, o modelo clássico nacional de decisão assentava na aplicação do artigo 18º/2 CRP e do artigo 335º CC. No fundo, havendo dois direitos que entram em conflito, uma vez apurado o sentido não aparente, mas real da colisão, lança-se mão dos critérios predispostos quer pelo ordenamento jurídico-constitucional (consideração do âmbito material da norma, de modo a determinar se o agente ultrapassa ou não o fim dela com a sua atuação concreta; ponderação de outros bens jurídicos; concordância prática entre eles e aplicação de uma ideia de proporcionalidade); quer pelo ordenamento jurídico civilístico. Nos termos do artigo 335º CC, sendo os direitos iguais, o critério é o da conciliação; apresentando

---

de livre investigação científica e histórica; direito de crítica política; direito de associação; direito de reunião; direito de fundar meios de comunicação social; direito de filiação partidária; direito de retificação; direito de resposta; direito de impressão.

Estas manifestações da liberdade religiosa já seriam verdadeiros direitos subjetivos (cf. p. 96).

<sup>7</sup> Pense-se, por exemplo, que Albuquerque Matos considera que o direito à liberdade religiosa, tal como os direitos à liberdade de pensamento, de reunião e de exercício artístico, integram o conteúdo de outro direito-quadro, o direito à identidade pessoal. Cf. Filipe Albuquerque MATOS, *Responsabilidade civil por ofensa ao crédito ou ao bom nome*, 193.

Acerca do caráter complexo e unitário da personalidade humana, enquanto objeto de um direito geral de personalidade, cf. Capelo de SOUSA, *O direito geral de personalidade*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011.

<sup>8</sup> Filipe Albuquerque MATOS, *Responsabilidade civil por ofensa ao crédito ou ao bom nome*, 37/8.

<sup>9</sup> Maria João MATOS, "Liberdade de expressão/imprensa (Artigo 10º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem): divergência face ao paradigma de julgamento nacional?", *Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: casos nacionais*, 2013,

<[http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Jurisprudencia/Jurisprudencia\\_Tribunal\\_Europeu\\_Direitos\\_Homem.pdf](http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Jurisprudencia/Jurisprudencia_Tribunal_Europeu_Direitos_Homem.pdf)>, 104 s.

os direitos natureza diversa, o critério é o da prevalência<sup>10</sup>. Esta superioridade deve ser avaliada em concreto<sup>11</sup>. Haverá, então, que ter em conta, no tocante a um eventual conflito entre a liberdade de expressão e o direito à honra, a relevância social da informação, a veracidade dela<sup>12</sup>, a adequação em relação ao propósito de informar. Designadamente, haverá que ponderar a função pública da informação e se foi ou não usado o meio concretamente menos danoso para atingir o fim visado. No fundo, conclui a autora que, neste modelo, dá-se prevalência à honra, que só é restringida em nome do interesse público.

Em contraposição, segundo Maria João Matos, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem dá prevalência, no seu modelo de decisão, à liberdade de expressão. As únicas restrições<sup>13</sup> são as que estão contidas na enumeração taxativa do artigo 10º/2 da CEDH. Estas restrições, porque excepcionais, devem ser interpretadas de forma restritiva, pelo que qualquer ingerência do Estado na liberdade de expressão deve corresponder a uma necessidade social imperiosa e deve ser proporcional ao objetivo legítimo prosseguido<sup>14</sup>.

Albuquerque Matos, na sua análise focada no direito civil, apresenta três tipos de limitações aos direitos subjetivos filiados na liberdade de expressão: limitações decorrentes da necessidade de tutela de outros bens jurídicos (que fazem emergir verdadeiros conflitos de direitos); limitações no plano organizacional (ou seja, limitações que os poderes públicos estabelecem ao regularem um conjunto de elementos considerados relevantes para a efetivação do direito, tratando-se, portanto, mais e verdadeiros condicionamentos, do que se reais restrições); limitações impostas por via contratual (de que são exemplo as cláusulas de exclusividade impostas a um artista, v.g.)<sup>15</sup>.

Se as limitações que nos importam, no quadro da análise que encetámos, são as decorrentes da necessidade de tutela de outros bens jurídicos, a análise jurisprudencial aponta para o sentido

<sup>10</sup> Maria João MATOS, “Liberdade de expressão/imprensa”.

<sup>11</sup> Apesar de aqui estamos a acompanhar a exposição de Maria João Matos, cf., no mesmo sentido, Capelo de SOUSA, *Teoria Geral do Direito Civil*, volume I, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, pp. 198 e ss. Sobre a colisão de direitos, cf., por todos, Menezes CORDEIRO, “Da colisão de direitos”, *O Direito*, ano 137º, 2005, pp. 37 e ss.; Elsa Vaz SEQUEIRA, *Dos pressupostos da colisão de direitos no Direito Civil*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2004.

<sup>12</sup> Admite-se, porém, que os factos sejam falsos.

A propósito dos critérios de ponderação dos eventuais atentados ao crédito e ao bom nome perpetrados ao abrigo da liberdade de expressão, cf., numa análise do regime do artigo 484º CC, Filipe Albuquerque MATOS, *Responsabilidade civil por ofensa ao crédito ou ao bom nome*.

<sup>13</sup> O artigo 10º/1 CEDH estabelece que “Qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de transmitir informações ou ideias sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas e sem considerações de fronteiras. O presente artigo não impede que os Estados submetam as empresas de radiodifusão, de cinematografia ou de televisão a um regime de autorização prévia”. E o nº2 consagra que “O exercício desta liberdades, porquanto implica deveres e responsabilidades, pode ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções, previstas pela lei, que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a protecção da saúde ou da moral, a protecção da honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais, ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judicial”.

<sup>14</sup> Maria João MATOS, “Liberdade de expressão/imprensa”.

<sup>15</sup> Filipe Albuquerque MATOS, *Responsabilidade civil por ofensa ao crédito ou ao bom nome*, 101.

conflitual a que nos referimos anteriormente. Ora, tal pode comportar consequências. Como referido anteriormente, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem sublinha o caráter primordial da liberdade de expressão e, orientando-se pela ideia de pluralismo e relativismo, poderá apresentar resistências à tutela de outros direitos<sup>16</sup>. No que respeita ao Tribunal

<sup>16</sup> Não quer isto dizer, contudo, que o TEDH não reconheça limites à liberdade de expressão. De facto, se é inegável o peso específico que é conferido à liberdade de expressão no quadro da jurisprudência daquele tribunal, não se ignoram decisões como a do caso *von Hannover v. Alemanha*. Sobre o ponto, com amplo desenvolvimento, cf. Pedro Pais de VASCONCELOS, *Direito de personalidade*, Almedina, Coimbra, 2006, 91 s. Em causa estava a tentativa da Princesa Carolina do Mónaco de tentar impedir a publicação de fotografias da sua vida privada. Os Tribunais alemães haviam entendido que as fotografias em causa deveriam ser autorizadas, em virtude da dimensão de figura pública da princesa e uma vez que elas tinham sido tiradas em público. Em sede de recurso, a jurisprudência tudesca haveria de reiterar o posicionamento segundo o qual não era necessário o consentimento da pessoa retratada para a divulgação da sua imagem, quando fosse notoriamente conhecida. Simplesmente, considerou que, em relação a uma das fotografias, porque captada no pátio interior de um restaurante, ela não era lícita. Na verdade, as figuras públicas tinham direito à sua privacidade, quando se encontrassem num local reservado, longe dos olhares do público, onde pretendessem estar protegidas de olhares indiscretos. Fora estas situações, as figuras públicas teriam de suportar a publicação de fotografias tiradas em público, mesmo que fora do exercício de funções públicas (decisões do *Bundesgerichtshof* e do Tribunal Federal Constitucional Alemão).

A Princesa Carolina recorreu para o TEDH, que considerou que, nestes casos, a liberdade de expressão exige uma interpretação mais estreita, já que a proteção da vida privada é essencial do ponto de vista do desenvolvimento da personalidade. Ora, esta proteção ultrapassa o círculo privado familiar e alcança uma dimensão social. O critério de demarcação da licitude da conduta (por contraposição à sua ilicitude) deveria, portanto, ser procurado na existência ou não de um interesse legítimo em conhecer os dados revelados, e na utilidade ou inutilidade das fotografias para o interesse público.

Nessa medida, e segundo Pedro Pais de VASCONCELOS (*op. cit., loc. cit.*), o TEDH teria conseguido estabelecer um equilíbrio entre o artigo 8º e o artigo 10º da CEDH, aproximando-se da jurisprudência francesa na matéria: exige o consentimento da pessoa retratada para todas as fotografias tiradas em locais públicos, desde que não estivesse no exercício das funções oficiais.

Com grande importância, cf., ainda, a decisão do caso *Norwood v. The United Kingdom*, <[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx#{"dmdocnumber":\["708788"\],"itemid":\["001-67632"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx#{)> (16 de Novembro de 2004): um cidadão britânico colocou um poster com as torres gémeas em chamas, na sua janela, e com a legenda “Islam out of Britain – Protect the British People”. O Tribunal entendeu que a ligação de um grupo religioso a um ato de terrorismo seria incompatível com os valores contidos na convenção (tolerância, paz social e não discriminação). Em causa estaria, portanto, um ato que configura um abuso do direito, não estando protegido pelo artigo 10º CEDH; a decisão do caso *Leroy v. France*

<[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng-press/pages/search.aspx?i=003-2501837-2699727#{"itemid":\["003-2501837-2699727"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng-press/pages/search.aspx?i=003-2501837-2699727#{)> (2 de Novembro de 2008): um cartoonista apresentou queixa pela sua condenação por ter publicamente tolerado o terrorismo depois da publicação num jornal basco de um desenho do ataque às torres gémeas do WTC, acompanhado da citação “Nós sonhámos... o Hamas fê-lo”. O tribunal considerou que não houve violação do artigo 10º CEDH, por não estar em causa a crítica ao imperialismo americano, mas o apoio a uma forma de destruição e violência. O cartoonista tinha apoiado aqueles que eram os presumíveis autores dos atentados do 11 de Setembro. Ademais, haveria que ter-se em conta o especial impacto de uma mensagem como essa numa região especialmente sensível como o país basco; a decisão do caso *I.A. v. Turkey*,

<[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=002-3733#{"itemid":\["002-3733"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=002-3733#{)>, 13 de Setembro de 2005: o dono de um grupo editorial publicou 2000 cópias de um livro, que abordava questões filosóficas e teológicas em estilo de romance. O ministério público de Istambul acusou o recorrente de insulto a Deus, à religião, ao profeta e ao livro sagrado. O dono do grupo editorial foi condenado e recorreu para o TEDH, invocando a violação do seu direito à liberdade de expressão. O TEDH reiterou que aqueles que escolheram manifestar a sua crença numa religião, independentemente de se inserirem em maiorias ou minorias religiosas, não podem esperar não estar sujeitos a quaisquer críticas. Eles têm de aceitar e tolerar a recusa por parte de outros das suas próprias crenças e até mesmo da divulgação ou



Constitucional, vimos que a ordem dialógica era diversa. No Acórdão nº81/84, os juízes daquele tribunal consideraram que “a liberdade de expressão - como, de resto, os demais direitos fundamentais - não é um direito absoluto, nem ilimitado. Desde logo, a proteção constitucional de um tal direito não abrange todas as situações, formas ou modos pensáveis do seu exercício. Tem, antes, limites imanentes. O seu domínio de proteção para ali onde ele possa pôr em causa o conteúdo essencial de outro direito ou atingir intoleravelmente a moral social ou os valores e princípios fundamentais da ordem constitucional. Depois, movendo-se num contexto social e tendo, por isso, que conviver com os direitos de outros titulares, há de ele sofrer as limitações impostas pela necessidade de realização destes. E, então, em caso de colisão ou conflito com outros direitos - designadamente com aqueles que se acham também diretamente vinculados à dignidade da pessoa humana [v.g. o direito à integridade moral (artigo 25.º, n.º 1) e o direito ao bom nome e reputação e à reserva da intimidade da vida privada e familiar (artigo 26.º, n.º 1)] -, haverá que limitar-se em termos de deixar que esses outros direitos encontrem também formas de realização. Dizer isto é reconhecer que, sendo proibida toda a forma de censura (artigo 37.º, n.º 2), é, no entanto, lícito reprimir os abusos da liberdade de expressão. O artigo 37.º aponta - segundo cremos - no sentido de que se não devem permitir limitações à liberdade de expressão para além das que forem necessárias à convivência com outros direitos, nem impor sanções que não sejam requeridas pela necessidade de proteger os bens jurídicos que, em geral, se acham a coberto da tutela penal. Mas, não impede que o legislador organize a tutela desses bens jurídicos lançando mão de sanções de outra natureza (civis, disciplinares)”<sup>17</sup>.

Se com isto se afasta o carácter ilimitado do direito à liberdade de expressão, nem por isso os nossos problemas ficam solucionados. Na verdade, se a perspetiva é conflitual e se estamos a lidar com direitos que, sendo direitos subjetivos no quadro do direito civil, são também direitos fundamentais, então os limites que se reconheçam ficam, eles mesmos, sujeitos aos limites que

---

propagação por outros de doutrinas que possam ser hostis à sua fé. No entanto, no presente caso, o que estava em causa era um ataque abusivo ao profeta do islão; a decisão do caso *Otto-Preminger-Institut v. Áustria* (<[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57897#{"itemid":\["001-57897"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57897#{)>, 20 de Setembro de 1994), o TEDH deu razão ao ao governo austríaco, que havia proibido um filme ofensivo contra o cristianismo, considerando que “a actuação das autoridades austríacas visou garantir a paz religiosa na região e evitar que houvesse pessoas que, de modo injustificado e ofensivo, se sentissem atacadas nas suas crenças religiosas”; a decisão do caso *Wingrove v. Reino Unido* (<[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58080#{"itemid":\["001-58080"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58080#{)>, 25 de Novembro de 1996: o organismo britânico que procede à classificação de filmes proibiu a exibição de uma curta-metragem que representava de modo absolutamente infamante Jesus Cristo e Santa Teresa de Jesus. O TEDH, em face da queixa apresentada pelo produtor do filme, que invocou a violação do seu direito à liberdade de expressão, considerou que a restrição à liberdade de expressão estaria justificada pela lei da blasfémia e prosseguia objetivos legítimos, estando, portanto, contemplada no nº2 do artigo 10º CEDH.

Na maioria das decisões, a defesa da dimensão religiosa surge acompanhada da necessidade de salvaguarda de valores essenciais. No caso *I.A. v. Turkey*, o TEDH parece mostrar um entendimento que se aproxima de uma visão tuteladora do sentimento religioso, apontando para um sentido abusivo da própria liberdade de expressão. No fundo, as restrições estarão sempre balizadas pelo disposto no citado nº2 do artigo 10º CEDH, donde se conclui que não há ainda uma jurisprudência clara no sentido da conformação axiológica do exercício do direito à liberdade de expressão (por um lado), nem uma jurisprudência clara no sentido da consideração da importância do sentimento religioso enquanto dimensão essencial da personalidade humana juridicamente tutelada (por outro lado).

<sup>17</sup> Acórdão do Tribunal Constitucional nº81/84 e Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 5/7/2012, <[www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)>

a Constituição da República Portuguesa estabeleça para a limitação dos direitos, liberdades e garantias<sup>18</sup>. É claro que, a par de limites ou restrições constitucionais imediatos e de limites ou restrições estabelecidas por lei, admite-se a existência de limites imanentes ou limites constitucionais não escritos<sup>19</sup>. Simplesmente, deparar-nos-íamos, aí, de acordo com uma perspetiva tradicional e conflitual, que assenta na dimensão negativa do direito, com dificuldades de concretização desses limites, bem como com a oposição de muitos setores da doutrina e da jurisprudência. Tanto assim é que, por exemplo, no caso da lei de imprensa, tantas vezes associada à liberdade de expressão, os bens jurídicos a entrar em linha de conta na ponderação dos limites à opinião que se expressa ou à informação que se divulga podem não nos auxiliar na missão de tutela de determinados bens jurídicos<sup>20</sup>.

Os autores constitucionalistas, de facto, costumam vincar o carácter negativo ou de defesa do direito à liberdade de expressão. Entendido, ademais, como uma componente da liberdade de pensamento e aliando-se a outras liberdades, sustenta-se que ela não pode ser sujeita a impedimentos ou discriminações, não podendo, dentro dos limites do direito, haver obstáculos ao seu exercício<sup>21</sup>. Mais referem alguns autores que constitucionalmente se estabelece a exclusão da possibilidade de qualquer tipo de limitação ou censura, afastando-se, por isso, a viabilidade de qualquer delito de opinião, mesmo quando esta vá no sentido da difusão de ideologias extremistas<sup>22</sup>.

<sup>18</sup> Sobre o ponto, veja-se J.J. Gomes CANOTILHO, *Direito Constitucional*, Almedina, Coimbra, 1993, 610 s, falando dos limites dos limites.

<sup>19</sup> J.J. Gomes CANOTILHO, *Direito Constitucional*, 604 e 606 e ss.

<sup>20</sup> Cf. artigo 3º da lei 2/99, de 13/1, com as sucessivas alterações (a última introduzida pela lei nº19/2012, de 8/5).

Creemos, porém, que a formulação ampla do artigo 3º viabiliza uma extensão teleológica do preceito, no sentido de incluir como outro limite a salvaguarda de valores fundamentais e de outros direitos, integrados no âmbito da personalidade humana.

<sup>21</sup> J.J. Gomes CANOTILHO/Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 573

<sup>22</sup> J.J. Gomes CANOTILHO/Vital MOREIRA, *Constituição*, 573.

Não tem sido esse, porém, o entendimento sufragado pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, que tem considerado não haver violação do direito à liberdade de expressão naquelas situações em que é restringida a publicitação de opiniões que apelam ao ódio racial, étnico, religioso. Veja-se, por exemplo, a decisão do caso *Erbakan v. Turkey* (6 de Julho de 2006 - *Tolerance and respect for the equal dignity of all human beings constitute the foundations of a democratic, pluralistic society. That being so, as a matter of principle it may be considered necessary in certain democratic societies to sanction or even prevent all forms of expression which spread, incite, promote or justify hatred based on intolerance ..., provided that any 'formalities', 'conditions', 'restrictions' or 'penalties' imposed are proportionate to the legitimate aim pursued* –

<[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-76234#{"itemid":\["001-76234"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-76234#{)>.

Cf., porém, o entendimento derramado na decisão do caso *Handyside v. United Kingdom*, de 7/12/1976 (<[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57499#{"itemid":\["001-57499"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57499#{)>.

*Freedom of expression constitutes one of the essential foundations of [a democratic] society, one of the basic conditions for its progress and for the development of every man. Subject to paragraph 2 of Article 10 [of the European Convention on Human Rights], it is applicable not only to 'information' or 'ideas' that are favourably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that offend, shock or disturb the State or any sector of the population. Such are the demands of that pluralism, tolerance and broadmindedness without which there is no 'democratic society'. This means, amongst other things, that every 'formality', 'condition', 'restriction' or 'penalty' imposed in this sphere must be proportionate to the legitimate aim pursued."*

Ou seja, se se reconhecem limites à liberdade de expressão, eles são recortados no quadro da colisão de direitos. Ora isto, se transpusermos alguns destes dados para o domínio civilístico, não só não corresponde ao melhor entendimento acerca do direito subjetivo, como deixa sem consideração a hipótese do exercício abusivo de um direito<sup>23</sup>.

Na verdade, a partir do momento em que recortamos para o direito – dito objetivo – um fundamento ético-axiológico, o direito subjetivo deixa de ser pensado como uma estrutura jus-absoluta, para passar a apresentar limites. O reconhecimento de um direito subjetivo pelo ordenamento jurídico não o faz resvalar para o limbo da exclusividade. Ele integra-se num todo, cuja axiologia predicativa há de ser comum. Sendo o todo de que ele é parte composto, no seu estrato mais profundo, também por princípios normativos, à luz dos quais as normas serão sempre mobilizadas e interpretadas, o direito polarizado no sujeito deve, uma vez exercido, conformar-se com eles que redundam, afinal, na ineliminável dignidade ética do ser humano tido como pessoa. O abuso desvelar-se-á sempre que o direito – formalmente invocado – se mostre dissonante, no seu exercício concreto, com um princípio normativo do sistema, seja ele positivo, transpositivo ou suprapositivo. A projeção destas ideias na concretude dos variados casos mobilizadores do sistema jurídico, onde se buscam critérios orientadores da resolução dos problemas emergentes, permite visualizar, bipartidamente, dois esquemas de referência. Um que nos remete para o confronto do exercício do direito subjetivo com a finalidade que preside à sua atribuição ou reconhecimento e relativamente ao qual temos de ser especialmente cautelosos, sob pena de resvalarmos para o erro da instrumentalização do próprio direito<sup>24</sup>. Outro que nos conduz à confrontação entre aquele direito e os princípios que o louvam.

A dicotomia traçada percebe-se mais claramente com apelo aos direitos de personalidade enquanto modalidade classificatória dentro da subjetivação com que lidamos. Tomemos como exemplo o direito à integridade física. Na caracterização do objeto e conteúdo deste direito, falam os autores do poder de autodeterminação sobre o próprio corpo. Colimada na liberdade/autonomia do ser pessoa, não pode o sujeito invocar o direito em contravenção com a dignidade da pessoa em nome da qual a tutela foi erigida. E não pode porque, ao fazê-lo, não

---

Pese embora possa não haver uma verdadeira clivagem nas soluções, os termos com que são ponderados as questões parecem indiciar uma certa evolução na forma como se compreende a natureza do direito à liberdade de expressão.

<sup>23</sup> Note-se que as duas realidades não se excluem. Simplesmente, devemos considerar que a sindicância do abuso do direito antecede a resolução da problemática conflitual. Do mesmo modo que devemos considerar que a adequada compreensão do sentido do abuso faz com que muitos problemas outrora encarados sob o prisma da colisão de direitos se revelem, hoje, meros conflitos aparentes.

<sup>24</sup> A cautela a que se faz apelo induz-nos a estabelecer um critério objetivo que obste ao anunciado perigo de funcionalização. Tal critério passa pela linha divisória entre as situações em que o direito – aqui entendido como direito absoluto – é exercido pelo acionar das faculdades jurídicas secundárias que o integram e aquelas em que, emergindo um problema juridicamente relevante mobilizador dos expedientes que o ordenamento disponibiliza para lhe fazer face, se indaga pela presença ou não desse mesmo direito.

Não a propósito da consideração dos interesses, mas da contemplação dos valores, cf., neste âmbito, HÖRSTER, *A parte geral do Código Civil Português*, Almedina, Coimbra, 2019, 279, onde se estabelece a diferença entre a vinculação e a funcionalização. O autor chama-nos a atenção para o facto de aquela poder revestir diferentes formas e intensidades, mas nunca poder ir ao ponto de contrariar a finalidade normativa do reconhecimento do direito, ou seja, nunca pode substituir-se à vontade autónoma do titular ou sequer esvaziar o conteúdo do dele.

está a invocar um direito, mas um não direito, já que, em nome da sua teleologia, o conteúdo que concretamente lhe é comunicado não abarca tal possibilidade.

Não pode, lançando mão daquela faculdade jurídica secundária, a pessoa mutilar-se ou sequer autorizar que outrem perpetre contra ela tal ato. Em geral, a lição decorre do artigo 81º, nº1, do CC e explicita-se pela nulidade do ato voluntário limitador do direito de personalidade quando atentatório da ordem pública. Em particular, a solução resulta da inexistência do direito diante da reivindicação concreta.

Note-se que, aqui, entra em jogo a dignidade da pessoa humana e com ela uma das ideias que entretecem o princípio normativo do direito enquanto direito. Não obstante, não se fala propriamente de um abuso. Este avulta quando o direito, existindo em concreto, no seu exercício choca com a dimensão de fundamentação.

A confusão aparente nasce a partir da natureza específica daqueles direitos. E, simultaneamente, permite-nos, pelo alargamento do pensamento tópico-exemplificativo, clarificar os critérios de desvelação daquele abuso. Se A, pessoa, usar a sua liberdade de expressão de modo tal que ponha em causa a dignidade de B, a contradição gerada não ocorre entre o direito e o fundamento do seu reconhecimento, mas diretamente entre o exercício que do direito se faça e o princípio normativo do reconhecimento da dignidade do outro e, portanto, dos direitos de personalidade dele. Há aqui abuso, ao contrário do que sucedera no primeiro caso apontado<sup>25-26-27</sup>.

Assim, sempre que do exercício da liberdade de expressão resultar uma ofensa gratuita, não justificada pela prossecução de quaisquer fins públicos, a uma pessoa ou a uma comunidade, devemos concluir estar diante de não de um verdadeiro exercício de uma liberdade, mas perante um abuso de liberdade<sup>28</sup>.

---

<sup>25</sup> Tanto assim é que, no primeiro caso, jamais a *mutilação* (enquanto tal, na sua pureza) perde o seu carácter ilícito, ao passo que a ofensa à honra de outrem, se levada a cabo a coberto de notas subjetivas que a justifiquem, pode perder o rótulo que abstratamente a chancela.

É claro que determinados atos aparentemente atentatórios do direito à integridade não o são. Basta, para tanto, que integrem, *v.g.*, a categoria do ato médico. Porém, não se trata aí de uma mutilação, mas de um ato predispostos ao diagnóstico, prevenção, cura, etc. Do mesmo modo, não poderá ser entendida como mutilação a mortificação religiosa.

<sup>26</sup> Cf. HÖRSTER, *A parte geral*, 283.

Distingue-se entre o abuso institucional e o abuso individual. Este caracterizar-se-ia por, em virtude de circunstâncias ou relações especiais, a invocação do direito entrar em contradição com a ideia de justiça (p. 284). Já o primeiro se quedaria na mobilização do direito para fins que estão fora das funções para as quais ele foi atribuído pela norma. Considera Hörster que “esta conexão funcional deve ser considerada já na interpretação do conteúdo da norma” e que, “se a interpretação levar ao resultado que a norma não confere o direito invocado ou com o conteúdo invocado, estamos não perante um abuso de direito, mas em face do exercício de um direito subjetivo aparente não existente na realidade”.

<sup>27</sup> Cf. Capelo de SOUSA, *O direito geral de personalidade*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, p. 521, considerando que configura um abuso do direito geral de personalidade uma pintura que enquadre determinadas pessoas com intuitos meramente vexatórios.

<sup>28</sup> Cf., a este propósito, com apelo a uma ideia de limitação dos direitos de personalidade pelas necessidades de adequação social, Karl LARENZ, “Das allgemeine Persönlichkeitsrecht im Recht der unerlaubten Handlungen”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 14/15, 1955, 522 e ss.

A primazia não é dada à liberdade de expressão, que deve ser sindicada como qualquer outro direito<sup>29</sup>.

Curiosamente, os tribunais superiores, em Portugal, profundamente influenciados pela jurisprudência do TEDH, parecem afastar-se deste entendimento, apesar de, em muitos casos, de ofensa clamorosa à honra, não se chegarem a soluções muito diversas<sup>30</sup>. Consoante se pode ler, em posição assente, “em sucessivos acórdãos incidindo sobre aplicação do artigo 10º da Convenção, o TEDH consolidou jurisprudência segundo a qual «a liberdade de expressão constitui um dos fundamentos essenciais das sociedades democráticas, e uma das condições primordiais do seu progresso e desenvolvimento», enfatizando-se que o direito à liberdade de expressão vale para as ideias ou informações consideradas favoravelmente pelo conjunto da sociedade ou que sejam inofensivas ou indiferentes mas também para as que ferem, chocam ou inquietam, pelo que, em consequência, a possibilidade de admitir exceções à liberdade de expressão deve ser entendida sob interpretação restritiva e deve corresponder a uma imperiosa necessidade social. O TEDH tem sublinhado a necessidade de se proceder a uma valoração do conteúdo ou sentido das expressões em causa, integrando-as no contexto em que surgiram, considerando que mesmo os juízos de valor suscetíveis de reunirem indiscutivelmente apenas um conteúdo ofensivo podem afinal merecer a proteção da liberdade de expressão, desde que sejam dotados de uma base factual mínima e de uma explicação objetivamente compreensível de crítica sobre realidades objetivas em assunto de interesse público ou em debate de natureza política”<sup>31</sup>. Se, tratando-se da comunicação sobre factos da vida, a jurisprudência tem entendido que a liberdade de expressão só é protegida quando tais factos sejam verdadeiros ou verosímeis, no que toca a opiniões, a amplitude conferida pelos nossos tribunais parece agora ser muito superior. A ideia da construção de uma sociedade aberta, tal como advogava Popper, não deixa de estar presente e, com isto, impõe-se paulatinamente a desconstrução dos próprios valores éticos em que assenta a comunidade. Os limites dessa liberdade de expressão vamos encontrá-los no artigo 10º/2 CEDH e só podem ser determinados em nome da segurança nacional, da integridade territorial da segurança pública, da defesa da ordem, da prevenção do crime, da proteção da saúde ou da moral, da proteção da honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais, ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judicial. Assumida a visão restritiva da jurisprudência no que respeita ao confronto com direitos alheios, resta como limitação à liberdade de expressão a salvaguarda da sociedade aberta e plural que com ela se quer garantir, ou seja, a defesa do relativismo niilista que, sob a capa de pluralidade, mais não é do que uma perspetiva totalitarista de reversão do quadro valorativo em que assenta o ordenamento, pondo com isso em causa a própria juridicidade. Não é outra a experiência a que se tem assistido, quando, fora das hipóteses de insulto gratuito, do intuito enganador, se admitem apenas restrições à liberdade de expressão em face do incitamento ao ódio, e se identifica qualquer forma de afirmação de posições tradicionais com tal anátema.

<sup>29</sup> Cf. Ac. TRL 5-6-2012, Proc. nº1362/09.0TJLSB.L1-7, relator Pimentel Marcos. Cf., ainda, apesar do apelo ao TEDH o Ac. STJ 5-6-2018, Proc. nº517/09.1TBLGS.L2.S1, relatora Fernanda Isabel Pereira.

<sup>30</sup> Ac. TRL 9-4-2019, Proc. nº16687/16.0T8PRT.L1-7, relatora Micaela Sousa; Ac. TRL 9-10-2019, Proc. nº4161/16.9T9LSB-3, relator João Lee Ferreira.

<sup>31</sup> Ac. TRL 9-10-2019, Proc. nº4161/16.9T9LSB-3, relator João Lee Ferreira.

Duas conclusões são, então, possíveis. Em primeiro lugar, as duas visões em confronto são marcadamente conflituais. Em segundo lugar, a ordem de preferências estabelecida em cada uma delas difere, dando-se, tradicionalmente, primazia ao direito à honra<sup>32</sup> e, mais recentemente, sob influência da jurisprudência do TEDH, ao direito à liberdade de expressão<sup>33</sup>. A inconsistência de ambas as perspectivas – pela inconsonância com o sentido do direito e dos direitos subjetivos – leva-nos a superá-la. O problema não está, em muitos casos, na incompatibilidade prática do exercício simultâneo de dois direitos, mas na necessária delimitação do conteúdo exercitável dos direitos por referência aos princípios normativos em que se louvam, podendo, em algumas hipóteses, conduzir-nos a um mero conflito aparente, por força da anterior desvelação de um abuso da liberdade de expressão.

A este propósito, Elsa Vaz Sequeira propõe um entendimento particularmente interessante.

Entende a autora que, “se tivermos em conta a natureza principiológica das normas que preveem a liberdade de expressão e os direitos à reserva da intimidade da vida privada e ao bom e reputação, a identificação do tipo de relação existente entre estes se torna clara: eles representam limites extrínsecos recíprocos. Não se trata de um limite intrínseco, por não ser a própria norma atributiva do direito que o estabelece, nem ser uma decorrência do seu conteúdo ou objeto. Também não constitui uma limitação extrínseca ao exercício, por não configurar uma verdadeira situação de colisão de direitos. Esta pressupõe, desde logo, a existência de dois ou mais direitos, cujo exercício simultâneo e integral seja impossível. No caso presente, não existem efetivamente dois direitos, mas tão-só a aparência de dois direitos. Das duas uma: ou o autor da comunicação estava a exercer um direito quando exteriorizou a sua opinião ou divulgou algum facto, não havendo, por conseguinte, nenhuma ofensa aos direitos à intimidade da vida privada ou ao bom nome e reputação, ou, pelo contrário, o referido autor da comunicação não podia ter proferido semelhante discurso, dada a delimitação, limitação ou restrição ao conteúdo da liberdade de expressão e de informação imposta pelas previsões normativas do direito à intimidade da vida privada ou do direito ao bom nome e reputação. O problema não respeita, portanto, ao exercício dos direitos fundamentais, mas à própria configuração destes”<sup>34</sup>.

Para a autora, estaríamos diante de limites extrínsecos ao direito, “os quais, atendendo à necessária coexistência no ordenamento jurídico desse direito com outros direitos, comprimem-no do exterior, traduzindo, deste modo, a limitação recíproca do campo de incidência das diferentes normas que consagram direitos subjetivos, operada pela interpenetração das respetivas previsões normativas”<sup>35</sup>.

No fundo, para Elsa Vaz Sequeira, do que se trataria seria de delimitar o conteúdo do direito subjetivo no confronto com outros direitos subjetivos. Ao defendê-lo, afasta-se de uma visão conflitual. Mas acaba por, ao não reconhecer a contrariedade entre o exercício do direito que formalmente se invoca e os princípios normativos em que se louva o ordenamento, isto é, ao

<sup>32</sup> Ac. STJ 5-3-1996, in *Boletim do Ministério da Justiça*, 455, 420 s.

<sup>33</sup> Ac. STJ 30-6-2010, Proc. nº1272/04.7TBCL.G1.S1.

<sup>34</sup> Elsa Vaz SEQUEIRA, “Responsabilidade civil e liberdade de expressão”, *Revista de Direito da Responsabilidade*, III, 2021, 73 s.

<sup>35</sup> Elsa Vaz SEQUEIRA, “Responsabilidade civil e liberdade de expressão”, 75.

não reconhecer o abuso de uma liberdade de expressão, por não garantir a compreensão da dimensão material-axiológica dos direitos subjetivos envolvidos. Ademais, se apenas em concreto será possível operar a limitação a que se alude, como, aliás, a própria autora reconhece, e se isso tem como consequência positiva o facto de não ser possível definir *a priori* qual o direito prevalecente, deve também levar-nos a concluir que, em rigor, do que se trata é de delimitar a possibilidade de exercício do próprio direito, por referência aos princípios normativos que sustentam o ordenamento e que impõem a consideração da personalidade alheia. O confronto entre posições subjetivas perde o cunho conflitual com que vinha pensado exatamente por força da interposição de uma ideia de abuso de liberdade a que assim acedemos. E este dado tem consequências prático-normativas evidentes: não estando em causa a específica lesão de um direito de personalidade, mas a violação de um bem jurídico transpessoal, embora com implicações do ponto de vista da personalidade singular, não se nega a possibilidade de se desvelar igualmente uma situação abusiva. Não estamos, por isso, limitados ao confronto de direitos especiais de personalidade<sup>36</sup>.

### 3. Direito à honra

Se o direito à liberdade de expressão se transforma num abuso de liberdade sempre que se verifique o desrespeito pelos bens da personalidade alheios, integrantes do conteúdo de um direito geral de personalidade, importa perceber em que circunstâncias podemos efetivamente falar da lesão de uns desses bens.

Particularmente relevante para o contexto que elegemos como mote das nossas reflexões é a consideração do direito à honra.

Este tem sido entendido como o direito à reputação, ou seja, como o direito a que não sejam divulgados factos atentatórios da imagem exterior que os outros têm da pessoa, ainda que tais factos sejam verdadeiros, já que, como veremos, a veracidade (ou verosimilhança) daquilo que se divulga não exclui a ilicitude do ato. Inclui, ainda, o direito a que não sejam emitidas opiniões que lesem a referida imagem exterior do sujeito.

A doutrina tem distinguido, a este nível, uma vertente pessoal/subjetiva e uma vertente social/objetiva da honra<sup>37</sup>. Pedro Pais de Vasconcelos refere que, “na primeira [na honra pessoal], traduz-se no respeito e consideração que cada pessoa tem por si própria; na segunda [na honra social], traduz-se no respeito e consideração que cada pessoa merece ou de que goza na comunidade a que pertence”<sup>38</sup>. Assim, “a perda ou lesão da honra – a desonra – resulta, ao nível pessoal (...), na perda do respeito e consideração que a pessoa tem por si própria, e ao

<sup>36</sup> Sobre o ponto, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, *Litigiosidade jurídico-religiosa: a possibilidade de tutela jurídica do sentimento religioso*, Princípiã, 2015.

<sup>37</sup> Nesse sentido, Pais de VASCONCELOS, *Direito de personalidade*, Coimbra, Almedina, 2006, 76 s.; A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, I/III, Coimbra, Almedina, 2004, 143; *Tratado de Direito Civil*, IV, Almedina, Coimbra, 2007, 156.

<sup>38</sup> Pais de VASCONCELOS, *Direito de personalidade*, 76.

nível social, objetivo, pela perda do respeito e consideração que a comunidade tem pela pessoa”<sup>39</sup>.

Também Menezes Cordeiro adere à dicotomia. Nas suas palavras, “podemos distinguir a honra social ou exterior, que exprime o conjunto de apreciações valorativas ou do respeito e deferência de que cada um disfruta na sociedade e a honra pessoal ou interior, que corresponde à auto-estima ou imagem que cada um faz das suas próprias qualidades”<sup>40</sup>.

Em qualquer dos casos, estamos diante de uma conceção fáctica de honra, no quadro da qual o critério da ofensa é dado pela alteração empiricamente comprovável de certos elementos de facto<sup>41</sup>. Ora, consoante explicita Faria Costa, estes conceitos apresentam insuficiências: a honra subjetiva nunca poderá ser afetada, uma vez que ela pertence inteiramente à pessoa; por outro lado, deixam-se sem proteção aqueles que, por qualquer razão, não têm capacidade para sentir a ofensa ou não se sintam dignas de honra, do mesmo modo que se protegem excessivamente as pessoas que têm uma exacerbada auto-estima<sup>42</sup>. Por seu turno, se nos ativéssemos a uma conceção objetiva, consoante aduz Faria Costa, estaríamos a equiparar a honra de uma pessoa ao real juízo valorativo que os demais membros da comunidade fazem dela, pelo que ela seria sempre volátil<sup>43</sup>.

Importa, por isso, partir de uma conceção normativa, que parta da ideia de que só pelo facto de ser pessoa cada um merece respeito<sup>44</sup>. Distingue-se, aí, uma conceção normativo-social, para a qual a honra nasce da consideração do conjunto de relações interpessoais; e uma conceção normativo-pessoal, segundo a qual a honra seria um aspeto da personalidade de cada um, inato e radicado na ineliminável dignidade do ser humano, pelo que seria indiferente ao valor social de cada um<sup>45</sup>. Se a identificação entre a honra e a dignidade pessoal se percebe com meridiana clareza, ela pode conduzir, segundo explicita Faria Costa, à falta de densificação do bem jurídico, o que determina que a honra deva ser compreendida como um bem jurídico complexo, que inclui o valor pessoal de cada sujeito, radicado na sua dignidade e a reputação ou consideração exterior<sup>46</sup>.

Dentro da honra podemos distinguir, assim, uma esfera invariável de honra, a identificar-se com a ideia de dignidade da pessoa humana, à qual se alia uma honra familiar, que não podem ser limitadas, e esferas de honra que variam em função das circunstâncias: a honra profissional, o crédito, o decoro, a reputação, o bom nome.

Como bem se compreende, a primeira, não sendo limitável, não pode ser posta em causa pela liberdade de expressão do sujeito que, em caso de afronta, se traduziria num abuso de

<sup>39</sup> Pais de VASCONCELOS, *Direito de personalidade*, 76.

<sup>40</sup> A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, I/III, 143.

<sup>41</sup> Faria COSTA, “Crimes contra a honra”, *Comentário conimbricense do código penal*, I, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, 601 s.

<sup>42</sup> Faria COSTA, *Comentário conimbricense*, 603 s.

<sup>43</sup> Faria COSTA, *Comentário conimbricense*, 604 s.

<sup>44</sup> Faria COSTA, *Comentário conimbricense*, 605.

<sup>45</sup> Faria COSTA, *Comentário conimbricense*, 607 s.

<sup>46</sup> Faria COSTA, *Comentário conimbricense*, 612.



liberdade; já a segunda pode, tendo em conta as circunstâncias e porque é limitável, pode ser restringida atentos determinados interesses.

Quanto a estas últimas, devemos ter em conta que o que está em causa é a consideração externa, o que não pode deixar de levantar problemas de difícil resolução, a apelar à prudência do julgador. Conforme explica Elsa Vaz Sequeira, “o direito ao bom nome e reputação não tutela pseudo-reputações ou falsos bons nomes e, por outro lado, (...) a confiança que a comunidade ou o indivíduo isoladamente considerado depositam noutrem assenta em larga medida nesse bom nome e nessa reputação”, pelo que “informações que possam pôr a nu a falta de alicerces para semelhante avaliação positiva podem ser suficientes para justificar a sua divulgação”<sup>47</sup>. O dado afigura-se de importância inegável, atenta a necessidade de considerar em termos específicos a honra de pessoas notoriamente conhecidas<sup>48</sup>.

As ofensas à honra podem, ademais, surgir por diversas vias: desde logo, podemos estar diante de ofensas diretamente perpetradas ou indiretamente perpetradas; podemos estar diante da afirmação de factos desonrosos ou do proferimento de juízos de valor desonrosos; podemos deparar-nos com hipóteses em que a pessoa dirige a ofensa ao lesado (injúria) ou perante situações em que difunde os factos desonrosos a terceiros (difamação); podemos estar em face de imputação de factos com certeza ou sob a forma de suspeita; podemos confrontar-nos com afirmações falsas ou verdadeiras desonrosas<sup>49</sup>. Quanto a este ponto, importa sublinhar, de facto, que a *exceptio veritatis* não configura por si só fundamento para excluir a ilicitude do ato<sup>50</sup>. A veracidade (ou melhor, a verosimilhança, por se entender que se cumpre o requisito sempre que haja fundadas razões para acreditar na verdade dos factos) das afirmações só pode afastar o caráter ilícito do ato, se se verificar igualmente um interesse legítimo na divulgação da informação.

Esta ideia é particularmente relevante para saber até que ponto pode ir a liberdade de expressão e de informação, bem como o direito à liberdade de imprensa. Tradicionalmente, tem-se entendido que os direitos em questão não podem atentar contra a honra de outra pessoa, salvo se estiver em causa um interesse legítimo ou, no caso da comunicação social, um interesse público (distinto de um interesse do público<sup>51</sup>) que se sobreponha àquele e salvo se a divulgação for feita de forma a não exceder o necessário. Designadamente, entende-se que só prevalece o direito a informar se ele for essencial para a tomada de decisão (direito ao esclarecimento) e quando se prosseguirem interesses legítimos. Além disso, deve observar-se o princípio do mínimo dano (o meio utilizado não pode ser excessivo e deve ser o menos gravoso para a honra

<sup>47</sup> Elsa Vaz SEQUEIRA, “Responsabilidade civil e liberdade de expressão”, 79.

<sup>48</sup> Note-se, porém, que a definição de uma pessoa notoriamente conhecida sofre hoje um abalo. Se outrora existia uma cisão clara entre as figuras públicas e as pessoas comuns, hoje, o fenómeno das redes sociais e outros fenómenos de massas determina uma perda de clareza dos contornos de concretização do conceito.

<sup>49</sup> Sobre o ponto, cf. A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português I/III*, 148, abrindo várias hipóteses: afirmações falsas só por si; afirmações dubitativas («aquele fulano é honesto?»); afirmações verdadeiras, mas que inculcam o contrário do que digam ou insinuam coisa diversa; afirmações verdadeiras, mas sem contexto; afirmações verdadeiras, mas desinseridas de um contexto; afirmações verdadeiras, mas protegidas; afirmações totalmente verdadeiras.

<sup>50</sup> HUBMANN, *Das Persönlichkeitsrecht*, Köln 1967, 166.

<sup>51</sup> No mesmo sentido, cf. Elsa Vaz SEQUEIRA, “Responsabilidade civil e liberdade de expressão”, 78.

da pessoa visada. Havendo excesso, mesmo que haja interesse público, haverá ilicitude)<sup>52</sup>. A estes requisitos acresce a veracidade dos factos, pressuposto que acaba por não fazer sentido por referência às meras opiniões.

Esclarece Elsa Vaz Sequeira, a este propósito, que “não se exige a demonstração da verdade dos factos assacados ao lesado, sendo suficiente a prova da sua veracidade. Ou seja, de que o agente tinha fundamento sério para, em boa fé, os reputar verdadeiros (artigo 180º, nº 2 b), do CP). A boa fé de que se trata aqui é a boa fé subjetiva ética, materializada na ignorância sem culpa da falsidade do facto, mercê do cumprimento diligente, por parte do lesante, do dever de informação, decorrente das *legis artis* e das circunstâncias do caso, que sobre ele impedia relativamente ao rigor da imputação. É, aliás, de sublinhar que, no caso de estar em causa um jornalista, se deve ter em conta o tempo de que ele razoavelmente dispunha para averiguar da veracidade dos factos, não esquecendo, nesta análise, de que em muitas situações a concorrência existente entre as diversas empresas de comunicação social obriga a uma pronta atuação, sob pena de perda do chamado *furo jornalístico*. O que pode tornar inútil a notícia e, no limite, comprometer a viabilidade económica do próprio jornal”<sup>53</sup>.

Já no que concerne aos juízos de valor, a jurisprudência tem admitido a possibilidade de formulação de juízos não abonatórios em termos menos restritivos. Nas palavras de Elsa Vaz Sequeira, “deverá admitir-se a possibilidade de cada um poder expressar aquilo que realmente pensa, ainda que assente em falsos pressupostos. Neste caso, apenas se tem tido como passível de gerar responsabilidade civil a emissão de um juízo de valor depreciativo alicerçado em factos que o agente sabia serem falsos, desconfiava seriamente da sua falsidade ou não a podia ignorar, sob pena de negligência grosseira”<sup>54</sup>.

Creemos, porém, que a formulação de tais juízos (mesmo que alicerçados em factos verdadeiros) apenas deverá ser admitida quando haja um interesse subjacente à sua emissão. De outro modo, sob a capa da elaboração pessoal abrir-se-iam, de forma incompatível com o sentido da pessoalidade responsável que subjaz ao ordenamento jurídico-civilístico, as portas a lesões da honra.

Conclui-se, portanto, que, se a verdade não é bastante para excluir a ilicitude do comportamento atentatório da honra alheia, a verdade (ou, noutras hipóteses, a veracidade) dos factos é imprescindível para se afirmar a conformidade da conduta ao ordenamento jurídico.

#### 4. A relevância jurídica da falsidade

Adequadamente concluímos que a verdade (ou tão só a verosimilhança) pode funcionar como um requisito de licitude do comportamento que atenta contra a honra alheia. Embora não seja um requisito suficiente, afigura-se, contudo, imprescindível para que o comportamento não seja chancelado de ilícito.

<sup>52</sup> Pais de VASCONCELOS, *Direito de personalidade*, 78 s.

<sup>53</sup> Elsa Vaz SEQUEIRA, “Responsabilidade civil e liberdade de expressão”, 77.

<sup>54</sup> Elsa Vaz SEQUEIRA, “Responsabilidade civil e liberdade de expressão”, 80.

O pronunciamento de um facto falso pode ainda ser determinante para se concluir acerca da ilicitude do comportamento por referência a outros direitos de personalidade. Pense-se, por exemplo, na violação do direito à identidade pessoal, onde se integra, a par da proteção de formas especiais de identidade (v.g. identidade genética), a tutela do nome e do pseudónimo, tal como o direito a não ser associado a qualquer ideologia política, religião que a pessoa não comungue ou professe.

Do mesmo modo, pode a divulgação de um facto falso contender com o direito à privacidade. Se em primeira linha a falsidade poderia funcionar como uma proteção contra a devassa da vida privada, na medida em que, ao revelar-se o falso, se deixavam na sombra os exatos contornos da vida privada alheia, o certo é que a reposição da verdade – cujo desconhecimento afeta outras dimensões da personalidade – pode determinar uma inadmissível intromissão na esfera de privacidade alheia.

*In fine*, poderá atentar contra o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e, mais amplamente, contra o direito geral de personalidade, ou criar as condições para, ainda que indiretamente, se lesarem outras posições jurídicas subjetivas.

A memória pré-disponível do sistema jurídico permitir-nos-á, por referência ao nicho problemático concretamente em causa, pensar, *a priori*, em duas hipóteses juridicamente relevantes: a) factos falsos ofensivos da honra ou de outros direitos de personalidade; b) juízos de valor ofensivos da honra ou de outros direitos de personalidade<sup>55</sup>.

Em qualquer dos casos, estar-se-ia, longe da presença de uma causa de justificação (aqui entendida em sentido impróprio), perante um ato ilícito que, podendo desencadear responsabilidade civil, permite, também, lançar mão das providências preventivas ou atenuadoras previstas no artigo 70º/2 CC, que implicariam sempre o controlo judicial do conteúdo da comunicação proferida.

Numa outra hipótese, podemos confrontar-nos com factos falsos ou juízos de valor assentes em falsidades que, determinando a lesão de posições jurídicas subjetivas de diversa natureza, chamam à colação o problema da imputação. Pense-se, por exemplo, na hipótese de alguém gritar “fogo” numa sala de espetáculos repleta de pessoas, gerando o pânico entre os presentes e, conseqüentemente, a lesão da integridade física de alguns. O exemplo foi oferecido no contexto da explicitação por Oliver Wendell Holmes do chamado *clear and present danger test*, nos termos do qual, a propósito do precedente *Schenck v. United States*, se procurava saber sob de condições seria possível restringir a liberdade de expressão, concluindo-se que tal restrição seria legítima se as palavras criassem um perigo claro e atual<sup>56</sup>.

<sup>55</sup> Identidade, privacidade, imagem, privacidade, livre desenvolvimento da personalidade, mas também, v.g., o direito à tranquilidade e à integridade moral. Pense-se, por exemplo, na hipótese de alguém promover a divulgação de informações falsas com o objetivo de criar um clima de terror que afeta psicologicamente um determinado sujeito. Sobre o ponto, veja-se, aliás, o que se dirá *infra*.

<sup>56</sup> Cf., para uma análise da questão, José Alberto GONZÁLEZ, “Responsabilidade civil e fake news”, *Revista de Direito Comercial*, 2021, 1763

Mas pense-se, igualmente, na hipótese de divulgação de factos falsos que gerem uma forte comoção ou impacto psicológico, cuja solução não divergiria profundamente das anteriores, e bem assim nas hipóteses de divulgação de notícias falsas com impacto (económico ou não económico) negativo.

No que respeita à comoção psicológica, o problema tem sido equacionado a propósito dos *media* tradicionais, podendo colocar-se também por referência à divulgação de notícias falsas. Na *Common Law*, as primeiras tentativas de responsabilização de um jornalista ou de um órgão de comunicação social pela *negligent infliction of emotional distress* remonta à década de 20 do século XX. Em causa estava uma reportagem sobre a morte de uma pessoa ilustrada com uma fotografia de outra pessoa, com o mesmo nome, o que provocou um forte abalo ao pai do visado<sup>57</sup>. Mas seria só em 1982 que pedidos indemnizatórios análogos seriam considerados procedentes: assim, no precedente *Rubinstein v. New York Post*, também ele referente a uma notícia sobre uma morte errada; e no precedente *Hyde v. City of Columbia*<sup>58</sup>. Neste último, depois de uma senhora ter sido raptada e de a polícia ter revelado a identidade aos jornais, foi publicada uma notícia sobre o sucedido, numa altura em que o criminoso ainda não tinha sido capturado, o que veio a redundar numa série de ameaçadas sofridas pela senhora em questão. É nessa medida que demanda o jornal x, com base na ideia de *emotional harm*, tendo-lhe sido dada razão numa sentença que viria a ser confirmada pelo Supremo Tribunal<sup>59</sup>.

O dado levou os autores a considerar que a *tort law* no domínio da comunicação social se teria expandido<sup>60</sup>. Consoante afirma Robert E. Drechsel, neste quadro, a *tort law* não diz apenas respeito às questões de difamação e invasão da propriedade, mas lida com matérias que até então eram relegadas para o campo da ética jornalística<sup>61</sup>. Em causa estão, no horizonte discursivo do autor, os casos em que o *emotional distress* é o único dano ou é o primeiro dano do qual resultam, posteriormente, consequências físicas. O alargamento a que nos referimos fica, contudo, dependente da verificação de alguns requisitos: é necessário que seja violado um dever e que a lesão/dano se integre no seu âmbito de proteção; e que o dano/lesão seja previsível (*foreseeability of harm*). Em algumas jurisdições exige-se ainda que haja impacto físico<sup>62</sup>. Apesar da limitação das pretensões por via dos requisitos referidos, Drechsel considera que ele corresponde a uma evolução estrondosa da *tort law*: o dano do choque nervoso apenas

<sup>57</sup> Robert E. DRECHSEL, “Negligent infliction of emotional distress: new tort problem for the mass media”, *Pepperdine Law Review*, 12-4, 1985, 900. O autor dá ainda conta de um caso similar ocorrido no Novo México, no qual, contudo, a pessoa sofreu um ataque cardíaco como consequência da comoção. O cerne do problema seria, nesse caso, a causalidade ou imputação objetiva.

<sup>58</sup> Cf., dando nota dos precedentes, Robert E. DRECHSEL, “Negligent infliction of emotional distress: new tort problem for the mass media”, 901 s. e 889 s.

Para a consulta do precedente *Hyde v. City of Columbia* 637 S.W.2d 251 (1982), v.

<https://law.justia.com/cases/missouri/court-of-appeals/1982/wd32406-2.html>

<sup>59</sup> Robert E. DRECHSEL, “Negligent infliction of emotional distress: new tort problem for the mass media”, 889.

<sup>60</sup> Robert E. DRECHSEL, “Negligent infliction of emotional distress: new tort problem for the mass media”, 890.

<sup>61</sup> Robert E. DRECHSEL, “Negligent infliction of emotional distress: new tort problem for the mass media”, 890.

<sup>62</sup> Robert E. DRECHSEL, “Negligent infliction of emotional distress: new tort problem for the mass media”, 901 s.

seria compensado, inicialmente, mediante a verificação da *impact rule*, isto é, desde que houvesse um impacto sobre a vítima, embora, depois, se tenha admitido o seu afastamento, permitindo-se a compensação quando houvesse o justo e razoável receio de uma lesão pessoal imediata (*zone of physical danger rule*), e, posteriormente, se alargue a zona de perigo para abranger o risco de lesão de pessoas próximas<sup>63</sup>. Por último, passam a viabilizar-se pretensões indemnizatórias baseadas na mera negligência. Estabelece-se, porém, uma dicotomia entre as situações em que o sujeito é vítima direta, normalmente admitidas por haver impacto físico, e as situações em que o sujeito é lesado pelo que viu o lesante fazer em relação a um terceiro. Nesta hipótese, poderá haver indemnização se o lesado estiver na *zona de perigo físico*, ou seja, se tiver observado uma qualquer tragédia relativamente perto e manifestar consequências físicas do stress; ou, não se integrando na referida zona de perigo, observou um acidente que envolveu pessoas próximas, sofrendo ou não consequências físicas. De diversos precedentes, pode-se extrair uma lista de requisitos: proximidade física do terceiro em relação ao evento, a determinar, por exemplo, que a pessoa tenha de ter assistido ao mesmo; a relação estreita entre a primeira vítima e aquele que passa a sofrer a perturbação psicológica (*close tie of love and affection*); a previsibilidade da lesão; e a ausência de uma especial suscetibilidade da vítima<sup>64</sup>.

O recurso ao critério do choque – e, portanto, à autonomização do dano do choque nervoso – é comum a outros ordenamentos jurídicos. Na Alemanha, apesar da diferente modelação que o sistema delitual conhece, que nos afasta da necessária autonomização de um concreto *tort*, a ausência de indemnização de princípio dos danos não patrimoniais, o não reconhecimento de um dano de perda de vida e o facto de a transmissibilidade dos direitos do falecido ficarem dependentes de a morte ter ocorrido de forma imediata ou não tornam relevantes a autonomização de um dano do choque nervoso, que requer, não obstante, uma efetiva lesão da saúde<sup>65</sup>. Embora admitido em Portugal<sup>66</sup>, a autonomia dogmática do dano do choque nervoso parece perder aqui parte da sua razão de ser<sup>67</sup>. Na verdade, do que se trata é de saber se, em

<sup>63</sup> Robert E. DRECHSEL, “Negligent infliction of emotional distress: new tort problem for the mass media”, 890. Em causa, o caso *Hambrook v. Stokes Brothers*: uma pessoa sofre um abalo psicológico depois de assistir a um acidente, por temer em relação aos filhos.

<sup>64</sup> Para uma análise da jurisprudência estrangeira sobre a matéria, *vide, inter alia*, os precedentes *Victorian Railways Commissioners v. Coultas* (1888); *Alcock v. Chief Constable of South Yorkshire Police* (1992); *Page v. Smith* (1996) [cf. [www.publications.parliament.uk/palld199899/djudgmt/jd981203/white01.htm](http://www.publications.parliament.uk/palld199899/djudgmt/jd981203/white01.htm)]

<sup>65</sup> Maria Manuel VELOSO, “Danos não patrimoniais”, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, III, *Direito das obrigações*, Almedina, Coimbra, 2007, 509/510; VON BAR, *The Common European Law of Torts*, Clarendon Press, 76-77; BRÜGGEMEIER, *Haftungsrecht. Struktur, Prinzipien, Schutzbereich zur Europäisierung des Privatrechts*, Springer, Berlin, Heidelberg, New York, 2006, 76 s.; DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht*, 2. völlig neugestaltete end erw. Aufl., Carl Heymanns Köln, Berlin, Bonn, München, 1996, 384 s.; Hans STOLL, *Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht. Eine Darstellung auf rechtsvergleichender Grundlage*, C.F. Müller, Heidelberg, 1993, 412-415.

<sup>66</sup> Acórdão da Relação de Coimbra de 28 de Novembro de 1995 (no âmbito do qual foi concedida uma indemnização pelo abalo psicológico que o autor sofreu em virtude de ter assistido à morte de um amigo num acidente de viação).

<sup>67</sup> A propósito do dano do choque nervoso, cf., ainda, Martin EBERS, “Austrian Case note on Hoge Raad, Judgmente of 22 February 2002 – On compensation for psychiatric injury and emotional distress suffered by close relatives”, *European Review of Private Law*, 3/2003, 460-465; André JANSSEN, “German Case note on Hoge Raad, Judgmente of 22 February 2002 – On compensation for psychiatric injury and emotional distress suffered by close relatives”, *European Review of Private Law*, 3/2003, 433-441; Gaëlle MEILHAC-REDON, « French Case note on Hoge Raad, Judgmente of 22 February 2002 – On compensation for psychiatric injury and emotional distress suffered by close relatives”, *European Review of Private Law*,

face de um qualquer comportamento causador de perturbação psicológica, há ou não ilicitude, e, para tanto indagar se a lesão do direito pode ou não ser reconduzida ao comportamento do pretense lesante. Respondendo-se afirmativamente a estes dois requisitos, resta o problema do dano, a resolver por via do artigo 496º CC. O primeiro problema com que se há de lidar, nessa tentativa de responsabilização dos *media*, é, portanto, o da ilicitude do seu comportamento. Ora, quanto a este aspeto, podemos afirmar *en avant* que a ampla tutela que o artigo 70º CC concede à personalidade humana, por via da consagração de um direito geral de personalidade, torna ilícito qualquer comportamento que atente contra a tranquilidade espiritual e a integridade psíquica de um sujeito, ainda que não haja impacto físico sobre si. Não será, porém, qualquer abalo que pode aceder à qualificação. Para que o abalo psicológico possa configurar efetivamente um ato ilícito, exige-se que haja comprometimento da função cognitiva ou volitiva do sujeito, que seja afetado de forma séria um sentimento axiologicamente valioso que integre a estrutura moral do ente, ou, em situações mais graves, que seja afetada a componente psicológica do sujeito, que passa a desenvolver quadros patológicos de ansiedade. Por outro lado, atenta a constante e instantânea interação entre os sujeitos numa sociedade não poderá aceder ao patamar da ilicitude todo e qualquer comportamento que ponha em causa a tranquilidade, o equilíbrio espiritual ou psíquico de outrem. Mas os problemas que se podem colocar, a este nível, em geral, afiguram-se de fácil solução se a notícia divulgada for manifestamente falsa. Importa, *in fine*, não esquecer, a este nível, o necessário estabelecimento de um nexo de imputação objetiva.

Quanto às hipóteses de divulgação de notícias falsas com impacto (económico ou não económico) negativo, embora possam desencadear responsabilidade civil se e na medida em que se verifiquem os pressupostos de procedência de uma pretensão indemnizatória procedente, devemos sublinhar que a desvelação de tais requisitos em concreto se pode afigurar mais problemática, sobretudo no que respeita à ilicitude e à causalidade.

---

3/2003, 441-448; Katarzyna MICHALOWSKA, "Polish Case note on Hoge Raad, Judgmente of 22 February 2002 – On compensation for psychiatric injury and emotional distress suffered by close relatives", *European Review of Private Law*, 3/2003, 472-476; Barbara PASA, "Italian Case note on Hoge Raad, Judgmente of 22 February 2002 – On compensation for psychiatric injury and emotional distress suffered by close relatives", *European Review of Private Law*, 3/2003, 448-460; Arianna PRETTO, "English Case note on Hoge Raad, Judgmente of 22 February 2002 – On compensation for psychiatric injury and emotional distress suffered by close relatives", *European Review of Private Law*, 3/2003, 425-432; Horst ZINNEN, "Belgian Case note on Hoge Raad, Judgmente of 22 February 2002 – On compensation for psychiatric injury and emotional distress suffered by close relatives", *European Review of Private Law*, 3/2003, 412-424.

Veja-se, igualmente, Michael JONES, "Liability for Psychiatric Illness – more principle, less subtlety?", *4 Web Journal of Current Legal Issues*, 1995, 4 ([www.webjcli.ncl.ac.uk/article4/jones4.html](http://www.webjcli.ncl.ac.uk/article4/jones4.html)); Ramanan RAJENDRAN, "Told nervous shock: has the pendulum swung in favour of recovery by television viewers?", *Deakin Law Review*, 31, 2004 ([www.ausflit.edu.au/journals/DeakinLRev/2004/31.html](http://www.ausflit.edu.au/journals/DeakinLRev/2004/31.html)); Paolo FORCHIELLI, *Il rapporto di causalità nell'illecito civile*, CEDAM, Padova, 1960, 128 e ss., n. 2.

## 5. Desinformação: as notícias falsas

É neste ponto que nos cruzamos com a questão da relevância autónoma das *fake news* ou *notícias falsas*. Contudo, haveremos de ser cautelosos na delimitação do que é uma notícia falsa para estes efeitos. Impõe-se, por isso, a determinação de critérios definitórios.

### 5.1. A ambivalência do conceito de *fake news*

Os autores, especialmente além-fronteiras, têm-se preocupado em delimitar os contornos da figura<sup>68</sup>. Conforme referem alguns estudiosos<sup>69</sup>, o termo *fake news* refere-se a tantas realidades que, nessa sua voracidade, acaba por perder força significativa. Nessa medida, procuraram estabelecer taxonomias classificatórias, que tanto atendem ao conteúdo disseminado, como à intenção por detrás dessa disseminação<sup>70</sup>.

Tendo em conta a dualidade, Lili Levi refere-se a diversas realidades: possibilidade de se “fabricarem” históricas, disseminadas de acordo com o processo de “clickbait”<sup>71</sup>, de modo a aumentar as receitas de publicidade; possibilidade de se criarem notícias falsas para se obterem dividendos políticos; notícias falsas criadas com finalidade de sátira política; notícias falsas criadas por teóricos da conspiração ou por pessoas com uma determinada ideologia vincada, que querem ver triunfar<sup>72</sup>. Distingue, ainda, entre notícias integralmente falsas e meias verdades<sup>73</sup>.

A proposta classificatória-explicativa oferecida, contudo, parece não nos auxiliar sobremaneira. Sendo essencialmente descritiva, mostra-se falha na descoberta da intencionalidade que subjaz a cada uma das modalidades de notícias falsas apresentadas.

Em rigor, a maioria dos estudos que se desenvolvem em torno do fenómeno das notícias falsas parece ignorar que, embora o fenómeno das notícias falsas se tenha incrementado fruto da democratização da internet e da massificação da informação, ele não é novo, nem exclusivo do mundo digital. David O. Klein e Joshua Wueller definem as *fake news* como “the online publication of intentionally or knowingly false statements of fact”<sup>74</sup>. Ora, o certo é que a desinformação é também obra dos meios de comunicação social tradicionais, se não por via da criação intencional de notícias integralmente falsas, pelo menos por meio de expedientes mais subtis. Pense-se na prática, infelizmente não rara, de *falsa conexão* (apresentação de títulos que

<sup>68</sup> Sobre o ponto, com amplo desenvolvimento, cf. José Alberto GONZÁLEZ, “Responsabilidade civil e fake news”, *Revista de Direito Comercial*, 2021, 1766 s. Veja-se, ainda, David O. KLEIN/Joshua WUELLER, “Fake news: a legal perspective”, *Journal of Internet Law*, 20, nº10, 2017; Lili LEVI, “Real fake news and fake fake news”, 16 *First Amendmend Law Review*, 16, 2018, 232 s.

<sup>69</sup> Mark VERSTRAETE/Derek E. BAMBAUER/Jane R. BAMBAUER, “Identifying and Countering Fake News”, *University of Arizona*, 1, 4, [https://law.arizona.edu/sites/default/files/asset/document/fakenewsfinal\\_0.pdf](https://law.arizona.edu/sites/default/files/asset/document/fakenewsfinal_0.pdf).

<sup>70</sup> Lili LEVI, “Real fake news and fake fake news”, 245.

<sup>71</sup> Técnica utilizada para aumentar o número de visualizações numa página.

<sup>72</sup> Lili LEVI, “Real fake news and fake fake news”, 246.

<sup>73</sup> Lili LEVI, “Real fake news and fake fake news”, 246.

<sup>74</sup> David O. KLEIN/Joshua WUELLER, “Fake news: a legal perspective”, 5 s.

não correspondem ao conteúdo das notícias)<sup>75</sup>, de falsa contextualização de informação genuína, de manipulação informativa, pela associação de imagens que não correspondem às notícias que são divulgadas, de utilização de informação para enquadrar um determinado sujeito ou conduta, num apelo interpretativo nem sempre correto<sup>76</sup>. Todas estas práticas não são estranhas aos *media* clássicos, como se pode comprovar através de exemplos sobejamente conhecidos.

Por outro lado, ao incluírem-se na mesma categoria hipóteses tão díspares, deixarmos de ter possibilidade de encontrar um critério uniforme de tratamento de todas elas. Como chamam a atenção autores como Edson Tandoc, Zheng Wei Lim e Richard Ling<sup>77</sup>, o termo *fake news* refere-se a fenómenos tão diversos como sátira e paródia política, manipulação, propaganda, entre outros. Ora, como bem se compreenderá não pode ser idêntica a resposta que o direito possa fornecer a cada uma delas.

A este propósito, o *Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs* da União Europeia reconhece a ambivalência do termo e chama a atenção para a ambiguidade que o mesmo assume também no contexto jurídico<sup>78</sup>.

Esta ambiguidade parece resultar da dificuldade de distinguir a simples informação errada da desinformação em sentido próprio.

Neste contexto, torna-se especialmente importante considerar a tripartição oferecida pelo *Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs*: *misinformation*; *disinformation*; *mal-information*. No primeiro caso, a informação é falsa, mas não se pretende causar qualquer lesão; no segundo caso, divulga-se informação falsa conscientemente para causar uma lesão/dano; na derradeira hipótese, é divulgada informação genuína para causar dano.

Por outro lado, a manipulação informativa pode provir de um indivíduo, de um grupo de pessoas ou de esquemas mais complexos, orquestrados no plano nacional, por governos legitimamente estabelecidos, ou no plano internacional.

Significa isto que a delimitação do conceito de *fake new* ou *notícia falsa* tem de ser feita em função da intencionalidade com que nos dirigimos a ela. Dito de outra forma, do ponto de vista jurídico, há de ser a pressuposição de sentido do sistema, já constituído e a constituir, que nos pode oferecer os pressupostos de configuração do fenómeno, de tal modo que a própria inserção num ramo do direito diverso pode determinar alterações na definição que proporemos.

<sup>75</sup> José Alberto GONZÁLEZ, “Responsabilidade civil e fake news”, 1771.

<sup>76</sup> José Alberto GONZÁLEZ, “Responsabilidade civil e fake news”, 1771.

<sup>77</sup> Edson TANDOC/Zheng Wei LIM/Richard LING, “Defining “fake news” a typology of scholarly definitions”, *Digital Journalism*, 6-2, 2018, 137 s.

<sup>78</sup> Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs, *Disinformation and propaganda – impact on the functioning of the rule of law in the EU and its Member States: study*, 2019, 22 s.

Assim, em França, a lei de combate à manipulação informativa, define as *fake news* como qualquer informação imprecisa ou enganadora, que pode distorcer a justeza de uma eleição, se a sua propagação na internet foi feita de modo deliberado e de forma massiva automatizada ou artificial.



## 5.2. O problema das *fake news* do ponto de vista do direito privado

Orientando-nos pela pressuposição de sentido do sistema já constituído e a constituir, diremos que, no âmbito do direito privado, colhe a proposta feita por alguns autores que falam em diversos requisitos ou pressupostos para a configuração das *fake news*.

Assim, desde logo, teremos de estar diante de notícias, e não da simples disseminação de boatos, opiniões falsas ou tendenciosas, simples conjeturas ou de formas de jornalismo medíocre<sup>79</sup>. De fora fica, portanto, a formulação de juízos de opinião ainda que assentes em factos falsos. Mesmo que estas possam ser sindicadas, a falsidade a que se alude diz respeito aos factos pressupostos e não à elaboração pessoal. Por outro lado, deve ser manifesta. Não podemos, de facto, falar de *fake news*, quando em causa estiverem factos respeitantes a matéria que é ou pode ser objeto de controvérsias, do ponto de vista político, económico, científico, filosófico, literário, jurídico, entre outros. Por último, tem-se afirmado que o conceito pressupõe a intenção de obter benefícios patrimoniais ou políticos e/ou sociais, implicando, desta forma, o dolo<sup>80</sup>.

Ora, estando em causa a intencionalidade própria do direito civil, o conceito de *fake new* pode relevar a dois níveis: repressivamente, mobilizando o instituto da responsabilidade civil; preventivamente, lançando mão de medidas antecipatórias da tutela.

Se estas últimas apenas podem ser chamadas a depor quando sejam ameaçados direitos de personalidade, a responsabilidade civil apresenta um âmbito mais vasto. Designadamente, não só a afirmação de factos falsos pode desencadear uma pretensão indemnizatória se deles resultar a lesão de um direito tutelado de forma absoluta, restando resolver um problema imputacional, como é possível desvelar-se a ilicitude quer por via da violação de disposições legais de protecção de interesses alheios<sup>81</sup>, quer por via da constatação de uma hipótese de abuso do direito.

E o certo é que, ao propagar factos que, conscientemente, se sabe serem falsos para com isso se obter uma qualquer vantagem, mesmo que concomitantemente se gerem danos a terceiros, o sujeito deixa de atuar ao abrigo da sua liberdade de expressão, para incorrer numa situação de abuso da liberdade, apta a alicerçar uma pretensão indemnizatória procedente.

Mais do que isso, podemos aventar a possibilidade de estar diante da violação de um direito à informação que se pode integrar dentro do direito geral de personalidade, consoante o âmbito da notícia difundida. O problema aqui, do ponto de vista da responsabilidade civil, residiria em poder não se discernir um dano cuja gravidade fosse suficiente que justificasse a tutela do direito, nos termos do artigo 496º CC, estando eventualmente ausentes os danos patrimoniais. Na verdade, uma notícia falsa pode gerar um efeito de manipulação que ultrapasse a polarização subjetiva individual. Pense-se nas hipóteses de condicionamento da opinião pública em

<sup>79</sup> José Alberto GONZÁLEZ, “Responsabilidade civil e fake news”, 1769.

<sup>80</sup> José Alberto GONZÁLEZ, “Responsabilidade civil e fake news”, 1769.

<sup>81</sup> Pense-se, por exemplo, na afirmação de factos falsos que acarrete a violação de uma norma de direito da concorrência.

períodos eleitorais ou outros. Pese embora o impacto negativo da desinformação, que é evidente, a lesão tem uma natureza transpessoal, que impede ou pode impedir o funcionamento das regras da responsabilidade civil.

### 5.3. O problema da responsabilidade das plataformas digitais

Chegados a este ponto, impõe-se que questionemos a eventual responsabilidade que pode avultar para outros sujeitos que não aqueles que diretamente difundem as notícias falsas. Em causa está o problema da eventual responsabilidade das plataformas digitais a este nível.

A conexão que se estabelece é perceptível a dois níveis.

Em primeiro lugar, as plataformas digitais contribuem para exponenciar o fenómeno da desinformação, pelo alcance mediático que proporcionam.

Em segundo lugar, sendo as redes sociais – enquanto um dos tipos de plataformas digitais com que nos podemos confrontar – um ambiente propício ao desenvolvimento da desinformação, as instâncias europeias consideram que elas podem desempenhar um papel crucial no combate ao fenómeno. Implicando o terceiro pilar do Plano Europeu da Ação contra a Desinformação a mobilização do setor privado, afirma-se que “as plataformas em linha, os anunciantes e o setor publicitário podem desempenhar um papel crucial no combate à desinformação, uma vez que a dimensão das suas plataformas permite amplificar, direcionar e disseminar mensagens de desinformação de agentes mal-intencionados. Atendendo às tentativas fracassadas destas plataformas para resolver o problema, a Comissão instou-as, em abril de 2018, a intensificarem os seus esforços. Neste contexto, foi publicado, em 26 de setembro de 2018, um código de conduta contra a desinformação. As principais plataformas em linha que assinaram o código comprometeram-se a adotar medidas concretas antes das eleições europeias de 2019”.

Nesta medida, os problemas de responsabilidade podem também assumir uma dupla direção:

- a) Responsabilidade das plataformas digitais relativamente a terceiros, pelos conteúdos disseminados no seu seio;
- b) Responsabilidade civil das plataformas digitais relativamente aos seus utilizadores.

Teceremos algumas considerações sobre cada um destes problemas, sem, contudo, assumirmos qualquer pretensão de exaustividade.

#### 5.3.1. Responsabilidade Civil das Plataformas Digitais pelos conteúdos disseminados

De acordo com o artigo 12º DL nº7/2004, de 7 de janeiro, os prestadores intermediários de serviço, de que são exemplo as plataformas digitais, não estão vinculados a uma obrigação geral de vigilância sobre as informações que transmitem ou armazenam, ou a uma obrigação de

investigação de eventuais ilícitos praticados no seu âmbito, o que não significa que não impendam sobre si alguns deveres.

Designadamente, nos termos do artigo 13º, devem informar de imediato as autoridades competentes quando tiverem conhecimento de atividades ilícitas que se desenvolvam por via dos serviços que prestam; devem identificar os destinatários dos serviços com quem tenham acordos de armazenagem, sempre que tal lhes seja solicitado pelas autoridades competentes; devem cumprir as determinações destinadas a prevenir ou a pôr fim a uma infração, designadamente através da remoção do conteúdo ou do impedimento de acesso a uma informação; e, sempre que solicitado, devem fornecer as listas de titulares de sites que alberguem. Nos termos do artigo 19º-A, os prestadores intermediários de serviços em rede devem, ainda, informar, logo que tenham conhecimento, o Ministério Público da deteção de conteúdos disponibilizados por meio dos serviços que prestam sempre que a disponibilização desses conteúdos, ou o acesso aos mesmos, possa constituir crime, nomeadamente crime de pornografia de menores ou crime de discriminação e incitamento ao ódio e à violência; e, nos termos do artigo 19º-B, devem assegurar, num prazo de 48 horas, o bloqueio dos sítios identificados como contendo pornografia de menores ou material conexo, através de procedimento transparente e com garantias adequadas, nomeadamente assegurando que a restrição se limita ao que é necessário e proporcionado, e que os utilizadores são informados do motivo das restrições.

Por outro lado, o regime do comércio eletrónico distingue três tipos de atividades ou serviço que podem ser desenvolvidos pelos prestadores intermediários de serviços.

Assim, haveremos de distinguir o simples transporte, a armazenagem intermediária e a armazenagem principal. Tendo em conta a trilogia, haveremos de considerar, nos termos do artigo 14º, que o prestador intermediário de serviços que apenas transmita informações em rede ou que apenas faculte o acesso a uma rede de comunicações, sem estar na origem da transmissão e sem ter intervenção no conteúdo das mensagens transmitidas nem na seleção destas ou dos destinatários, não é responsável pelo conteúdo de qualquer informação transmitida. A irresponsabilidade que se afirma mantém-se quando o prestador realize a armazenagem meramente tecnológica das informações no decurso do processo de transmissão, exclusivamente para as finalidades de transmissão e durante o tempo necessário para que esta seja possível.

Do mesmo modo, o prestador intermediário de serviços de transmissão de comunicações em rede que não tenha intervenção no conteúdo das mensagens transmitidas nem na seleção destas ou dos destinatários e respeite as condições de acesso à informação não é responsável, nos termos do artigo 15º, pela armazenagem temporária e automática, exclusivamente para tornar mais eficaz e económica a transmissão posterior perante nova solicitação de destinatários do serviço. Contudo, poderá ser responsável se não cumprir as regras usuais do setor no que respeita à atualização de informação e no que respeita ao uso da tecnologia, aproveitando-a para obter dados sobre a utilização da informação. As regras comuns da responsabilidade civil são também aplicáveis na hipótese em que chega ao conhecimento do prestador que a informação foi retirada da fonte originária, que o acesso foi impossibilitado ou que um tribunal

ou entidade administrativa com competência sobre o prestador que está na origem da informação ordenou essa remoção ou a impossibilidade de acesso com exequibilidade imediata e o prestador não a retirar ou impossibilitar imediatamente o acesso.

No caso do serviço de armazenagem principal, de acordo com o artigo 16º, o prestador é responsável, nos termos comuns, pela informação que armazena se tiver conhecimento que ela consubstancia informação ou atividade ilícita e não a retirar ou impossibilitar de imediato o acesso a tal informação. Haverá, igualmente, responsabilidade se o prestador de serviço tem ou devesse ter consciência do caráter ilícito da informação, de acordo com as circunstâncias. Aplicam-se, também, as regras da responsabilidade civil se o destinatário do serviço atuar subordinado ao prestador do serviço ou for por ele controlado.

A regra parece ser, portanto, a da irresponsabilidade dos prestadores intermediários de serviços. Entende-se que assim seja sempre que os serviços prestados assumam uma natureza meramente técnica, não tendo qualquer intervenção no conteúdo das informações que são divulgadas por seu intermédio. Isso mesmo é afirmado pelo Supremo Tribunal de Justiça, no Acórdão de 10 de dezembro de 2020<sup>82</sup>. Em causa estava a eventual responsabilidade de uma sociedade pelo uso, no seu web site, de sinais distintivos de que o demandante é titular, sem que para tanto estivesse autorizado, tendo o coletivo de juízes considerado que, “porque os serviços que presta são de ordem meramente técnica”, não havendo “intervenção nos conteúdos da informação ou serviço, que eram da exclusiva responsabilidade do cliente”, estávamos diante de um mero prestador intermediário de serviços em rede, não sendo por isso responsável por qualquer conteúdo transmitido ou armazenado no site, tanto mais que não tinha conhecimento, nem deveria ter tido conhecimento da ilicitude da atividade ou informação. A decisão concita críticas por parte de alguns estudiosos. A este propósito, Sofia Lopes Godinho<sup>83</sup> considera ser estranha a ausência de referência à jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia e à densificação da noção de conhecimento a que somos encaminhados pelo artigo 16º DL nº7/2004.

No fundo, deve entender-se que a irresponsabilidade das plataformas só deve ser afirmada quando a sua atuação é meramente técnica, automática e de natureza passiva, de tal forma que a plataforma não tem conhecimento da informação transmitida ou armazenada, nem o controlo desta. Haverá, de acordo com o TJUE, conhecimento sempre que o “o prestador em causa toma conhecimento, por qualquer forma, desses factos ou circunstâncias, abarcando as situações em que o operador de um sítio de comércio eletrónico toma conhecimento da existência de uma atividade ou de uma informação ilegais na sequência de um exame efetuado por sua própria iniciativa, e em que a existência dessa atividade ou dessa informação lhe é notificada”<sup>84</sup>.

<sup>82</sup> Proc. nº 44/18.6YHLSB.L1.S2, relator Ferreira Lopes.

<sup>83</sup> Sofia Lopes GODINHO, “Responsabilidade das plataformas digitais pela segurança dos consumidores – a propósito do Ac. do STJ, de 10/12/2020”, Nova Consumer Lab, 2021, <https://novaconsumerlab.novalaw.unl.pt/a-responsabilidade-das-plataformas-digitais-pela-seguranca-dos-consumidores-a-proposito-de-ac-do-stj-de-10-12-2020/>

<sup>84</sup> Cf. Ac. TJUE de 12 de julho de 2011, Proc. C-324/09, <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=F03E087643B5F1CFF1D967076ED0447D?text=&docid=107261&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=5220348>, relativo à apreciação de um pedido de decisão prejudicial tem por objeto a interpretação dos artigos 5º e

Independentemente da controvérsia, a regulamentação na matéria mostra-se, por vezes, desfasada no tempo em face da proliferação de plataformas digitais dos mais variados tipos e dos constantes desafios que as mesmas colocam. Conscientes desse facto, as instâncias europeias têm-se mostrado particularmente atentas aos diversos problemas que possam eventualmente surgir. É nesse contexto que surge a proposta do regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo a um mercado único de serviços digitais (Regulamento Serviços Digitais), que altera a Diretiva 2000/31/CE e se integra no *Digital Services Act*, do qual também faz parte a Proposta de Regulamento dos Mercados Digitais<sup>85</sup>.

Estabelecem-se regras específicas no que respeita à responsabilidade dos prestadores de serviços intermediários.

Nos termos do artigo 3º, em caso de *prestação de um serviço da sociedade da informação que consista na transmissão*, através de uma rede de comunicações, de informações prestadas por um destinatário do serviço ou na concessão de acesso a uma rede de comunicações (onde estão abrangidas as atividades de a armazenagem automática, intermédia e transitória das informações transmitidas, desde que essa armazenagem sirva exclusivamente para a execução da transmissão na rede de comunicações e a sua duração não exceda o tempo considerado razoavelmente necessário para essa transmissão), o prestador do serviço não é responsável pelas informações transmitidas, desde que não esteja na origem da transmissão; não selecione

---

7º da Primeira Diretiva 89/104/CEE do Conselho, de 21 de dezembro de 1988, que harmoniza as legislações dos Estados-Membros em matéria de marcas, conforme alterada pelo Acordo sobre o Espaço Económico Europeu, de 2 de Maio de 1992, dos artigos 9º e 13º do Regulamento (CE) nº 40/94 do Conselho, de 20 de Dezembro de 1993, sobre a marca comunitária, do artigo 14º da Diretiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de Junho de 2000, relativa a certos aspetos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio eletrónico, no mercado interno, e do artigo 11º da Diretiva 2004/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de Abril de 2004, relativa ao respeito dos direitos de propriedade intelectual, pedido esse que tem por base um litígio que opõe a L'Oréal SA e as suas filiais Lancôme parfums et beauté & Cie SNC, Laboratoire Garnier & Cie e L'Oréal (UK) Ltd a três filiais da eBay Inc., a saber, a eBay International AG, a eBay Europe SARL e a eBay (UK) Ltd., bem como a S. Potts, T. Ratchford, M. Ormsby, J. Clarke, J. Clarke, G. Fox e R. Bi, relativo à colocação à venda, sem o consentimento da L'Oréal, de produtos desta empresa no sítio de comércio eletrónico explorado pela eBay.

Veja-se, ainda, Ac. TJUE 23 de março de 2010, Proc. nº C-324/09 e TJUE 22 de junho de 2021.

<sup>85</sup> Proposta de regulamento do parlamento europeu e do conselho relativo à disputabilidade e equidade dos mercados no setor digital (Regulamento Mercados Digitais) - 2020/0374 (COD), que estabelece uma série de critérios objetivos para definir as grandes plataformas em linha que exercem uma função de controlo do acesso: detenção de uma posição económica forte, com um impacto significativo no mercado interno e o desenvolvimento de atividades em vários países da EU; detenção de uma posição forte em matéria de intermediação, assegurando uma ligação entre uma vasta base de utilizadores e um grande número de empresas; e a detenção de uma posição enraizada e duradoura no mercado, exigindo-se que cumpra os dois requisitos anteriormente referidos em cada um dos três últimos exercícios financeiros. Estas plataformas que surjam como controladores de acesso têm de cumprir uma série de deveres, entre os quais se destacam: a) permitir que terceiros interrompam com os próprios serviços do controlador de acesso em determinadas situações específicas; b) permitir o acesso dos seus utilizadores profissionais aos dados que geram quando utilizam a plataforma do controlador de acesso; c) fornecer às empresas que fazem publicidade nas suas plataformas as ferramentas e as informações necessárias para que os anunciantes e os editores possam efetuar a sua própria verificação independente dos anúncios alojados pelo controlador de acesso; d) permitir aos seus utilizadores profissionais que promovam as suas ofertas e celebrem contratos com os seus clientes fora da plataforma do controlador de acesso.

o destinatário da transmissão; e não selecione nem modifique as informações objeto da transmissão. Prevê-se, porém, a possibilidade de o tribunal ou uma autoridade administrativa exigir ao prestador que previna ou ponha termo a uma infração.

No caso de *armazenagem temporária (caching)*, isto é, em caso de transmissão, através de uma rede de comunicações, de informações prestadas por um destinatário do serviço, de acordo com o artigo 4º, o prestador do serviço não é responsável pela armazenagem automática, intermédia e temporária dessas informações, efetuada apenas com o objetivo de tornar mais eficaz a transmissão posterior das informações a outros destinatários do serviço, a pedido dos mesmos, desde que não modifique as informações; respeite as condições de acesso às informações; respeite as regras relativas à atualização das informações, indicadas de forma amplamente reconhecida e utilizada pelo setor; não interfira com a utilização legítima da tecnologia, tal como amplamente reconhecida e utilizada pelo setor, a fim de obter dados sobre a utilização das informações; e atue com diligência para remover as informações que armazenou ou para impossibilitar o acesso às mesmas, logo que tome conhecimento efetivo de que as informações foram removidas da rede na fonte de transmissão inicial, de que o acesso às mesmas foi tornado impossível ou de que um tribunal ou autoridade administrativa ordenou que as informações fossem removidas ou que o acesso às mesmas fosse impossibilitado.

Por seu turno, nas hipóteses de armazenagem em servidor, de que seriam exemplo as redes sociais, nos termos do artigo 5º, o prestador do serviço não é responsável pelas informações armazenadas a pedido do destinatário do serviço, desde que não tenha conhecimento efetivo da atividade ou conteúdo ilegal e, no que se refere a uma ação de indemnização por perdas e danos, não tenha conhecimento de factos ou de circunstâncias que evidenciem a ilegalidade da atividade ou do conteúdo; ou, a partir do momento em que tenha conhecimento da ilicitude, atue com diligência no sentido de remover ou impossibilitar o acesso aos conteúdos ilegais<sup>86</sup>.

A regra da irresponsabilidade é, porém, afastada em duas situações. Por um lado, quando o destinatário do serviço atue sob autoridade ou controlo do prestador; por outro lado, quando, no quadro da proteção do consumidor, estejam em causa plataformas em linha que permitam aos consumidores celebrar contratos à distância com comerciantes, sempre que essas plataformas apresentem o elemento específico de informação ou permitam, de qualquer outra forma, que a transação específica em causa induza um consumidor médio e razoavelmente bem informado a acreditar que a informação, o produto ou o serviço objeto da transação é fornecido pela própria ou por um destinatário do serviço que atue sob a sua autoridade ou controlo. A ideia é, de acordo com a explicitação de Nuno Sousa e Silva, “abranger aqueles casos em que as empresas, além de venderem produtos ou prestarem serviços diretamente também gerem “marketplaces”, permitindo a terceiros oferecer os seus produtos ou serviços na sua página”<sup>87</sup>.

<sup>86</sup> Questionando se existe relevância na diferença entre atividade e conteúdo ilegal, cf. Nuno Sousa e SILVA, “Responsabilidade na internet: o ato dos serviços digitais garante a liberdade de expressão?”, *Nova Consumer Lab*, 2021, <https://novaconsumerlab.fd.unl.pt/responsabilidade-na-internet-o-ato-dos-servicos-digitais-garante-a-liberdade-de-expressao/>.

<sup>87</sup> Cf. Nuno Sousa e SILVA, “Responsabilidade na internet: o ato dos serviços digitais garante a liberdade de expressão?”, *Nova Consumer Lab*, 2021, <https://novaconsumerlab.fd.unl.pt/responsabilidade-na-internet-o-ato-dos-servicos-digitais-garante-a-liberdade-de-expressao/>.

Neste contexto, estabelecem-se, ademais, regras específicas que variam consoante a dimensão da plataforma em causa, ou seja, consoante se esteja diante de uma simples plataforma digital ou diante de uma plataforma digital de grandes dimensões.

Assim, prevê-se a criação de mecanismos que permitam a qualquer cidadão ou entidade notificar a plataforma da presença, no seu serviço, de elementos específicos de informação que o cidadão ou a entidade considere ser conteúdo ilegal, e a figura dos *sinlizadoros de confiança (trusted flaggers)*<sup>88</sup>, estatuto que deve ser reconhecido a quem possui conhecimentos especializados e competências específicas para efeitos de deteção, identificação e notificação de conteúdos ilegais; representa interesses coletivos e é independente de qualquer plataforma em linha; realiza as suas atividades tendo em vista a apresentação de notificações de forma atempada, diligente e objetiva, como forma de garantir a deteção de conteúdos ilícitos.

São, igualmente, definidos deveres no que diz respeito à proteção contra a utilização ilícita da plataforma. Assim, nos termos do artigo 20º, as plataformas em linha devem suspender, durante um período razoável e após terem emitido um aviso prévio, a prestação dos seus serviços aos destinatários do serviço que forneçam com frequência conteúdos manifestamente ilegais, do mesmo modo que devem suspender, por um período razoável e após terem emitido um aviso prévio, o tratamento de notificações e reclamações apresentadas através dos mecanismos de notificação e ação e dos sistemas internos de tratamento de reclamações referidos anteriormente, por cidadãos ou entidades ou por autores de reclamações que apresentem com frequência notificações ou reclamações manifestamente infundadas<sup>89</sup>. Acresce que, sempre que tiverem conhecimento de qualquer informação que levante suspeitas de que ocorreu, está a ocorrer ou é suscetível de ocorrer um crime grave que envolva uma ameaça à vida ou à segurança das pessoas, a plataforma deve informar imediatamente as autoridades policiais ou judiciárias do ou dos Estados-Membros em causa da sua suspeita e fornecer todas as informações pertinentes disponíveis, nos termos do artigo 21º.

Além disso, sempre que a plataforma permita aos consumidores celebrar contratos à distância com comerciantes, deve assegurar que os estes só possam utilizar os seus serviços para promover mensagens ou oferecer produtos ou serviços aos consumidores localizados na União se, antes da utilização dos seus serviços, a plataforma em linha tiver obtido uma série de informações constantes do artigo 22º/1, envidando todos os esforços razoáveis para avaliar se as informações em causa são fiáveis.

Impõem-se, ainda, rigorosos deveres de informação, nos termos dos artigos 23º e 24º.

---

<sup>88</sup> Artigos 14º, 18º e 19º.

<sup>89</sup> Exige-se que o conteúdo seja manifestamente ilegal e que a denúncia seja manifestamente infundada. Em causa está uma garantia da liberdade de expressão. Sobre o ponto, cf. Nuno Sousa e SILVA, “Responsabilidade na internet: o ato dos serviços digitais garante a liberdade de expressão?”, *Nova Consumer Lab*, 2021, <https://novaconsumerlab.fd.unl.pt/responsabilidade-na-internet-o-ato-dos-servicos-digitais-garante-a-liberdade-de-expressao/>.

Tenta-se, também, em atenção algumas das considerações por nós expendidas em matéria de combate às fake news. Sobre o ponto, Mafalda Miranda BARBOSA, “Fake news e fact-checkers: uma perspetiva jurídico-civilística”, *Revista de Direito da Responsabilidade*, III, 2021, 733-766.

Estando em causa plataformas de muito grande dimensão (isto é, aquelas que têm em média 45 milhões de utilizadores na União Europeia por mês), impõem-se deveres adicionais, no tocante à gestão do risco sistémico: deveres de segurança, deveres de controlo, deveres de informação e deveres de acesso. Entre tais deveres, destacam-se a realização anual de avaliações de riscos sistémicos ligados ao seu funcionamento, a adoção de medidas eficazes aptas a mitigar os riscos que possam ser identificados, a realização de auditorias para verificação do cumprimento das regras previstas no regulamento, a elaboração de relatórios com recomendações a serem adotadas pela plataforma, a nomeação de responsáveis pela monitorização do cumprimento das regras impostas, o cumprimento de deveres de informação no que respeitam aos sistemas de recomendação utilizados e aos parâmetros por estes usados, deveres no que respeita ao armazenamento de dados relativos aos anúncios que expõem, nos termos dos artigos 25º e seguintes.

A configuração de tais obrigações abre a porta à responsabilização das plataformas digitais. Acresce que, como se explicita no próprio Regulamento, as exclusões de responsabilidade de que se parte “não serão aplicáveis nos casos em que, em vez de se limitar a prestar os serviços de forma neutra, através de um tratamento meramente técnico e automático das informações prestadas pelo destinatário do serviço, o prestador de serviços intermediários desempenhe um papel ativo que lhe permita ter conhecimento ou controlo dessas informações. Por conseguinte, essas isenções não estarão disponíveis no que respeita à responsabilidade relativa às informações fornecidas não pelo destinatário do serviço, mas pelo próprio prestador do serviço intermediário, inclusive quando as informações tenham sido elaboradas sob a responsabilidade editorial desse prestador”. Continua, por isso, a vigorar a ideia segundo a qual a isenção de responsabilidade apenas se deve aplicar nas hipóteses de uma atuação puramente técnica, neutral e passiva.

### 5.3.2. A responsabilidade das plataformas digitais em face dos seus utilizadores

Se é verdade que o novo Regulamento dos Serviços Digitais estabelece a obrigação de retirar todo o conteúdo que seja considerado manifestamente ilegal, numa política de combate ao discurso de ódio e à desinformação, bem como à promoção de produtos e serviços fraudulentos, não é menos seguro que, em domínios sensíveis como este, podemos ser confrontados com hipóteses de restrição desmedida da liberdade de informação.

Nessa medida, o ponto fulcral passa a ser a densificação da noção de manifesta ilegalidade. Ora, o certo é que, não raras vezes, os utilizadores das redes sociais são confrontados com decisões de suspensão ou de cancelamento das suas contas em virtude dos conteúdos que difundiram. Se a hipótese pode, em muitos casos, ser o resultado do cumprimento dos rigorosos deveres que oneram os prestadores intermediários de serviço, pode dar-se o caso de nos confrontarmos com decisões (muitas vezes automatizadas) de bloqueio de conteúdos que não implicam a prática de qualquer ato ilícito.

Assim, o *Digital Service Act* procura salvaguardar a liberdade de expressão através da previsão de um sistema interno eficaz de tratamento de reclamações que permita a apresentação



eletrónica e gratuita de reclamações contra as decisões de remoção ou bloqueio do acesso às informações; decisões de suspensão ou cessação da prestação do serviço, no todo ou em parte, aos destinatários; decisões de suspensão ou encerramento da conta dos beneficiários<sup>90</sup>.

Não obstante, verificando-se uma hipótese de lesão da liberdade de expressão, pode avultar uma pretensão indemnizatória. Esta pode fundamentar-se quer por via extracontratual, desvelando-se a ilicitude por via da lesão do direito absoluto em causa, ou por via contratual, tendo em conta que entre a plataforma e os seus utilizadores é celebrado um contrato<sup>91</sup>. Em causa poderá estar não só a violação de deveres primários de prestação, como também e sobretudo a violação das regras impostas pela boa-fé. A este propósito, tenha-se, aliás, em conta a decisão proferida em 29 de julho de 2021 pelo BGH, que determinou que a suspensão sem aviso, explicação ou possibilidade de apelação com base na pretensa violação de normas da comunidade do Facebook são ilegais, argumentando para tanto com a boa fé. O que está em causa não é o direito do FB de controlar a admissão de utilizadores, ou a possibilidade de exclusão, mas a violação das regras da lealdade: terá de haver aviso prévio, explicação das razões e possibilidade de recurso da decisão.

Esta responsabilidade, bem como os mecanismos preventivos associados às decisões de cancelamento ou suspensão de contas, afigura-se particularmente relevante para fazer face a outro fenómeno cada vez mais visível no mundo digital: a anatemização do interlocutor.

Conforme explica Alexandre Franco de Sá<sup>92</sup>, se o inimigo político de que falava Schmitt era um *hostis* e não um *inimicus*, não precisando de ser “moralmente mau, nem esteticamente feio”, para o populismo conceptualizado por Mouffe, a única posição moralmente aceitável pressupõe-se uma superioridade moral e intelectual que, no fundo, dita os requisitos de legitimação para se participar no debate público, condenando todos os outros, que não aceitem aqueles termos, à indignação, pela demonização e a anatematização. Ora, o jornalismo, fruto da hegemonia cultural a que se assiste, na senda da proposta gramsciana, acaba por ser veículo

---

<sup>90</sup> A solução parece conciliar diversos interesses conflitantes. Por um lado, advoga-se a ideia de que as plataformas têm o direito a gerir autonomamente o seu negócio e a definir o seu critério editorial (cf. a este propósito o precedente *Miami Herald v. Tornillo*, que, embora não diga especificamente respeito ao problema que estamos a tratar, acaba por poder ser chamado à colação para efeitos de ponderação judicial); por outro lado importa não esquecer os direitos dos utilizadores das plataformas sociais (cf. a este propósito a decisão do Tribunal de München de 20 de julho 2018, que invocou a *Drittwirkung* para justificar o dever de aceitação de todo e qualquer conteúdo publicitado por parte das redes sociais). A ponderação chama ainda à colação o papel do Estado na regulação da atividade privada e o impacto que os novos canais de comunicação têm no desenvolvimento da consciência coletiva. Sobre o ponto, cf. Daphne Keller, “Who Do You Sue? State and Platform Hybrid Power over Online Speech”, Hoover Working Group on National Security, Technology, and Law, Aegis Series Paper no. 1902; e, entre nós, embora ainda inédito, Luís COUTO, *As redes sociais e a potencialização dos danos na sociedade digital*, Coimbra, 2023 (inédito).

<sup>91</sup> Acerca da natureza contratual da relação entre a plataforma e os seus utilizadores, embora com enfoque nos *marketplaces*, cf. Joana Campos CARVALHO, *Os contratos celebrados através de mercados em linha*, Lisboa, 2022. A propósito da natureza onerosa ou gratuita de tais contratos, veja-se Mafalda Miranda BARBOSA, “Negócios onerosos e gratuitos: uma reflexão a propósito de novos fenómenos de gratuidade”, *Revista de Direito Comercial*, 4-2020, 1809-1851.

<sup>92</sup> Alexandre Franco de Sá, *Ideias sem centro. Esquerda e direito no populismo contemporâneo*, D. Quixote, 2021, 57.

privilegiado desta estratégia, caricaturando os oponentes e silenciando-os, pelo não cumprimento das regras do contraditório. Este fenómeno, que começou nos media *mainstream*, acabou por extravasá-lo, contaminando o mundo digital e determinando uma política de cancelamento, em nome de um politicamente correto que hegemonicamente se cultiva. Ora, a anatematização a que se alude pode, na verdade, configurar-se como um comportamento ilícito. Dependendo dos termos da diabolização, poderemos deparar-nos com a violação do direito à honra; noutras situações, pelo esvaziamento conceptual dos termos utilizados, tal lesão não se verificará, restando uma eventual lesão do direito à liberdade de expressão e de participação cívica. Em casos mais extremos, que, ultrapassando o domínio jornalístico ou das redes sociais, fazem com que o sujeito se confronte com comportamentos discriminatórios ou seja vítima da chamada cultura do cancelamento (v.g., as hipóteses em que um sujeito é afastado do exercício da sua atividade profissional porque, com base em dados fundados, profere uma opinião legítima, embora contrária ao pensamento hegemónico), podemos aventar a eventual violação de outros direitos, como o direito à igualdade ou inclusivamente o direito à liberdade académica ou o direito à liberdade de exercício de uma atividade profissional. Consoante as especificidades do caso, esta ilicitude pode alicerçar uma pretensão indemnizatória (para o que será necessário verificar-se culpa, provarem-se os danos e resolver-se o problema da imputação objetiva), do mesmo modo que pode justificar que se lance mão de determinadas providências tendentes a atenuar ou a evitar a lesão.

Do ponto de vista coletivo, gera, como consequência, a radicalização do discurso e a impossibilidade de um verdadeiro diálogo, constituindo um perigo para a própria sociedade democrática, sem que, contudo, tal seja suficiente para agir no plano do direito privado.

### 5.3.3. A inteligência artificial e desinformação

Os algoritmos inteligentes que se tornam cada vez mais correntes suscitam problemas especiais a este nível.

Em primeiro lugar, eles são utilizados como mecanismos de controlo da desinformação (e de outros comportamentos ilícitos) em rede. Ora, o tipo de raciocínio algorítmico, baseado no processamento de biliões de dados e no estabelecimento de correlações estatísticas, pode comprometer a justeza da decisão da máquina, incapaz de aceder à dimensão semântica dos signos. Nessa medida, torna-se particularmente importante não só a solução consagrada no artigo 22º RGPD, bem como as soluções que se discutem ao nível europeu, como a proposta de Regulamento IA. Acresce a importância da supervisão humana das decisões dos algoritmos.

Por outro lado, os próprios algoritmos podem gerar desinformação. Pense-se, designadamente, nos algoritmos generativos, de que é exemplo o ChatGPT.

Pense-se, a este propósito e com especial acuidade, nos algoritmos, como o ChatGPT, que imitam linguagem natural, criando textos, conversas, gerando fotografias falsas de um imenso realismo, elaborando códigos de programas de computador, escrevendo ensaios ou roteiros de filmes, entre muitas outras potencialidades, ou seja, os chamados LLM (*large language models*).

Trata-se de um sistema treinado, através da análise de bilhões de palavras, para prever, num enunciado linguístico, a palavra seguinte, a partir da compreensão das frases, de modo a poder, posteriormente, dar resposta a perguntas ou criar histórias, de tal sorte que do *input* inicial – a traduzir-se nas palavras que compõem a questão colocada – pode gerar-se automaticamente, como *output*, um texto, sendo igualmente capaz, na sua versão 4, de analisar imagens e compreendê-las como se fossem entradas em texto. Simplesmente, não obstante as potencialidades que encerra, as tentativas de correção de muitos erros detetados e a ampliação de funções, o sistema parece marcado pela falta de transparência quer quanto ao modo de funcionamento, quer quanto aos dados que são utilizados, tendo levado inclusivamente a autoridade italiana em matéria de proteção de dados a bloquear a sua utilização. Em rigor, os problemas já detetados com base no funcionamento do ChatGPT levam-nos mais longe: pense-se no caso do senhor belga que, depois de ter interagido durante duas semanas com um *chatbot*, cometeu suicídio, incentivado pelas palavras que ia recebendo da aplicação. Por um lado, o *chatbot* mostra-se, pela aprendizagem desregulada, apto a produzir textos radicais, eivados muitas vezes de discurso de ódio; por outro lado, a pessoa, mais vulnerável ou não, pode ser permeável a manipulações emocionais, criando a sensação interior de que está efetivamente a desenvolver uma interação subjetiva. Além disso, o algoritmo pode determinar a proliferação de *fake news* e *deep fake news*, por força da atividade criativa do sistema.

Nessa medida, assumirá importância acrescida, também a este nível, o futuro Regulamento IA. Independentemente da qualificação dos algoritmos generativos – de que é exemplo o ChatGPT – como sistemas de risco elevado, como nos parece que deve ocorrer, importa ter em conta o artigo 52º da proposta de Regulamento.

De acordo com este preceito, mesmo nos sistemas de uso geral, os fornecedores devem assegurar que os sistemas de IA destinados a interagir com pessoas singulares sejam concebidos e desenvolvidos de maneira que aquelas sejam informadas de que estão a interagir com um sistema de IA, salvo se tal se revelar óbvio do ponto de vista de uma pessoa singular razoavelmente informada, atenta e advertida, tendo em conta as circunstâncias e o contexto de utilização. Do mesmo modo, os utilizadores de um sistema de categorização biométrica devem informar sobre o funcionamento do sistema as pessoas a ele expostas; os utilizadores de um sistema de reconhecimento de emoções devem informar sobre o funcionamento do sistema as pessoas a ele expostas; e os utilizadores de um sistema de IA que gera ou manipula conteúdos de imagem, áudio ou vídeo que sejam consideravelmente semelhantes a pessoas, objetos, locais ou outras entidades ou acontecimentos reais e que, falsamente, pareçam ser autênticos e verdadeiros a uma pessoa ("falsificação profunda") devem divulgar que o conteúdo foi gerado ou manipulado artificialmente.

Não obstante as medidas tendentes a evitar a criação de enviesamentos estatísticos ou a criação de conteúdos profundamente falsos, importa ter em conta as dificuldades que se enfrentarão sempre que, a partir da atuação de um sistema autónomo, se lese um direito alheio e se verifique um dano. As tradicionais estruturas delituais mostrar-se-ão insuficientes para lidar com o problema, e as propostas europeias em discussão em matéria de responsabilidade civil não nos parecem, para já, suficientes.

Nos termos da Diretiva Responsabilidade da IA, cuja proposta foi adotada pela Comissão em setembro, e de acordo com o artigo 4º/1, os tribunais nacionais presumem o nexo de causalidade entre o facto culposo do demandado e o resultado produzido pelo sistema de IA ou a incapacidade do sistema de IA de produzir um resultado, se estiverem preenchidas todas as seguintes condições: o demandante demonstrou ou o tribunal presumiu a existência de culpa do demandado, ou de uma pessoa por cujo comportamento o demandado é responsável, consistindo tal no incumprimento de um dever de diligência previsto no direito da União ou no direito nacional diretamente destinado a proteger contra o dano ocorrido; pode-se considerar que é razoavelmente provável, com base nas circunstâncias do caso, que o facto culposo influenciou o resultado produzido pelo sistema de IA ou a incapacidade do sistema de IA de produzir um resultado; o demandante demonstrou que o resultado produzido pelo sistema de IA ou a incapacidade do sistema de IA de produzir um resultado deu origem ao dano.

Os termos da presunção, ilidível, concitam-nos as maiores dúvidas. Desde logo, não se percebe o que se presume na hipótese de o lesado demonstrar que o resultado produzido pelo sistema de IA ou a incapacidade do sistema de IA de produzir um resultado deu origem ao dano e de ser razoavelmente provável, com base nas circunstâncias do caso, que o facto culposo influenciou o resultado produzido pelo sistema de IA ou a incapacidade do sistema de IA de produzir um resultado. Por outro lado, confunde-se a análise do âmbito de proteção do dever incumprido, a permitir uma presunção baseada na imputação, com uma ideia de probabilidade que nos aponta ainda para uma visão causalista e fisicista e com uma ideia de dificuldade probatória.

Esta conclusão é confirmada pelas restantes regras em matéria de presunção de causalidade.

Assim, no caso de uma ação de indemnização intentada contra um fornecedor de um sistema de IA de risco elevado sujeito aos requisitos estabelecidos no título III, capítulos 2 e 3, do Regulamento Inteligência Artificial ou uma pessoa sujeita às obrigações do fornecedor nos termos do artigo 24º ou do artigo 28º, nº 1, do Regulamento Inteligência Artificial, a primeira condição só é cumprida se o autor da ação tiver demonstrado que o fornecedor ou, se for caso disso, a pessoa sujeita às obrigações do fornecedor não cumpriu algum dos seguintes requisitos estabelecidos nos referidos capítulos, tendo em conta as medidas tomadas e os resultados do sistema de gestão de riscos. A saber: o sistema de IA é um sistema que utiliza técnicas que envolvem o treino de modelos com dados que não foram desenvolvidos com base em conjuntos de dados de treino, validação e teste que cumprem os critérios de qualidade; o sistema de IA não foi concebido e desenvolvido de maneira que cumpra os requisitos de transparência; o sistema de IA não foi concebido e desenvolvido de maneira que permita uma supervisão eficaz por pessoas singulares durante o período de utilização do sistema de IA; o sistema de IA não foi concebido e desenvolvido de maneira que alcance, tendo em conta a finalidade prevista, um nível apropriado de exatidão, solidez e cibersegurança; ou as medidas corretivas necessárias não foram imediatamente tomadas para assegurar a conformidade do sistema de IA com as obrigações estabelecidas no Regulamento Inteligência Artificial.

Por seu turno, no caso de uma ação de indemnização intentada contra um utilizador de um sistema de IA de risco elevado sujeito aos requisitos estabelecidos no título III, capítulos 2 e 3, do Regulamento Inteligência Artificial, a primeira condição é cumprida se o demandante provar

que o utilizador não cumpriu as suas obrigações de utilizar ou controlar o sistema de IA em conformidade com as instruções de utilização que o acompanham ou que expõem o sistema de IA a dados de entrada sob o seu controlo que não são pertinentes tendo em conta a finalidade prevista do sistema.

Além disso, no caso de uma ação de indemnização relativa a um sistema de IA de risco elevado, o tribunal nacional não pode aplicar a presunção prevista no nº 1 se o demandado demonstrar que estão razoavelmente acessíveis ao demandante elementos de prova e conhecimentos especializados suficientes para provar o nexo de causalidade; e, no caso de uma ação de indemnização relativa a um sistema de IA que não seja um sistema IA de risco elevado, a presunção estabelecida só é aplicável se o tribunal nacional considerar que é excessivamente difícil para o demandante provar o nexo de causalidade.

O enfoque da solução é probatória e orienta-se pela proteção do lesado. Repare-se, aliás, que se prevê a possibilidade de se contestar uma ação de responsabilidade quando baseada numa presunção de causalidade, que não ultrapassa o plano do ser, o que nos mostra a fragilidade da ponderação baseada na probabilidade.

Ora, se em geral o problema da causalidade não pode continuar a ser perspetivado segundo uma relação de causa-efeito, devendo antes ser compreendido em termos imputacionais, torna-se insustentável aderir à posição tradicional, de que ainda é tributária a proposta europeia em matéria de responsabilidade civil pela IA, quando em causa estejam danos causados por sistemas autónomos. A opacidade e a autonomia da máquina inviabilizam as mais das vezes a prova da ligação de que se cura.

Os problemas parecem, contudo, ir além das dificuldades em sede causal. É que, mesmo solucionada a questão por outra via, sem a previsão de uma hipótese de responsabilidade objetiva, torna-se, em muitos casos, inviável indemnizar o lesado.

Quer no quadro da proposta europeia – na qual se exige a prova do não cumprimento ou a presunção do não cumprimento de um dever de diligência –, quer no quadro do entendimento que propomos a propósito da causalidade, que só funciona a partir do momento em que se edifica uma esfera de risco/responsabilidade que, se não é desenhada a priori pelo legislador, tem de emergir a partir da violação de deveres no tráfego, deixará de haver responsabilidade em todas as situações em que, não tendo sido preterido qualquer dever, a lesão resulta da corrupção de dados gerada pelo próprio algoritmo com base na aprendizagem que fez a partir de milhões de dados e da natureza das correlações estatísticas que elabora, as quais são suscetíveis de gerar enviesamentos discursivos.

CENTRO  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

# ■ PARTE I

## RESPONSABILIDADE CIVIL - O UNIVERSO DOS ILÍCITOS CRIMINAIS

### 3. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DISCURSO DE ÓDIO PERANTE O TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS

JOSÉ ANTÓNIO HENRIQUES  
DOS SANTOS CABRAL



CENTRO  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS



### 3. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DISCURSO DE ÓDIO PERANTE O TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS

José António Henriques dos Santos Cabral\*

- I. Da liberdade de expressão
- II. Do discurso de ódio
- III. Do Negacionismo

#### I. Da liberdade de expressão

A abordagem do tema da liberdade de expressão, nomeadamente a exercida através da imprensa, tem como pressuposto a ideia de que nos encontramos perante um domínio no qual, e ao longo dos últimos anos, a jurisprudência dos tribunais superiores do nosso país tem evidenciado um desenvolvimento fundado, essencialmente, no acatamento da jurisprudência do TEDH.

Efectivamente, e por mais que se pretenda obviar tal realidade, é manifesto que a forma de tipificar a liberdade de expressão assume conformação distinta consoante uma leitura feita à luz da Constituição da República e do direito infraconstitucional que lhe está adjacente ou a gerada na perspectiva da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e do Cidadão. Existe uma falta de correspondência dos pontos de partida valorativos de cada um dos dois sistemas.

Assim, no ordenamento português o direito ao bom nome e reputação, para além de um direito decorrente do direito geral de personalidade inscrito no artigo 70º do Código Civil, configura-se como um direito fundamental com consagração expressa e autónoma como direito pessoal no artigo 26º da Constituição da República. No que concerne, e em anotação ao mesmo artigo, referem Gomes Canotilho e Vital Moreira que: *“(...) Tal como sucede em relação a outros direitos o âmbito do direito ao bom nome e reputação não é menos intenso na esfera política do que na esfera pessoal, devendo ser harmonizado e balanceado com a liberdade do debate político e com a liberdade de crítica política, que são inerentes à democracia. Neste aspeto, o TEDH tem adotado um critério assaz liberal na proteção da liberdade de expressão e opinião e do direito de crítica política em desfavor do bom nome e reputação política dos titulares de cargos políticos ou dos agentes políticos. No contexto constitucional português, os direitos em colisão devem considerar-se como princípios suscetíveis de ponderação ou balanceamento nos casos concretos, afastando-se qualquer ideia de supra ou infra valoração abstrata*<sup>1</sup>.

Também para Capelo de Sousa entre os bens mais preciosos da personalidade moral, tutelada no artigo 70º do Código Civil, figura a honra enquanto projeção na consciência social do conjunto dos valores pessoais de cada indivíduo, desde os emergentes da sua mera pertença ao género humano até àqueles que cada indivíduo vai adquirindo ao longo da sua vida através do seu esfoço pessoal.

\* Juiz Conselheiro Jubilado do Supremo Tribunal de Justiça.

<sup>1</sup> Constituição da República Portuguesa Anotada, volume I, 4ª edição, Coimbra Editora, página 466.

O crédito da honra é devido naturalmente, sendo que a honorabilidade só pode ser descartada quando os atos do indivíduo demonstrem o contrário. A honra, em sentido amplo, inclui, também, o bom nome e a reputação, enquanto síntese do apreço social que o indivíduo merece.<sup>2 3 4</sup>

Também o direito de expressão e de informação usufrui do estatuto dos direitos fundamentais consagrado no artigo 37.º1 da C. R. P., segundo o qual *“Todos têm direito de exprimir e divulgar livremente o seu pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, bem como o direito de informar, de se informar e de ser informado, sem impedimentos nem discriminações”* E acrescenta-se no seu n.º 2 *“o exercício destes direitos não pode ser impedido ou limitado por qualquer tipo ou forma de censura”*.

Consequentemente, também a liberdade de informação e de expressão está inscrita no quadro dos direitos, liberdades e garantias pessoais e tem por fim último garantir a plenitude da democracia, a pluralidade de opiniões e de pensamento. Todavia, tal consagração não configura um direito absoluto pois que a lei ordinária pode restringi-la nos casos expressamente previstos na Constituição e tem os limites necessário inscritos na protecção de outros direitos, ou interesses, constitucionalmente protegidos – n.º 3.

Repete-se, é a própria Constituição a considerar que o direito de expressão e informação tem limites, os quais, sendo ultrapassados, dão lugar a eventual responsabilidade criminal e civil. Podemos afirmar, na esteira de Sousa Ribeiro, que *“a liberdade de expressão tem uma dimensão individual, pois é uma garantia de livre manifestação da individualidade e da autodeterminação de cada um.... A liberdade de imprensa, como veículo e forma qualificada da liberdade de expressão, é funcional à participação cívica e política. O acesso à informação e à opinião livres propicia um indispensável escrutínio à condução dos assuntos públicos, em todos os níveis da administração. É um pilar central da ordem democrática, o “sangue vital da democracia”*.<sup>5</sup>

Uma vez que os direitos em causa têm igual dignidade constitucional, e numa situação de eventual confronto, a colisão deverá ser resolvida na ponderação do caso concreto, tentando a sua adequação, procurando potencializá-la de forma a que cada um possa produzir os seus máximos efeitos. Tal é o sentido do artigo 335º do CC, ao estabelecer que *“havendo colisão de direitos iguais ou da mesma espécie, devem os titulares ceder na medida do necessário para que todos produzam igualmente o seu efeito, sem maior detrimento para qualquer das partes”*.

Da constatação de tal pressuposto da igual dignidade constitucional, e sequente possibilidade de confronto, parte Jónatas Machado para afirmar que a colisão deve ser superada através do princípio da proporcionalidade, ou proibição do excesso, com salvaguarda do conteúdo

<sup>2</sup> O Direito Geral de Personalidade, página 301 e seguintes.

<sup>3</sup> Para Maria Paula Andrade (Da Ofensa do Crédito e do Bom Nome, Contributo para o estudo do artigo 484º do Código Civil, p. 97), *“a honra é um bem da personalidade, que se traduz numa pretensão ou direito do indivíduo a não ser vilipendiado no seu valor aos olhos da sociedade e que constitui modalidade do livre desenvolvimento da dignidade humana (...)”*.

<sup>4</sup> Conf. Iolanda A.S. Rodrigues de Brito, in Liberdade de Expressão e Honra das Figuras Públicas, Coimbra Editora, pág. 182.

<sup>5</sup> Revista de Legislação e Jurisprudência, Ano 148, nº 4014 página 146 e seguintes.

essencial de cada direito. Como refere Costa Andrade “(...) a eminente e igual dignidade constitucional dos valores em confronto (honra e liberdade de expressão e de imprensa) cometem a equação e superação dos problemas a uma ponderação global de interesses na perspetiva do caso concreto”.<sup>6 7</sup>

Perfilada numa interpretação normativa com aval, não só na Constituição, como, também, no texto dos tratados que vinculam o nosso país<sup>8</sup> (os quais asseguram o direito à dignidade, à integridade moral e ao bom nome e reputação da pessoa), uma parte da jurisprudência afirmou inicialmente uma precedência ao bom nome e reputação no confronto com a liberdade de expressão e informação.

Como paradigma de tal perspectiva situa-se o acórdão de 9 de setembro de 2010 onde se afirma que “o valor da honra, enquanto dignitas humana, é mais importante que qualquer outro (valor do direito à projeção moral, ou seja, o direito à honra em sentido amplo) e transige menos facilmente com os demais em sede de ponderação de interesses”. Apelando para uma ponderação situa-se o acórdão de 4 de Março de 2010 afirmando que “... Embora sejam de categoria igual, dada a sua inserção sistemática, deriva da Constituição que, relativamente ao direito ao bom-nome e reputação, não há qualquer restrição à sua admissão. .... O mesmo já não acontece quanto ao direito à liberdade de expressão e informação, ao qual a lei constitucional faz a restrição do artigo 37.º, 3 CRP: “As infracções cometidas no exercício destes direitos ficam submetidas aos princípios gerais de direito criminal, sendo a sua apreciação da competência dos tribunais judiciais”. ... Daqui deriva que este direito não é ilimitado, encontrando como limite a ofensa ao bom-nome e reputação da pessoa humana. Este direito apenas pode ser beliscado, em certa medida, nos casos em que esteja em causa um interesse público que se lhe sobreponha e a divulgação seja feita de forma a não exceder o necessário a tal divulgação. No caso de conflito entre esses direitos – o do bom-nome ou de informação – há que analisar o caso concreto, por forma a harmonizá-los o melhor possível ou, mesmo, dando prevalência a um deles, conjugando o princípio da proporcionalidade, da “concordância prática” e a “ideia do melhor equilíbrio entre esses direitos colidentes”.

Inversamente, no texto da Convenção Europeia o direito ao bom nome e reputação não goza de garantia autónoma. Efectivamente, a protecção da honra, ou dos direitos de outrem, está prevista, no n.º 2 do artigo 10º como uma causa justificativa de restrições ao exercício da liberdade de expressão e consubstancia um dos fins legítimos que pode justificar uma ingerência no âmbito de protecção da liberdade amplamente reconhecida no n.º 1 desse preceito.

Estabelece-se uma relação de supra ordenação entre a liberdade de expressão como regra e a tutela do direito ao bom nome como excepção. Em lugar da perspectiva de colisão entre direitos, com uma interferência e um condicionamento recíprocos, a tutela do direito ao bom nome é

<sup>6</sup> Liberdade de Imprensa e Inviolabilidade Pessoal”, página 299.

<sup>7</sup> Iolanda de Brito (texto citado) elege, como critérios a utilizar em tal ponderação em matéria de colisão entre o direito à honra e à liberdade de expressão, a prossecução de um interesse público, a verdade/falsidade do facto imputado e a gravidade do juízo de valor.

<sup>8</sup> Caso da Declaração Universal dos Direitos do Homem, artigo 12º; ou o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, artigo 17º n.º 1.

enquadrada, à luz da Convenção, normativamente, como uma "ingerência" na esfera protegida da liberdade de expressão.

Partindo da mesma liberdade de expressão, e num sentido unidirecional, a protecção da honra surge, à luz da jurisprudência do TEDH, não como afirmação de algo de essencial da dignidade da pessoa e estruturante da sua personalidade e do reconhecimento do facto que ninguém está só, mas como mera e potencial ingerência enquanto restrição à liberdade de expressão. À luz de tal critério só são admitidas restrições ao exercício do leque de liberdades contidas na liberdade de expressão, "*que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática para a realização dos fins taxativamente indicados, entre os quais "a protecção da honra ou dos direitos de outrem"*.

Nesta perspectiva a liberdade de expressão pode colidir com outros direitos, como a honra (individual ou coletiva), ou outros valores que merecem protecção, como a reivindicação de respeito ou a paz social. Entre o uso legítimo e o abuso de direito existe uma zona de fronteira, uma margem estreita onde é necessário determinar quais os critérios que o Tribunal utiliza para precisar que a legislação nacional causa uma violação do direito à liberdade de expressão. Tais critérios consubstanciam-se no denominado "**tríplice teste de Estrasburgo**" e evidenciados em *Handyside v. Reino Unido* (1974).

Quando uma decisão nacional passa no referido teste tal significa que a restrição que se impôs à liberdade de expressão é válida porque cumpriu três condições:

- 1) O limite está estabelecido na lei;
- 2) O limite é necessário para atingir um propósito legítimo em uma sociedade democrática;
- 3) Os meios utilizados são proporcionais em relação a esse fim.

Este mecanismo permite avaliar, não só a literalidade de uma mensagem potencialmente ofensiva, mas também o seu contexto, isto é, a forma como se expressa o autor; a sua intenção, o seu previsível impacto pernicioso e, se aplicável, a dimensão da sanção aplicada de acordo com as leis nacionais.

Apelando, a título exemplificativo, para decisões configuradoras da Jurisprudência do TEDH sobre a matéria e recenseadas no "*Guide sur l' article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme. Liberté de expression*"<sup>9</sup> encontramos algumas das linhas de orientação daquele tribunal. Assim, inscrevem-se no âmbito do direito de liberdade de expressão diversos casos em que há críticas contundentes e agressivas a figuras públicas, que se entendem como não provocando um «prejuízo importante» atendendo à proeminência social daquelas.<sup>10</sup> Igualmente

<sup>9</sup> Conseil de l'Europe/Cour européenne des droits de l'homme. Première édition – 31 mars 2020, integralmente disponível para consulta online na presente data in [https://www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_Art\\_10\\_FRA.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_10_FRA.pdf). e recenseadas no acórdão do STJ de 25 de Março de 2021.

<sup>10</sup> – n.º 2611/10º, Eon c. França, de 14-06-2013; – n.º 155449/09, Margulev c. Rússia, de 08-10º-2019; – n.º 19219/07, Sylka c. Polónia, de 03-06-2014.

assumida a distinção entre o juízo de valor gratuito e ofensivo de um juízo de valor alicerçado em factos e proferido no âmbito de um debate de ideias. Neste sentido, são estruturantes as decisões proferidas nos processos – Ac. Lopes Gomes da Silva c. Portugal, de 28-09-2000; Ac. Lombardo e outros c. Malta, de 24-07-2007; Ac. Dyuldin e Kislov c. Rússia, de 31-10-2007.

Persistente a constatação de que, perante a imputação de factos ou a formulação de juízos de valor desonrosos em que o alvo é uma figura pública, e estando em causa um tema de relevância e interesse público, o TEDH, ao aplicar o artigo 10.º da CEDH, tem desenvolvido uma doutrina de protecção acrescida da liberdade de expressão. Tal orientação está patente em plúrimas decisões como é o caso dos – Lingens c. Áustria, de 08-07-1986; Oberschlick c. Áustria, de 01-07-1997; Pakdemirli c. Turquia, de 22-05-2005; Turhan c. Turquia, de 19-08-2005; Brasilier c. França, de 11-07-2006;– , Kulice c. Polónia, de 18-06-2008; Brunet Lecomte et Lyon Mag c. França, de 06-08-2010; Tuşalp c. Turquia, de 21-05-2012;– n.º 20981/10, Mladina DD Ljubljana c. Eslovénia, de 17-04-2014; Axel Springer AG c. Alemanha, de 10-10-2014;– Morar c. Roménia, de 07-10-2015; Nadtoka c. Rússia, de 17-10-2016.

Nesta decorrência, o TEDH outorgou o estatuto inerente à liberdade de expressão inscrito no artigo 10º da Convenção e assumiu como seu exercício legítimo expressões dirigidas a figuras públicas como: «imbecil» (Ac. Oberschlick c. Áustria, de 01-07-1997); «mentiroso completo e sem complexos» ou «intolerante e perseguidor» (cf. Ac. Almeida Azevedo c. Portugal, de 23-01-2007); «mentiroso reles» e «pobre diabo» (Ac. Do Carmo de Portugal e Castro Câmara c. Portugal, de 04-10-2016); «o político mais idiota que conheço» (Antunes Emídio and Soares Gomes da Cruz c. Portugal, de 24-09-2019); «grotesco», «boçal», «grosseiro», «ridículo», «alarve» e «beato» (Lopes Gomes da Silva c. Portugal de 28-09-2009).

Em todas as decisões aludidas esteve presente a orientação do TEDH no sentido de que a liberdade de expressão tem inteira aplicação, não só para as «informações» ou «ideias» acolhidas, ou consideradas inofensivas ou indiferentes, mas, também, para aquelas que ferem, chocam ou ofendem. Igualmente patente naquela jurisprudência o postulado da necessidade de uma interpretação restritiva das excepções à mesma liberdade de expressão consagradas no artigo 10º, devendo a sua necessidade ser estabelecida de forma convincente.

Denominador comum a tal jurisprudência a noção de que, a pretexto da liberdade de imprensa como condição do carácter «necessário numa sociedade democrática», se impõe a necessidade de averiguar se a ingerência litigiosa no caso concreto correspondia a uma «**necessidade social imperiosa**». A ingerência das autoridades é, pois, um conceito chave na jurisprudência do TEDH, que aprecia, caso a caso, a legitimidade e necessidade da mesma numa sequência que comporta: em primeiro lugar, a indagação sobre se a medida adotada pelas autoridades nacionais (as mais das vezes, a decisão interna definitiva que condenou na esfera penal ou civil o autor da opinião ou informação) estava prevista no ordenamento jurídico interno de modo acessível e previsível; em segundo lugar, a indagação sobre se essa medida visou a prossecução de algumas das finalidades previstas no n.º 2, o que lhe conferirá legitimidade; e, por fim (esta a questão central e mais complexa), a ponderação sobre a necessidade imperiosa dessa medida numa sociedade democrática para alcançar aquele ou aqueles fins.

Ainda segundo a jurisprudência do TEDH é importante fazer a distinção entre factos e juízos de valor, considerando que os juízos de valor não se prestam à demonstração da respectiva veracidade, tendo protecção mais ampla do que a difusão de factos. Podem ter maior, ou menor, correspondência nos factos, mas não passam de convicções. Por seu turno os factos serão verdadeiros ou falsos”.

Sintetizando, e tal como refere Sousa Ribeiro, *“podemos detectar na jurisprudência do TEDH uma sedimentação de princípios entre os quais se destacam: a atribuição de uma esfera de protecção diminuída às figuras públicas, em particular aos detentores ou candidatos a cargos políticos atuando fora do quadro da vida privada; a concessão de uma margem muito alargada de tolerância para manifestações da liberdade de expressão no contexto de um debate público sobre questões de interesse geral; a distinção entre a invetiva política e o ataque pessoal gratuito; a distinção entre uma declaração de facto, suscetível de comprovação, e uma opinião, para o que basta uma base factual credível: a ideia de que a liberdade de expressão, numa sociedade acolhedora do pluralismo democrático, não serve apenas para divulgar conteúdos inofensivos ou indiferentes, mas também aqueles que podem ferir, chocar ou abalar; a protecção reforçada dos jornalistas, desde que agindo de boa fé e com respeito pelas regras legais e deontológicas da profissão”*.<sup>11</sup>

É nesta sequência que o Supremo Tribunal de Justiça vem, sucessivamente, alinhando de uma forma cada vez mais estreita as suas posições com a jurisprudência do TEDH. Assim, e a título exemplificativo: Acórdão do STJ de **30-06-2011** referindo que, *“de acordo com o artigo 10.º do CEDH, o intérprete terá de seguir o caminho consistente, não a partir da tutela do direito à honra e considerar os casos de eventuais ressalvas, mas a partir do direito à livre expressão, e averiguar se têm lugar algumas das excepções do n.º 2 do citado artigo 10.º do CEDH, caminho que se reforçado pelo texto da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia que, no seu artigo 11.º, igualmente consagra a liberdade de expressão e de informação”*; Acórdão de **06-09-2016** no qual se consignou, além do mais, o seguinte:

*“.... De acordo com a orientação estabelecida pelo TEDH e que os tribunais nacionais terão que seguir, as condicionantes à liberdade de expressão e de imprensa devem ser objecto de uma **interpretação restritiva** e a sua necessidade deve ser estabelecida de forma convincente; Por seu turno, no acórdão do STJ de **13-07-2017** consignou-se que A liberdade de expressão constitui um dos pilares fundamentais do Estado democrático e uma das condições primordiais do seu progresso e, bem assim, do desenvolvimento de cada pessoa;*

*– As excepções constantes deste n.º 2 devem ser **interpretadas de modo restrito**;*

*– Tal liberdade abrange, com alguns limites, expressões ou outras manifestações que criticam, chocam, ofendem, exageram ou distorcem a realidade.*

No acórdão de **31-01-2017** deixou-se estabelecido o seguinte:

*“ ....O TEDH, interpretando e aplicando a CEDH, tem defendido e desenvolvido uma*

<sup>11</sup> Ibidem pág. 160 e seguintes.

*doutrina de protecção reforçada da liberdade de expressão, designadamente quando o visado pelas imputações de factos e pelas formulações de juízos de valor desonrosos é uma figura pública e está em causa uma questão de interesse político ou público em geral.*

*Perante uma orientação jurisprudencial estabilizada junto do TEDH, como acontece em casos como o dos autos, os tribunais portugueses não poderão deixar de se influenciar pelo paradigma europeu dos direitos humanos.”.*

No Acórdão da 7.<sup>a</sup> Secção deste STJ proferido a **10-12-2019** deixou-se consignado no sumário o seguinte:

*“I – A Constituição da República Portuguesa não estabelece qualquer hierarquia entre o direito ao bom nome e reputação, e o direito à liberdade de expressão e informação, nomeadamente através da imprensa. Quando em colisão, devem tais direitos considerar-se como princípios susceptíveis de ponderação ou balanceamento nos casos concretos, afastando-se qualquer ideia de supra ou infra valoração abstracta.*

*IV – De acordo com a orientação estabelecida pelo TEDH e que os tribunais nacionais terão que seguir, as condicionantes à liberdade de expressão e de imprensa devem ser objecto de **uma interpretação restritiva** e a sua necessidade deve ser estabelecida de forma convincente...*

*VII – O TEDH, interpretando e aplicando a CEDH, tem defendido e desenvolvido uma doutrina **de protecção reforçada** da liberdade de expressão, designadamente quando o visado pelas imputações de factos e pelas formulações de juízos de valor desonrosos é uma figura pública e está em causa uma questão de interesse político ou público em geral.*

*VIII – A vinculação dos juízes nacionais à CEDH e à jurisprudência consolidada do TEDH implica uma inflexão da jurisprudência portuguesa, assente no entendimento, até há pouco dominante, de que o direito ao bom nome e reputação se deveria sobrepor ao direito de liberdade de expressão e/ou informação”.*<sup>12</sup> Por último no Acórdão de **21-03-2021**

*I. A Constituição da República Portuguesa não estabelece qualquer hierarquia entre o direito ao bom nome e reputação, e o direito à liberdade de expressão e informação, nomeadamente através da imprensa. Quando em colisão, devem tais direitos considerar-se como princípios suscetíveis de ponderação ou balanceamento nos casos*

<sup>12</sup> Ali se refere ainda que: “Ocorrendo conflito entre os direitos fundamentais individuais – à honra, ao bom nome e reputação - e a liberdade de imprensa, não deve conferir-se aprioristicamente e em abstrato precedência a qualquer deles, impondo-se a formulação de um juízo de concordância prática que valora adequadamente as circunstâncias do caso e pondere a interpretação feita, de modo qualificado, acerca da norma do artigo 10<sup>o</sup>.<sup>o</sup> da CEDH pelo TEDH - órgão que, nos termos da CEDH, está especificamente vocacionado para uma interpretação qualificada e controlo da aplicação dos preceitos de Direito Internacional convencional que a integram e que vigoram na ordem interna e vinculam o Estado Português - e tendo ainda necessariamente em conta a dimensão objectiva e institucional subjacente à liberdade de imprensa, em que o bem ou valor jurídico que, aqui, é constitucionalmente protegido se reporta, em última análise, à formação de uma opinião pública robusta, sem a qual se não concebe o correcto funcionamento da democracia.”

*concretos, afastando-se qualquer ideia de supra ou infra valoração abstrata.*

*VIII. De acordo com a orientação estabelecida pelo TEDH e que os tribunais nacionais terão que seguir, as condicionantes à liberdade de expressão e de imprensa devem ser objeto de uma interpretação restritiva e a sua necessidade deve ser estabelecida de forma convincente.....*

*XI. O TEDH, interpretando e aplicando a CEDH, tem defendido e desenvolvido uma doutrina de proteção reforçada da liberdade de expressão, designadamente quando o visado pelas imputações de factos e pelas formulações de juízos de valor desonrosos é uma figura pública e está em causa uma questão de interesse político ou público em geral.*

*XII. A vinculação dos juízes nacionais à CEDH e à jurisprudência consolidada do TEDH implica uma inflexão da jurisprudência portuguesa, assente no entendimento, até há pouco dominante, de que o direito ao bom nome e reputação se deveria sobrepor ao direito de liberdade de expressão e/ou informação.*

*XIII. Nos anos mais recentes vingou e privilegiou-se uma orientação segundo a qual a liberdade de expressão, embora deva ser sempre apreciada em equilíbrio com os direitos ao bom nome, à reputação e à imagem, visando a salvaguarda de uma sociedade democrática e considerando a envolvimento de cada caso concreto, numa ótica de proporcionalidade, ainda assim merece tutela mais efetiva e candente, enquanto direito essencial cuja proteção é condição para a existência de uma democracia pluralista necessária ao desenvolvimento do homem e ao progresso da sociedade. Isto porque a liberdade de expressão assenta e encontra respaldo no pluralismo de ideias e opiniões livremente expressas.”*

Fundamentalmente, a jurisprudência predominante no Supremo Tribunal de Justiça, tributária da orientação do TEDH, fundamenta-se numa pretensa contraposição entre a pretensa tendência nacional para o individualismo (que a tutela do direito à honra, habitualmente, protege) e a visão internacional mais virada para as realidades colectivas, especialmente as reportadas ao suporte da sociedade, tal como se pretende que ela seja formatada.<sup>13</sup>

Seguindo um percurso lógico, que constitui o denominador comum da mesma jurisprudência, argumenta-se, num primeiro momento, que, perante o confronto entre a tutela, quer do direito à honra, quer do direito à liberdade de expressão e informação, o texto constitucional não assume qualquer relevância na afirmação de um dos direitos sobre o outro<sup>14</sup>. O conflito entre os dois direitos, e nesta perspectiva, não encontrará resposta naquele texto.

Assim, assumida a ausência de resposta legal perante a incompatibilidade do exercício dos direitos em conflito, a mesma jurisprudência apela para os artigos 8.º e 16.º, n.º 1 da Constituição e, conseqüentemente, às normas de direito internacional. Por essa forma pretende-se atribuir às normas da Convenção Europeia uma dimensão superior ao das normas ordinárias de origem interna. No que a lei constitucional deixa por regulamentar, valerá, assim, e em primeira linha, o texto convencional, colocando-se a questão da sua interpretação através

<sup>13</sup> Acórdão de 30-06-2011.

<sup>14</sup> Neste sentido, Iolanda de Brito, Liberdade de Expressão e Honra das Figuras Públicas, página 54).



das sucessivas decisões do TEDH pois que, nos termos do artigo 46.º, n.º1 da Convenção, as partes contratantes obrigam-se a respeitar as sentenças definitivas do Tribunal nos litígios em que forem partes.

Perante tais premissas é lógica a conclusão de que sobre os tribunais portugueses incumbe o ónus de acatar o artigo 10.º da Convenção na interpretação que lhe vem conferindo o TEDH. Em consequência, a mesma jurisprudência, de forma quase unânime, consagra hoje uma relação de valorização da liberdade de expressão como regra e a tutela do direito ao bom nome como exceção. Em lugar duma ponderação em função da colisão entre ambos, com uma interferência e um condicionamento recíprocos, ou seja, uma oposição entre um direito e de uma liberdade situados, em abstrato, no mesmo plano, a tutela do direito ao bom nome é enquadrada normativamente como uma "ingerência" na esfera protegida da liberdade de expressão.

Como refere Sousa Ribeiro, «... é deste polo valorativo que o processo decisório parte, centrando-se unidirecionalmente em controlar se a ingerência, enquanto restrição à liberdade de expressão, encontra razão justificativa pelos critérios fixados no nº 2 do artigo 10º. À luz desses critérios, só são admitidas restrições ao exercício do leque de liberdades, contidas na liberdade de expressão, "que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática" à realização dos fins taxativamente indicados, entre os quais "a proteção da honra ou dos direitos de outrem". No que diz respeito a este fim, tal critério da necessidade é aplicado com um alto grau de exigência, dentro da ideia de que as exceções **devem ser interpretadas restritivamente**. Segundo jurisprudência uniforme do TEDH, a ingerência deve corresponder a uma "**necessidade social imperiosa**", estabelecida de forma convincente. Esta orientação conduziu o Tribunal a uma tutela "forte" da liberdade de imprensa, com ampla tolerância perante ofensas ao direito à honra, no exercício desta liberdade, e muito escassa margem de apreciação nacional.»<sup>15</sup>

"Interpretação restritiva"; "opção preferencial pelo exercício da liberdade de expressão"; "necessidade social imperiosa" são fronteiras e conceitos amplos visando conter em abstracto a possibilidade de limitar o exercício da liberdade de expressão e que orientam hoje a jurisprudência dos tribunais portugueses e, nomeadamente, o Supremo Tribunal de Justiça.

Dentro desta jurisprudência importa, ainda, assinalar a originalidade do caminho proposto pelo Acórdão do mesmo Tribunal de 13-07-2017 que manifesta a necessidade de uma concordância prática, considerando que a metodologia adequada a substituir um desejável mecanismo de reenvio prejudicial consistirá em formular um juízo de prognose sobre a interpretação que certa norma convencional provavelmente irá merecer se o caso for ulteriormente colocado ao TEDH. Nesta perspectiva deve-se partir, na medida do possível, de uma análise da jurisprudência mais recente, e actualizada, desse órgão jurisdicional internacional proferida a propósito de situação materialmente equiparável á caso concreto.

Afirma-se ali que "*tal caminho não implica que o Supremo Tribunal nacional tenha de seguir automaticamente a orientação que, naquele juízo de prognose, considere o que provavelmente*

<sup>15</sup> Ibidem.

*decorre da jurisprudência reiterada do TEDH, emitida anteriormente a propósito de situações materiais idênticas ou equiparáveis. A prevalência das normas constitucionais sobre o próprio Direito Internacional convencional poderá levar a uma recusa de aplicação, com fundamento em inconstitucionalidade, da solução normativa que, resultando, naquele juízo de prognose, da jurisprudência reiterada do TEDH, se revele, no caso, conflituante com as normas e princípios da Constituição: ou seja, a verificar-se tal situação (por ex., num caso em que se considere que a compatibilização ou concordância prática dos direitos fundamentais em conflito, tal como emerge da jurisprudência corrente do TEDH, implicaria o desproporcional esmagamento ou esvaziamento de um direito fundamental de personalidade) enunciará o Tribunal esse preciso conteúdo normativo, recusando a respectiva aplicação por o considerar inconstitucional – e abrindo-se, assim, a possível via do recurso de fiscalização concreta, previsto na al. a) do nº1 do artigo 70º da Lei do TC.”*

Numa postura diversa, e radical, defendendo em abstracto, a subordinação do direito à honra em relação à liberdade de expressão se situa o Acórdão da Relação de Évora de 1 de Junho de 2014 onde se refere que *“Repisamos, numa sociedade actual moderna e saudavelmente respeitadora de direitos a liberdade de expressão não está ao mesmo nível da defesa da honra. Esta é um direito de cariz marcadamente individual. Aquele é um direito charneira na organização de uma sociedade que se auto-limita por direitos... Só numa sociedade com tradição e resquícios autoritários, de supremacia de elites que se pretendem incontestadas, com conceitos de honra inchados por conveniência de controle e dominância se pode tão facilmente – como é costume – atribuir aos dois direitos o mesmo valor ou, mesmo, fazer prevalecer a honra à liberdade de expressão.”*

Sem embargo da constatação da divergência da lei portuguesa em relação à Convenção em sede da liberdade de expressão admite-se que o apelo ao critério de proporcionalidade possa contentar a nossa ordem jurídico-constitucional e a mesma Convenção.

Porém, por vezes, essa mesma ponderação tem estado ausente das valorações do TEDH levando para além do limite a protecção da liberdade de expressão, como se esta fosse o alfa e o ómega do exercício das liberdades individuais.<sup>16</sup> Fazendo novamente apelo às avisadas palavras de Sousa Ribeiro *“há que contrariar o risco de que, na prática judicial, possa vir a ter adesão significativa esta visão excessivamente minorizadora da tutela contra as ofensas ao bom nome e à reputação. Mantendo, na íntegra, os critérios desenvolvidos pelo TEDH, importa, na sua aplicação aos casos em juízo, resguardar o equilíbrio da ponderação. Mesmo no campo do combate político e em todos os demais em que a tutela do direito ao bom nome e reputação frequentemente deve recuar, como forma adequada, necessária e proporcional ao exercício da liberdade de expressão, essa tutela não pode ser inteiramente sacrificada, de modo irrestrito e sistemático, por uma incondicionada posição de princípio favorável à supremacia desta liberdade. A garantia do livre debate de questões de interesse público, em sociedade democrática, justifica a atribuição, nesse âmbito, de um peso acrescido de ponderação à liberdade de expressão, quando em colisão com o direito ao bom nome. Mas nada mais do que isso. Não dispensa a aplicação rigorosa do princípio da proporcionalidade e o controlo da salvaguarda*

<sup>16</sup> V.G caso Mediprees Contra Portugal de 30 de Agosto de 2016.

*do núcleo essencial deste direito – a manter incólume, em qualquer circunstância. A cedência do direito ao bom nome só se justifica quando encontra respaldo nestes critérios constitucionais”.*<sup>17</sup>

Efectivamente a letra, e o espírito, da Constituição constituem uma fronteira inultrapassável. No que concerne importa acentuar que a natureza exhaustiva das previsões constitucionais de direitos fundamentais afasta a hipóteses de atribuir relevância prática à possibilidade de recurso a fontes normativas externas. É, na verdade, muito difícil apontar à Constituição, nesta matéria, vazios de regulação ou lacunas de previsão. O próprio Tribunal Constitucional referiu expressamente no Acórdão nº 352/98 que não faz sentido recorrer à Convenção quando ela nada acrescenta às disposições constitucionais relativas aos direitos fundamentais.

No plano da hierarquia das normas, as constitucionais aparecem no topo da pirâmide, seguidas das normas convencionais internacionais regularmente ratificadas pelo Estado Português, que também vigoram no direito interno<sup>18</sup>. A Constituição da República Portuguesa no artigo 8º, nº 4 estatui que as *“disposições dos tratados que regem a União Europeia e as normas emanadas das suas instituições, no exercício das respetivas competências, são aplicáveis na ordem interna, nos termos definidos pelo direito da União, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático”*. Exige-se assim, o respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático, que é exatamente o que está em causa.

Uma jurisprudência do TEDH maximalista na protecção da liberdade de expressão, sem consideração pelos restantes direitos que com aquela podem estar em conflito, pode colidir com a Constituição na medida em que esta não permite, no seu artigo 18º, nº 3, a restrição dos direitos, liberdades e garantias, como são os direitos pessoais, de modo a diminuir o conteúdo essencial dos preceitos constitucionais que os consagram.

Dito por outras palavras, e tal como refere o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 26 de Janeiro de 2017, a jurisprudência do TEDH, de forma persistente, está, verdadeiramente, a hierarquizar, em termos abstratos, os direitos, liberdades e garantias previstos na Constituição da República Portuguesa, o que a mesma não permite por força da sua igual dignidade constitucional.<sup>19</sup>

Também num plano crítico se situa Faria Costa que, em relação a uma decisão concreta<sup>20</sup>, mas aplicável a toda a jurisprudência do TEDH nesta matéria, aponta para a ausência de consolidação de critério material normativo e sequente fundamentação do decidido refugiando-se o mesmo Tribunal em enunciações abstractas refugiadas num inusitado apelo a decisões anteriores.

<sup>17</sup> Ibidem.

<sup>18</sup> Jorge Miranda e Rui Medeiros, in *“Constituição Portuguesa Anotada”*, vol. I, Coimbra Editora, 2005, págs. 91 a 96; Ireneu Cabral Barreto, in *“A Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada”*, Coimbra Editora, 2005, págs. 31 e 32; Iolanda A.S. Rodrigues de Brito, in *“Liberdade de Expressão e Honra das Figuras Públicas”*, Coimbra Editora, 2010º, págs. 10º3 a 10º9.

<sup>19</sup> Neste sentido, Noronha do Nascimento, *A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem sobre direitos de personalidade e liberdade de imprensa: bluff e realidade*, Julgar on line, Outubro de 2019.

<sup>20</sup> Caso Lopes da Silva contra Portugal, decisão 28 de Setembro de 2009.

Como refere o mesmo Autor <sup>21</sup>... *Dever-se-á exigir-lhes critérios normativos materiais consistentes que possam fundamentar as próprias decisões. Ora, na decisão judicial que se critica, em total transparência de argumentação e em não menor limpidez de motivações, o Tribunal refugia-se na enunciação de platitudes e na força legitimadora de decisões anteriores. Não se vê em todo o aresto um único e consistente critério material que possa contrariar a bondade das decisões das instâncias superiores dos tribunais nacionais, nomeadamente do Tribunal Constitucional. ... Todavia, a honra e o bom nome têm igual valência normativa. Porém, porque temos de estabelecer uma concordância entre eles tem de saber-se, com exactidão normativa, quando é que um prevalece em detrimento do outro. E mais. Há ainda que perceber as situações em que – não obstante a constrictão de um valor por outro valor – não é susceptível de ser censurada a conduta daquele que o faz: quer penalmente, quer enquanto violação de um direito fundamental ajuizado pelo TEDH.*

*Fica, em consequência, demonstrado que a exigência da especificação de um critério material, que racionalmente sustente qualquer decisão judicial, não é uma pretensão encoberta pelo especioso desejo da doutrina, mas é antes a decorrência de um direito fundamental – também ele fruto, em um certa perspectiva da contemporaneidade – que se exprime na pretensão jurídico-constitucionalmente tutelada a ter uma decisão judicial fundamentada (artigo 205.º, n.º 1, da CR).*

Tendo em atenção o exposto estamos em crer que, aceitando que aqueles direitos se situam no mesmo plano constitucional, o direito à honra e consideração só pode ser imolado se, ofendido pelo exercício da liberdade de expressão, tal acto ofensivo tiver sido justificado, ou seja, se tiver decorrido de uma causa justificativa com génese no quadro da função social, e cultural, respeitadas que sejam os limites da necessidade, adequação e da proporcionalidade.

Como se refere no Acórdão do Tribunal Constitucional 292/2008 *“Se a Constituição protege diversos valores ou bens não é lícito sacrificar um deles em detrimento dos outros, antes se impõe uma ponderação concreta dos bens que pode conduzir a resultados variáveis em função das circunstâncias, ou seja, há que resolver os conflitos de direitos através de um princípio de harmonização ou concordância prática”.*

## II. Do discurso de ódio

O denominado discurso do ódio confronta-nos com os limites da tolerância determinando se, no interesse do pluralismo e tolerância que constituem a base do sistema democrático, deve ser permitida a propagação de ideias contrárias à própria democracia, ou se, em defesa da mesma, se deve ser intolerante com os intolerantes, sacrificando um dos valores que a definem. No que respeita dispõe o artigo 20º do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos que deve ser interdito por lei todo o apelo ao ódio nacional, racial e religioso que constitua uma incitação à discriminação, à hostilidade ou à violência.

<sup>21</sup> RPCC Ano 11 fascículo 1º pag 151 e seg..

Em função do mesmo normativo a apologia só se torna crime quando também constituir incitação à discriminação, hostilidade ou violência, ou seja, quando o agente visa provocar reações por parte do público alvo. Como refere Goran Rollnert, fazendo apelo aos Princípios de Camden, pode-se definir a incitação como a tomada de posições sobre grupos nacionais, raciais ou religiosos que têm potencialidade para criar um risco iminente de discriminação, hostilidade ou violência contra pessoas pertencentes a tais grupos. O termo essencial na análise do referido artigo 20º é a incitação que deve caracterizar, e sustentar, o discurso de ódio.<sup>22</sup>

De acordo com o mesmo autor são duas as implicações desta definição de incitação:

- Por um lado que as declarações façam surgir um risco de discriminação, hostilidade ou violência e,
- Por outro, a iminência de tal risco, o que estaria contido no próprio conceito de incitação.

Para Temperman a conjugação dos elementos que consubstanciam o referido artigo pode-se traduzir na expressão "triângulo do ódio" que convoca as interações existentes entre os diferentes elementos que o integram. Refere o mesmo Autor que:

*«O que minimamente necessitamos de acordo com o artigo 20º é um promotor (advocador) que expressa o seu ódio intenso [...] em relação a uma audiência [target group] e incita um terceiro- (público) a actos de discriminação, hostilidade ou violência face ao grupo-alvo). Para que o discurso possa ser proibido de acordo com o artigo 20º, os lados do triângulo devem ser ajustados também a certas exigências mínimas, tanto do ponto de vista do conteúdo da mensagem – ódio "intenso" e apelo expresso à ação – como do contexto – potencialmente gerando a probabilidade ou risco de hostilidade, discriminação ou violência contra o grupo-alvo – em que nasce a expressão de ódio.»<sup>23</sup>*

Diferente é a perspectiva da Convenção Europeia de Direitos Humanos que, ao contrário do citado Pacto, não contém nenhuma disposição específica sobre discurso de ódio, limitando-se a reconhecer possíveis limites à liberdade de expressão (artigo 10º) e a excluir da sua proteção as atividades, ou actos, que visem a destruição dos direitos e liberdades que consagra.

Por seu turno a Recomendação nº R (97) 20, de 30 de outubro de 1997, do Comitê de Ministros aos Estados-Membros, incidindo sobre o discurso de ódio, contém uma das definições mais utilizadas que integra toda **“a forma de expressão que propaga, incita, promove ou justifique o ódio racial, xenofobia, anti-semitismo ou outras formas de ódio baseadas na intolerância, incluindo intolerância expressa por nacionalismo agressivo e etnocentrismo, discriminação e hostilidade contra minorias, imigrantes e pessoas de origem imigrante”**.

<sup>22</sup> El discurso del odio: una lectura crítica de la regulación internacional Revista Española de Derecho Constitucional 115, 81-119.

<sup>23</sup> Temperman, J. (2014). Blasphemy versus incitement: an international law perspective. En C. Beneke, C. Grenda y D. Nash (eds.). Profane: Sacrilegious Expression in a Multicultural Age (página 401-425). Oakland: University of California Press.

É neste enquadramento que o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem alude ao discurso de ódio pela primeira vez em 1999 em quatro casos contra a Turquia<sup>24</sup> equiparando-o a "glorificação" ou "promoção da violência".

Salientando-se que das decisões do mesmo Tribunal nunca emergiu uma definição precisa do que significa discurso de ódio igualmente é exacto que foi pressuposto da sua jurisprudência nesta matéria a referência constante da Recomendação mencionada, considerando-a um *"instrumento internacional relevante" sobre o discurso de ódio*: "[...]"<sup>25</sup> e um elemento fundamental numa sociedade democrática no combate à intolerância para com o Outro e para com os Outros.<sup>26</sup>

Pode-se afirmar que, na jurisprudência do TEDH, o padrão de punibilidade do discurso de ódio tem cabimento mesmo em relação a condutas, ou actos, de menor veemência, ou ambiguidade, que a incitação, nomeadamente a mera propagação, promoção ou justificação do ódio, os quais podem não envolver *per se* um apelo ao público para cometer alguma ação hostil, discriminatória ou violenta contra o grupo alvo.

Todavia, o requisito de incitação está presente na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem pois que, em vários momentos, o mesmo o mobilizou como um elemento essencial referindo que, *"num determinado contexto, as expressões utilizadas podem ter aptidão para "serem capazes de incitar mais violência [...]". Certamente, a mensagem que se transmite [...] é que o uso da violência é uma medida necessária e justificada de legítima defesa contra o agressor"*.<sup>27</sup>

Na jurisprudência do mesmo Tribunal a justificação para a violência é muitas vezes equiparada

---

<sup>24</sup> SSTEDH de 8 de julho de 1999 c. Turquia: Sürek (No. 1), par. 62; Sürek e Özdemir, apdo. 63; Sürek (No. 4), s. 60, e Erdogdu e Ince, sec. 54 Sürek (nº1) c. Turquie 8 juillet 1999 (Grande Chambre).

<sup>25</sup> Conforme refere o Conselho da Europa, *Le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a adopté le 30 octobre 1997 la Recommandation no R (97) 20 sur le « discours de haine » et l'annexe à celle-ci. Le texte tire son origine de la volonté du Conseil de l'Europe d'agir contre le racisme et l'intolérance et, en particulier, contre toutes les formes d'expression qui propagent, incitent à, promeuvent ou justifient la haine raciale, la xénophobie, l'antisémitisme ou d'autres formes de haine nourries par l'intolérance. Le Comité des Ministres a recommandé aux gouvernements des Etats membres de s'inspirer, dans leur action pour lutter contre le discours de haine, de certains principes.*

*Les termes de « discours de haine », en vertu de l'annexe à la recommandation précitée, « doi[vent] être compris comme couvrant toutes formes d'expression qui propagent, incitent à, promeuvent ou justifient la haine raciale, la xénophobie, l'antisémitisme ou autres formes de haine basées sur l'intolérance (...) ».*

*La recommandation donne des lignes directrices susceptibles d'inspirer l'action des gouvernements pour lutter contre tout discours de haine, comme la mise en place d'un cadre juridique efficace, à travers des dispositions civiles, pénales et administratives appropriées pour répondre au phénomène. Le texte propose, entre autres mesures, d'ajouter à l'éventail des sanctions pénales des mesures de remplacement consistant à réaliser des services d'intérêt collectif, à renforcer des réponses de droit civil, telles que l'octroi de dommages-intérêts aux victimes de discours de haine, ou à offrir aux victimes la possibilité d'exercer un droit de réponse ou d'obtenir une rétractation. Les gouvernements devraient veiller à ce que, dans ce cadre juridique, toute ingérence des autorités publiques dans la liberté d'expression soit étroitement limitée sur la base de critères objectifs, et fasse l'objet d'un contrôle judiciaire indépendant.*

<sup>26</sup> Gündüz c. Turquie 4 décembre 2003.

<sup>27</sup> Como se refere na decisão Surek de 1999.

à incitação considerando-a uma forma de **incitação indirecta**, da mesma forma que a "glorificação" ou "promoção da violência" é equiparada ao discurso de ódio. Neste sentido, e como refere o mesmo Tribunal<sup>28</sup>, *"a incitação ao ódio não requer necessariamente o apelo a este ou aquele ato de violência ou a outro ato criminoso e os atentados que se cometem contra pessoas insultando, ridicularizando ou difamando certas camadas da população e seus grupos ou incitando a discriminação [...] bastam para que as autoridades privilegiem a luta contra o discurso racista.....para o Tribunal consubstancia o discurso de ódio a justificação da violência, bem como várias formas de incitamento indirectos, como ataques caluniosos, ridículos ou difamatórios, negação do Holocausto e glorificação do terrorismo."*<sup>29</sup>

Em termos de integração interpretativa do conceito de discurso de ódio importa, ainda, convocar o protocolo adicional à Convenção sobre Ciber Delinquência relativo à Criminalização de Actos de Cunho racista e Xenófobo cometidos por meio de sistema informático, de 28 de Janeiro de 2003, que obriga os Estados subscritores a criminalizar, quando realizada *"por meio de sistema informatizado", a divulgação de "material racista e xenófobo" (artigo 3.1) – entendendo-se como tal o que "proponha, promova ou incite ao ódio, discriminação ou violência" (artigo 2.1) –, ameaças com a prática de um crime grave e os insultos públicos com motivação racista e xenófoba (arts. 4º e 5º) e a divulgação da negação de crimes contra a humanidade (artigo 6.1). Aqui também é ampliada a conduta sancionável para além do incitamento englobando a actuação que "defende" ou "promove" o ódio, discriminação ou violência.*<sup>30</sup>

Uma visão holística desta matéria não pode deixar de aludir aos instrumentos que, ainda no âmbito da soft law, se geraram a nível comunitário. Assim, e a nível da Comissão Europeia, impõe-se a referência à recomendação da Comissão Europeia contra o Racismo e Intolerância, datada de 2002, recomendando aos Estados membros a criminalização de *"incitação pública à violência, ódio ou discriminação", dos "insultos em público e difamação" e "ameaças" contra pessoas ou categorias de pessoas com base em sua raça e a negação pública de crimes de guerra ou contra a humanidade, ampliando o leque de condutas puníveis à expressão em público de uma ideologia que reivindica superioridade ou que despreza ou denegue uma categoria de pessoas por motivos racistas, a divulgação ou distribuição pública ou a produção ou armazenamento "com a intenção de divulgar publicamente ou distribuir [...] material de qualquer natureza que contém manifestações daqueles descritos" e "a criação ou liderança de um grupo que promove o racismo; o suporte fornecido a um grupo de tal natureza; e participação em suas atividades".* A mesma Comissão, em 2015 convocou expressamente o conceito de *"discurso de ódio"* para ali englobar os comportamentos que congreguem *"a defesa, promoção ou instigação de ódio, humilhação ou a depreciação de uma pessoa ou grupo de pessoas, bem como o assédio, descrédito, disseminação de estereótipos negativos ou estigmatização ou ameaça em relação a essa pessoa ou grupo de pessoas e a justificação dessas manifestações"*.

Ainda em termos de direito comunitário refira-se a Decisão-Quadro 2008/913 / JAI do Conselho,

<sup>28</sup> Féret c Belgica de 16 de Julho de 2009.

<sup>29</sup> Note-se que, em caso limite como Vedjland e outros contra a Suécia de 9 de Fevereiro de 2012, prescindiu-se do próprio elemento de incitação, mesmo que indirecto.

<sup>30</sup> Neste sentido Goran Rollnert Liern ibidem página 92.

de 28 de novembro de 2008, relativa à luta contra certas formas e manifestações de racismo e xenofobia através do direito penal, que prevê que os Estados-Membros adotem as medidas necessárias para garantir a punição penal dos atos de "incitamento violência pública ou ódio [...] "(artigo 1.1 a); "A divulgação ou distribuição de escritos, imagens ou outros materiais" (artigo 1.1 b) com conteúdo de incitamento; e de apologia público, negação ou banalização flagrante dos crimes de genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra [...] quando a conduta pode incitar violência ou ódio contra esse grupo ou um membro do mesmo "(artigo 1.1c ed), reconhecendo a capacidade dos Estados para adaptar a tipificação criminal dessas condutas, optando por "punir apenas as condutas praticadas de forma que possam suscitar perturbações da ordem pública ou que sejam ameaçadoras, abusivo ou insultuoso "(artigo 2).

Neste último documento emerge a possibilidade de uma exigência acrescida permitindo aos Estados condicionar a criminalização do incitamento ao cumprimento de requisitos adicionais de perturbação da ordem pública ou significado ameaçador, abusivo ou insultuoso.

Quando o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem se depara com um recurso tendo por gênese o discurso do ódio deve tomar uma primeira decisão: pode aplicar o artigo 17º da Convenção, que inclui a cláusula proibindo o abuso de direito e considerar que a mensagem está excluída da proteção do artigo 10º da Convenção ( que regulamenta a liberdade de expressão) ou, em alternativa, poderá considerar que a mensagem tem a garantia deste último preceito e, nesse contexto, analisar se a restrição foi legítima de acordo com os parâmetros do parágrafo segundo do artigo 10º.

O artigo 17º da CEDH refere que as disposições da Convenção não podem ser interpretadas de forma a implicar "qualquer direito de exercer uma atividade ou de praticar um ato tendente à destruição dos direitos ou liberdades reconhecidas nesta Convenção ou a limitações mais amplas desses direitos ou liberdades do que as neles previstas". É uma norma cuja finalidade é privar de proteção aqueles que buscam fazer valer-se dos direitos e liberdades da Convenção para fins "liberticidas": Genericamente pode afirmar-se que o objetivo geral do artigo 17º é impedir que indivíduos, ou grupos com fins totalitários, explorem em seu próprio interesse os princípios consagrados na Convenção. No mesmo normativo, proibindo-se o abuso de direitos fundamentais, congregam-se duas referências: por um lado, a doutrina civilista do abuso de direito, e por outro, a defesa da democracia contra os totalitarismos.

Importa, porém, salientar que, para uma parte substancial da doutrina, tal preceito deve ser aplicado excepcionalmente pois que permite a introdução de limitações a certas liberdades e direitos para os quais a Convenção normalmente não autoriza uma limitação.

Na sua aplicação o Tribunal não tem sido uniforme: por vezes, recorreu ao artigo 17º para declarar radicalmente inadmissíveis os recursos, sem maiores considerações; noutros casos, combinou o artigo 17º e artigo 10º e, por fim, existiram casos em que o Tribunal considerou possível a aplicação do artigo 17º mas, finalmente, decidiu não o fazer, baseando a sua decisão



no artigo 10º.<sup>31</sup>

Sobre esta questão do lugar de valoração do discurso de ódio não existe nenhuma decisão que lhe responda diretamente, mas a posição da Tribunal é sintetizada com alguma clareza em dois de seus acórdãos. Por um lado, em *Perinçek contra Suíça* (2013) sustenta que o abuso do direito do artigo 17º só pode ser aplicado "*excepcionalmente e em casos extremos, onde for manifestamente claro que a liberdade de expressão foi usada para um fim que é totalmente contrário aos valores de a Convenção*". Numa outra perspectiva, inscrita no caso *Lehideux e Isorni v. França* (1998), o Tribunal entendeu que se deveria considerar o discurso de ódio à luz do artigo 10º e analisar as restrições a que foi submetido, utilizando o artigo 17º como princípio interpretativo na avaliação dessas restrições.

A posição do Tribunal inscrita nestes dois acórdãos de referência assume grande relevância uma vez que, implicitamente, considera que o discurso de ódio faz parte da liberdade de expressão do artigo 10º e que só pode ser limitado de acordo com o disposto neste mesmo preceito. Assim, quando um Estado limita o discurso de ódio, a restrição deve ser legalmente estabelecida, cumprir os fins previstos no artigo 10º e ser uma limitação necessária numa sociedade democrática.<sup>32</sup>

Na ponderação entre o discurso de ódio e o direito fundamental à liberdade de expressão, a jurisprudência do Tribunal Europeu permite descortinar como valores a observar:

- 1) Se as declarações em questão foram feitas num clima de tensão política ou social. A presença desse clima levou o Tribunal a considerar que o discurso em questão não estava protegido pela liberdade de expressão.
- 2) Se as afirmações ou expressões analisadas em seu contexto podem ser classificadas como apelo direto ou indireto à violência ou como justificativa para violência, ódio ou intolerância.
- 3) A forma como as expressões foram enunciadas e sua capacidade – direta ou indiretamente – de causar consequências nefastas.

Para avaliar a probabilidade de ocorrência destas consequências são relevantes as considerações feitas na Recomendação Geral nº 15 que nos convida a avaliar os seguintes fatores:

---

<sup>31</sup> Efectivamente o Tribunal nem sempre aborda casos de discurso de ódio instrumentalizando o artigo 17º CEDH, como forma de abuso de direito. Assim, por vezes, o Tribunal Europeu excluiu a aplicação do artigo 17º CEDH face a formas de discurso de ódio que, na opinião do próprio Tribunal, não eram graves ou suficientemente graves ou nos casos em que, mesmo considerando a doutrina de abuso de direito pudesse ser aplicável, preferiu ir diretamente à aplicação do artigo 10º CEDH. Também há casos em que o Tribunal nem sequer considerou a aplicação do artigo 17º CEDH e, embora os recursos em questão tenham por géneses o discurso de ódio, processou-os diretamente nos termos do artigo 10º CEDH.

<sup>32</sup> Quando o Tribunal decide seguindo seu próprio teste para avaliar a aplicabilidade do artigo 10º da CEDH leva em consideração três elementos: disposição legal, finalidade legítima e necessidade numa sociedade democrática. Aqui a questão fundamental é definir da necessidade da ingerência numa sociedade democrática da restrição concreta. Nesse sentido, o Tribunal Europeu não duvidou do potencial ofensivo dos discursos que incitam ao ódio e reconheceu-os como um limite justificado à liberdade de expressão, mesmo quando não haja provocação à violência ou ao crime.

- a) o contexto em que o discurso de ódio em questão é utilizado (especialmente se houver tensões já graves em relação a este discurso na sociedade);
- b) a capacidade da pessoa que usa discurso de ódio para influenciar outras pessoas (por exemplo, ser um líder político, religioso ou comunitário);
- c) a natureza e contundência da linguagem utilizada (se é provocativa e direta, se usa informações enganosas, disseminação de estereótipos negativos e estigmatização, ou se é capaz por outros meios de incitar a prática de atos de violência, intimidação, hostilidade ou discriminação);
- d) o contexto dos comentários específicos (se são um evento isolado ou repetido, ou se podem ser considerados balanceados com outras expressões feitas pela mesma pessoa ou por terceiros, especialmente durante o debate).

A mesma Recomendação refere-se ao elemento de incitação ao ódio ou à violência considerando que existe uma intenção de incitar *“quando a pessoa que usa discurso de ódio, inequivocamente, faz um apelo aos demais para que eles cometerem os atos pertinentes ou pode ser deduzido pela contundência da linguagem utilizada e outras circunstâncias notáveis, como a conduta anterior do falante. A forma como as expressões foram enunciadas e sua capacidade – direta ou indiretamente – de causar consequências nefastas”*.

Sintetizando, e como refere German Lozano<sup>33</sup>, o conceito de discurso de ódio, agora analisado face à jurisprudência do TEDH, suscita algumas perplexidades que emergem desde logo da circunstância da aplicação radical do artigo 17º CEDH a alguns tipos de discursos (negadores do Holocausto, nacional-socialistas, islamóforos ...), sem existir um critério claro que defina quais, o que gera insegurança jurídica. Essa subtração radical do escopo de proteção da Convenção e, portanto, do teste de revisão à luz do artigo 10º CEDH, é desnecessária e abre a porta a potenciais abusos. Efectivamente, é difícil justificar o carácter excepcional que, segundo o próprio Tribunal, legitima a aplicação do artigo 17º CEDH atendendo unicamente ao propósito e conteúdo de algumas manifestações. Como refere o mesmo autor é contraditório reconhecer a excepcionalidade da artigo 17º CEDH e, ao mesmo tempo, permitir a exclusão *ratione materiae* de discursos sem uma avaliação concreta das circunstâncias em que são divulgados.

Ainda de acordo com Lozano<sup>34</sup> uma outra das questões fundamentais que se colocam no âmbito do TEDH relativamente ao tema em apreço é que não existe um conceito consistente de discurso de ódio concernente ao elemento da incitação. Embora o Tribunal tenha sucessivamente vinculado o discurso de ódio com a incitação à violência, e nesse sentido mantenha uma linha constante, igualmente é exacto que, por diversas vezes, abraçou repetidamente a definição de discurso de ódio do Recomendação R (97) do Conselho da Europa que inclui, além do incitamento, a propagação, promoção ou justificação do ódio com base na intolerância.

O modelo inicial do discurso de ódio tido tornou-se tão amplo que fica desvirtuado quando o Tribunal considera que o mesmo não requer, necessariamente, um apelo à ação, mas pode ser

<sup>33</sup> El discurso del odio como límite a la libertad de expresión en el marco del convenio europeo. Revista de derecho constitucional europeo, ISSN 1697-7890, Nº. 27, 2017.

<sup>34</sup> Ibidem.

cometido através de ataques gerais contra grupos étnicos ou religiosos, expressões ofensivas, ridículas ou difamatórias contra certas partes da população, acusações ou declarações sérias e danosas que despertam "sentimentos" de desprezo, rejeição, hostilidade ou ódio. Paradigma de tal desvirtuamento o facto de a Comissão Europeia contra Racismo e Intolerância falar sobre possível "discurso de ódio não explícito" – o que Rosenfeld chamou de 'discurso de ódio em substância'. A mencionada ampliação foi ainda mais longe ao incluir no discurso de ódio os "estereótipos negativos" de pessoas ou grupos devido às suas características pessoais ou status.

Não espanta, assim, que, para alguns, tal desvirtuamento consubstancie o «funeral» da doutrina de Handyside, decisão fundamental em sede de liberdade de expressão. Segundo a mesma também merecem protecção aquelas ideias que «*chocam, perturbam ou ofendem o Estado ou a qualquer fração da população,*» Na verdade, por vezes é difícil distinguir entre insultos ou acusações graves ou prejudiciais que, de acordo com certa jurisprudência do CEDH, pode constituir incitamento ao ódio, e as ideias que "ofendem" ou "chocam", mas são protegidas pela liberdade de expressão inscrita no artigo 10º da Convenção.

Fundamentalmente importa determinar quando é que a restrição ao discurso de ódio é necessária numa sociedade democrática. Recordando a referida decisão Handyside de 7 de Dezembro de 1976, "*...a liberdade de expressão é um dos fundamentos essenciais de uma sociedade democrática e condição essenciais para o seu progresso. O parágrafo 2 do Artigo 10º da Convenção Europeia dos direitos humanos, não se aplica apenas à "informação" ou "ideias" recebidas com favor ou consideradas inofensivas ou indiferente, mas também para quem ofende, choca ou preocupa o estado ou qualquer fração da população. Isso é pluralismo, tolerância e o espírito de abertura sem os quais não há "sociedade democrática".*

Consequentemente, qualquer "formalidade", "condição", "restrição" ou "sanção" impostas na matéria deve ser proporcional ao objetivo legítimo prosseguido. Como regra devem ser sancionadas todas as formas de expressão que propagam, incitam, promovem ou justificar o ódio com base na intolerância (...), se forem asseguradas que as "formalidades", "condições", "restrições" ou "sanções" impostas são proporcionais ao objetivo legítimo perseguido. "(Acórdão Erbakan c. Turquia de 6 de julho de 2006).

Importa aqui realçar o contributo de Nuno Brandão que, pronunciando-se em relação à criminalização do discurso de ódio e sem colocar em causa a sua justificação e legitimação, recenseia algumas reservas que se situam ao nível da indefinição e imprecisão do bem jurídico protegido a que acresce a exigência de determinabilidade do tipo legal imposta pelo princípio da legalidade e, ainda, o risco de privatização do *enforcement* penal.<sup>35 36</sup>

<sup>35</sup> O Discurso de ódio em perspectiva penal Nuno Brandão em <https://apps.uc.pt> › mypage › files › nbrand

<sup>36</sup> Segundo o mesmo autor: a) Boa parte dos comportamentos censurados por apelo à figura do discurso de ódio são moeda corrente em muitos estratos sociais e não são poucas as vezes em que figuras públicas, incluindo pessoas com elevadas responsabilidades políticas, os adoptam publicamente. Ameaçar com o direito penal condutas discriminatórias que se manifestam através da grosseria e da boçalidade, mas que não vão além disso, envolve o risco de o transformar num mero tigre de papel, reduzido a uma função simbólica de apaziguamento dos potenciais visados e dos que se sentem repugnados com atitudes desse jaez. Num caso ou noutro, sobretudo quando vá envolvida alguma comoção social, a intervenção penal acabará por ser efectiva. A esse risco associa-se um outro: o de a intervenção penal ser percebida

Estamos em crer que, para alcançar um equilíbrio entre as diferentes abordagens que existem atualmente na Europa sobre o discurso de ódio como limite à liberdade de expressão, o Tribunal terá que abandonar o recurso ao artigo 17º e deve proceder a uma revisão mais atenta da intervenção nacional de acordo com o artigo 10º da Convenção. Nessa tarefa não pode ser pressionado pelas abordagens mais protecionistas ou militantes e deve reconhecer que qualquer discurso intolerante será protegido pela Convenção, nomeadamente o seu artigo 1º, a menos que uma ofensa (dano ou perigo) tenha sido produzida de forma efetiva (real).

Tal ofensa pode concretizar-se, especificamente, de três formas:

- a) Quando são proferidos insultos ou expressões que impliquem humilhação, humilhação ou descrédito das pessoas, ainda que indiretamente através do ataque a grupos sociais.
- b) Quando houver provocação que gere perigo real de prática de ilícitos. Para além disso, a relação perigosa deve estar equacionada num julgamento de causalidade que requer a verificação de uma alta probabilidade de que o efeito verifique. Neste ponto, é necessário importar a doutrina do "**perigo claro e presente**", pois, ao se tratar de avaliações e julgamentos probabilísticos sobre situações sociopolíticas, apenas um alto grau de certeza e imediatismo dá uma consistência mínima

### III. Do Negacionismo

Com a criação da Organização das Nações Unidas (ONU) em 1945 e a subsequente celebração da Convenção para a Prevenção e Punição do Crime de Genocídio em 1948, o genocídio e todas as suas formas de incitamento foram reconhecidas como crime que deve ser punido e prevenido

---

como uma forma de calar sectores da população que se sentem deixados para trás e que fazem uso de um discurso discriminatório, agressivo ou mesmo extremista para expressar o seu descontentamento e para chamar a atenção para os seus problemas. Recorrer ao direito penal para reagir a esse tipo de discurso, proibindo-o, poderá ser mesmo contraproducente, já que agudizará o sentimento de exclusão e poderá ter até um efeito de recrudescimento do extremismo, que costuma andar de mãos dadas com um discurso discriminatório.

b) Observância da exigência de determinabilidade dos tipos penais imposta pelo princípio da legalidade criminal. Como se viu, o discurso de ódio pode assumir numerosas facetas e as suas formas de manifestação poderão assumir uma enorme plasticidade. Porque assim é, as disposições incriminatórias do discurso de ódio terão inevitavelmente de assumir um conteúdo típico, também ele suficiente aberto para terem a maleabilidade necessária a conseguirem abarcar os comportamentos discriminatórios tidos como de tal forma intoleráveis que carecerão de uma intervenção penal. Com isso, corre-se, porém, o risco de criar tipos incriminadores ambíguos, insusceptíveis de fornecer uma linha de orientação precisa aos cidadãos e potenciadores de acções penais persecutórias e arbitrárias.

c) A censura penal do discurso de ódio suscita ainda apreensão em virtude da sua potencialidade para erodir um dos postulados basilares do sistema penal, o de que o Estado é o titular único e exclusivo do *jus puniendi* criminal. Com efeito, nos casos de difusão *online*, a eliminação e repressão do discurso de ódio penalmente relevante constitui uma missão que é assumida conjuntamente pelos Estados e pelas grandes empresas tecnológicas. Ora, são essas empresas, e não o Estado, que estão na linha da frente do *enforcement* da criminalização do discurso de ódio.

Com isso, na prática, são elas que, *prima facie*, assumem a função de dirimir os conflitos de interesses públicos e privados que tradicionalmente é reservada ao poder judicial do Estado, acabando por ser elas a regular o exercício da liberdade de expressão.

por todos os Estados.

Posteriormente, com a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial de 1965, os Estados Partes foram obrigados a punir por lei *"qualquer difusão de ideias fundada na superioridade racial ou ódio, qualquer incitamento à discriminação racial, bem como qualquer ato de violência ou qualquer incitamento à prática de atos contra qualquer raça ou grupo de pessoas de outra cor ou origem étnica, e qualquer auxílio a atividades racistas"*. Um ano depois, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966 e o seu artigo 20º refere que *"qualquer defesa do ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, hostilidade ou violência será proibida por lei."*

Terminada a Segunda Guerra Mundial este documento passou a abarcar todas as formas de incitamento à discriminação, independentemente do motivo, para que nunca mais a Humanidade repetisse a inimaginável barbaridade que foi o Holocausto. Mas a negação deste não entrou no articulado das grandes convenções internacionais, provavelmente porque se entendeu que tais factos, pela sua evidência e monstruosidade, jamais seriam postos em dúvida.

A nível europeu, o Conselho da União Europeia adoptou a Decisão-Marco 2008/913 / JHA DM), relativa à luta contra certas formas e manifestações de racismo e xenofobia através do direito penal. Sublinha-se ali que cada Estado-Membro deverá tomar todas as medidas necessárias para eliminar e dissuadir todo o tipo de acções xenófobas e racistas devido ao aumento deste tipo de discurso. Em particular, e sobre o tema em apreço, releva o artigo 1º incisos c) e d), respetivamente, onde se indica que deve ser punida a *"apologia pública, negação ou banalização flagrante de crimes de genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra tal como definidos nos artigos 6º, 7º e 8º do Estatuto do Tribunal Penal Internacional, dirigido contra um grupo de pessoas ou um membro de tal grupo definido em relação à raça, cor, religião, ascendência ou origem nacional ou étnica quando a conduta pode incitar violência ou ódio contra tal grupo ou um membro dele"*; e *"o pedido público de desculpas, negação ou banalização flagrante dos crimes definidos no artigo 6º do Estatuto do Tribunal Militar Internacional anexo ao Acordo de Londres, de 8 de agosto de 1945, dirigido contra um grupo de pessoas ou um membro de tal grupo definido em relação à raça, cor, religião, descendência ou origem nacional ou étnica, quando a conduta possa incitar violência ou ódio contra tal grupo ou membro dele"*.

A Decisão Marco visa dar uma maior segurança jurídica e não limitar o direito à liberdade de expressão, sancionando apenas a negação de fatos reconhecidos e provados pelo Tribunal Penal Internacional, ou pelo Tribunal de Nuremberg, deixando crimes sem investigação ou julgamento fora do tipo penal.

O TEDH sempre defendeu que a negação e justificação do genocídio constitui um abuso do direito à liberdade de expressão e, portanto, ratificou as decisões dos diferentes tribunais nacionais e as leis que punem esses fenómenos. Essa tendência jurisprudencial pode ser comprovada por meio da análise dos principais processos *Witzsch v. Alemanha 1999*:<sup>37</sup>. França

<sup>37</sup> Hans Witzsch foi processado por liderar uma campanha contra a criminalização da negação no Código Penal Alemão. Considerava a Conferência de Wannsee como uma "mentira histórica", desenhada pelas supostas "falsas vítimas" das denominadas câmaras de gás, com a cumplicidade dos políticos actuais

(2003): Roger Garaudy<sup>38</sup>. Gollnisch v. França (2011):<sup>39</sup>. M'bala M'bala v França (2015):<sup>40</sup> Esses quatro casos são ilustrativos porque, em todos eles, o TEDH considerou uma apreciável margem de valorização da decisão nacional.

Importa aqui salientar a discutível opção do TEDH de sujeitar à alçada do artigo 17 as questões em que está inscrito o negacionismo. Efectivamente, a tendência para a aplicação direta da cláusula de abuso de direito, e a consequente exclusão *a priori* da negação da proteção da liberdade de expressão, começou a materializar-se na decisão proferida no referido processo Lehideux e Isorni e aplicada posteriormente, como v.g.no acórdão Garaudy v. França.

Com essas decisões, a verdade histórica do Holocausto, como um "fato histórico claramente estabelecido", adquire proteção absoluta no Tribunal de Estrasburgo, independentemente dos efeitos que, no caso específico, possam ter as manifestações negacionistas para a paz ou para a democracia – esta última finalidade que justifica a cláusula de abuso de direito. Tal é evidente, por exemplo, no citado caso Witzsch v. Alemanha em que o TEDH indefere o recurso apresentada pelo mesmo cidadão alemão por tendo negado a Hitler e ao NSDAP a responsabilidade pelo extermínio em massa dos judeus numa carta privada a um historiador.

Pode-se argumentar que as diferenças entre a aplicação do artigo 17º e o redireccionamento da análise para o artigo 10º da CEDH não deveriam levar a diferenças relevantes, uma vez que a consequência material seria, em qualquer caso, a mesma: a rejeição do recurso do requerente.

---

visando enganar o publico. Depois de ser condenado pela lei alemã, ele apelou para a CEDH. O tribunal entendeu que, justamente na Alemanha, as suas palavras só poderiam ser entendidas como um desprezo pela dignidade das vítimas e que as leis que a puniam estavam de acordo com a Convenção.

<sup>38</sup> Filósofo e político francês, autor de uma obra intitulada "The Founding Myths of Israeli Politics". Durante o desenvolvimento da obra, o autor tenta demonstrar que o Holocausto foi e é utilizado como ferramenta de propaganda do sionismo para justificar não só a criação e existência do Estado de Israel, mas também suas políticas agressivas, especialmente contra os palestinos. Na opinião do Tribunal, embora durante a leitura do livro pudesse ser claramente distinguida a parte negadora do que era uma análise das relações internacionais, qualquer compreensão global do livro implicava a negação do Holocausto. Foi considerado, que Garaudy cometeu um abuso de direitos ao aproveitar-se de uma questão polémica atual para espalhar uma mensagem de ódio.

<sup>39</sup> Bruno Gollnisch foi eurodeputado da Frente Nacional Francesa e também professor universitário. Durante uma reunião de imprensa foi questionado sobre a sua opinião sobre as leis que criminalizam o Holocausto. Embora na sua resposta não tenha negado em nenhum momento a veracidade destes factos históricos, afirmou que o debate sobre os mesmos e as suas repercussões deviam ser abertos e criticou explicitamente o relatório da *Comission sur le racisme et le negationnisme à l'université Jean-Moulin Lyon III*, que ele descreveu como tendencioso, parcial e cheio não apenas de erros, mas de falsidades manifestas. Gollnisch foi temporariamente afastado do magistério e processado por negação, pelo que recorreu ao TEDH, que entendeu que suas declarações não haviam sido feitas na qualidade de líder e representante político, mas como professor universitário, o que exigiria responsabilidade adicional, uma vez que a sua missão como professor se reveste de particular relevância social e exige que se expresse com responsabilidade.

<sup>40</sup> O polémico comediante francês Dieudonné M'bala, de religião muçulmana, passou frequentemente mensagens anti-semitas em suas obras e sempre expressou sua ideologia junto à Frente Nacional. Num de seus programas, Robert Faurisson, historiador condenado por negação, fez de figurante vestido de pijama listrado próprio dos campos de concentração nazis o presenteasse com um prémio. M'bala M'bala foi processado e condenado, pelo que recorreu à CEDH. O Tribunal rejeitou seu recurso argumentando que "disfarçada sob o pretexto de uma produção artística, essa demonstração de ódio é tão perigosa quanto um ataque frontal e abrupto".

No entanto, deve-se ter em atenção que nos casos em que o Tribunal opta pela aplicação da cláusula de abuso de direito, o pedido é considerado inadmissível definitivamente e sem consideração das circunstâncias do caso específico, sendo certo que, se os factos forem considerados como constituindo um exercício da liberdade de expressão, o Tribunal procede a uma ponderação do juízo com os valores constantes do artigo 10º da TEDH tendo em conta os diversos fatores de facto do caso e aplicando critérios detalhados de proporcionalidade. Tal apreciação das circunstâncias concretas do caso pode levar a modificar a impressão inicial de uma análise preliminar.<sup>41</sup>

O formalismo com que a cláusula de abuso de direito tem sido aplicada aos casos de negacionismo revela uma desatenção sobre o juízo de proporcionalidade em sentido estrito e, conseqüentemente, sobre a ponderação da gravidade da sanção imposta. Tal contrasta com o tratamento dado pelo Tribunal a outros casos de discurso de ódio, ainda mais graves em termos de dano social, em que a proporcionalidade da sanção passa a fazer parte do julgamento sobre a violação da liberdade de expressão. Nestes casos o Tribunal concluiu que, embora a restrição à liberdade de expressão fosse necessária numa sociedade democrática, a excessiva severidade da sanção a tornava ilegítima e contrária ao direito fundamental.

Efectivamente a existência de uma ameaça real para o sistema democrático – ou para os direitos fundamentais que o constituem – deve depender de uma infinidade de circunstâncias associadas ao caso específico. Essa é precisamente a crítica do procedimento da CEDH: assumir que o mero conteúdo do discurso (a negação do Holocausto), independentemente da forma como se espalhe, a sua repercussão, os seus efeitos, carrega per se uma ameaça à democracia e é, portanto, incompatível a mesma.

---

<sup>41</sup> Colocar “Conforme Rafael Alcacer Guirao, Libertad de Expresión, Negación del Holocausto y Defensa de la Democracia - Incongruencias valorativas en la jurisprudencia del TEDH, Revista Española de Derecho Constitucional, ISSN: 0211-5743, núm. 97, enero-abril (2013), págs. 309-34”.

CENTRO  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS



# ■ PARTE I

**RESPONSABILIDADE CIVIL -  
O UNIVERSO DOS ILÍCITOS  
CRIMINAIS**

**4. CONCORRÊNCIA ENTRE  
RESPONSABILIDADE PELO  
RISCO E CULPA DO LESADO  
NO DOMÍNIO DOS  
ACIDENTES DE VIAÇÃO**

**MARIA DA GRAÇA TRIGO**



C E N T R O  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

#### 4. CONCORRÊNCIA ENTRE RESPONSABILIDADE PELO RISCO E CULPA DO LESADO NO DOMÍNIO DOS ACIDENTES DE VIAÇÃO

Maria da Graça Trigo\*

1. Formulação do problema
2. Orientação tradicional da jurisprudência (até 2007)
3. Viragem na jurisprudência: o Acórdão do STJ de 04/10/2007
4. Jurisprudência subsequente do STJ
5. Relevância da jurisprudência do TJUE:
  - 5.1. Direito do seguro automóvel e direito da responsabilidade civil
  - 5.2. Reenvios prejudiciais dos tribunais portugueses para o TJUE, em especial o *Acórdão Ambrósio Lavrador* (09/06/2011) e o *Acórdão Marques de Almeida* (23/10/2012)
6. Reequacionar do problema: culpa e causalidade
7. Jurisprudência mais recente do STJ
8. De *iure constituendo*

##### 1. Formulação do problema: deve a responsabilidade pelo risco manter-se quando se verifica uma contribuição causal do lesado, culposa ou não culposa

\* Hipóteses-tipo

- 1) Criança de 4 anos (inimputável) é atropelada quando atravessa a rua a correr atrás de uma bola [contribuição causal sem culpa]
- 2) Peão adulto e imputável, que aguarda na paragem de autocarro com um pé fora do passeio, é ferido por automóvel que circula [contribuição causal com culpa leve]
- 3) Peão adulto e imputável é atropelado por automóvel quando atravessa a correr uma estrada com trânsito [contribuição causal com culpa grave ou dolo eventual]

\* Projecto Vaz Serra – admitia o concurso entre responsabilidade pelo risco e culpa do lesado (ou contribuição causal sem culpa): em geral; nos acidentes de viação

\* Redacção final do art. 570.º CC não inclui a solução do concurso

\* Redacção do art. 505.º CC é equívoca - ressalva inicial “*salvo o disposto no art. 570.º*”

##### 2. Orientação tradicional

\* Antunes Varela e grande parte da doutrina; jurisprudência unânime até 2007

\* Art. 505.º CC – exclusão da responsabilidade pelo risco:

\* Juíza Conselheira do Supremo Tribunal de Justiça.

- Três situações: facto imputável ao lesado, facto imputável a terceiro, caso de força maior
- Ocorre uma quebra do nexo de causalidade entre os “riscos do veículo” e o acidente
- Que leva à exclusão total da responsabilidade
- Acidente imputável ao lesado, isto é, contribuição causal com ou sem culpa

\* Vozes discordantes na doutrina:

- Sinda Monteiro; Brandão Proença; Calvão da Silva
- Argumento principal: concurso entre *responsabilidade pelo risco* e *culpa do lesado* é de admitir sempre que a conduta do lesado tenha sido concausa e não causa exclusiva
- Proposta de (re)interpretação do art. 505.º (Calvão da Silva): “...a *responsabilidade objectiva do detentor do veículo só é excluída quando o acidente for devido unicamente ao próprio lesado...*”
- Fora destes casos, aplica-se o art. 570.º, n.º 1, CC, isto é, admite-se o concurso entre risco e culpa do lesado
- Sinda Monteiro e Brandão Proença – aceitação da tese do concurso exige alteração do art. 505.º

### 3. Viragem na jurisprudência: o Acórdão do STJ de 04/10/2007

- O Acórdão do STJ de 04/10/2007 não afasta totalmente a responsabilidade pelo risco do detentor efectivo do veículo num caso em que existiu culpa do lesado
- Situação fáctica: colisão entre veículo automóvel e ciclista de 10 anos que saiu de estrada sem prioridade
- Principal argumento: a necessidade de interpretar o direito nacional em conformidade com o direito comunitário impõe uma maior tutela das vítimas de acidentes de viação
- A exclusão do art. 505.º só se aplica se “o acidente for devido unicamente ao próprio lesado” (critério de Calvão da Silva)
- No caso, considerou-se que o acidente se deveu a culpa da lesada, mas também aos riscos próprios do veículo, que incluíam o risco resultante do facto de a condutora ter carta há menos de 6 meses
- Aplicação do art. 570.º, n.º 1: atribuição de indemnização com redução em 60% devido à culpa do lesado

### 4. Jurisprudência subsequente do STJ

- Adesão à tese tradicional  
*ou*
- Adesão à tese do concurso, mas considerando, quase sempre, que *o acidente foi devido unicamente ao próprio lesado*
- Não ponderação do “risco comum de circulação” – Consequência: ainda que se admita a tese da concorrência, conclui-se que, no caso concreto, o lesado é o único causador do acidente

- Parece que a tese da concorrência apenas funcionaria em casos de riscos agravados (ou acrescidos) do veículo

## 5. Relevância da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (anos 2011/2012)

### 5.1. Direito do seguro automóvel e direito da responsabilidade civil

- Estados-Membros são competentes em matéria de direito da RC
- União Europeia tem competência quanto à harmonização do quadro jurídico do seguro obrigatório de responsabilidade civil automóvel (Directivas Comunitárias)
- TJUE tem vindo a decidir no sentido de que, para não se retirar efeito útil ao direito europeu do seguro automóvel, os direitos nacionais estão condicionados em matéria de protecção das vítimas de acidentes de viação
- Em especial, quanto às categorias de “*vítimas mais frágeis*”: passageiros; peões; ciclistas (por contraposição a condutores)
- Não confundir com outra acepção de vítimas mais frágeis: crianças; idosos; pessoas com incapacidade

### 5.2. Reenvios prejudiciais dos tribunais portugueses para o TJUE

- A partir do ano 2009
- Diversas questões quanto à compatibilidade dos arts. 503.º a 508.º CC; mas, em especial, quanto à compatibilidade dos arts. 505.º e 570.º do CC

\* Acórdão *Ambrósio Lavrador* (acórdão do TJUE de 09/06/2011)

- Reenvio pelo STJ
- Colisão mortal entre automóvel e “ciclista” de 6 anos que descia uma ladeira com os braços e pernas no ar
- Compatibilidade dos arts. 505.º e 570.º do CC com o DUE
- Decisão do TJUE: **o direito português não é incompatível com o direito comunitário (pressupondo que aquele não permite excluir automaticamente a indemnização nos casos em que a vítima tenha contribuído para o próprio dano)**

\* Acórdão *Marques Almeida* (acórdão do TJUE de 23/10/2012) – *Idem*

\* Apreciação crítica: alguma perplexidade porque a interpretação tradicional do art. 505º era no sentido de que, havendo contribuição causal do lesado (culposa ou não culposa), a indemnização seria excluída por inteiro.

## 6. Reequacionar do problema: culpa e causalidade

\* Interpretação da jurisprudência do TJUE sintetizada por Sinde Monteiro:

*“O efeito útil da legislação comunitária sobre seguro automóvel resultaria esvaziado se «a responsabilidade do próprio lesado pelos danos sofridos (...) tivesse por consequência **excluir automaticamente ou limitar de modo desproporcionado o seu direito a ser indemnizado**». Isto não tem de produzir o efeito de afastar completamente a aplicação das regras da culpa do lesado. Apenas visa impedir que, por considerações ligadas ao direito da responsabilidade, certas categorias de lesados fiquem (...) ‘à partida’, privadas da protecção do seguro.”<sup>1</sup>*

\* Impõe-se uma interpretação conforme ao Direito da União Europeia: o art. 505.º deve ser objecto de interpretação restritiva no sentido de que, em caso de culpa do lesado ou de contribuição causal sem culpa, não se pode excluir automaticamente nem limitar desproporcionadamente a indemnização devida pelo detentor do veículo

\* Considerações:

- Causalidade *versus* Culpa;
- O problema coloca-se essencialmente ao nível da causalidade; e só num segundo plano ao nível da culpa das vítimas;
- Conduz necessariamente a atribuir relevância tanto aos riscos agravados dos veículos automóveis como ao “risco comum de circulação”;
- Distinguindo entre *causa do acidente* e *causa dos danos* (art. 505.º “*acidente imputável...*”);
- Sempre que o veículo se encontre em circulação, a respectiva força cinética faz com que seja também causa adequada dos danos.

\* Concretizando:

- *Se não houver culpa do lesado*, problema resolve-se apenas ao nível da causalidade – relação entre contribuição causal dos riscos do veículo e contribuição causal do lesado;
- *Se houver culpa do lesado*, parte-se da ponderação ao nível da causalidade, mas conjuga-se com a ponderação do grau de culpa do lesado.

\* Resolução das hipóteses-tipo iniciais

- 1) Criança de 4 anos é atropelada quando atravessa a rua a correr atrás de uma bola [contribuição causal sem culpa]

<sup>1</sup> «Direito dos Seguros e Direito da Responsabilidade Civil – Da legislação europeia sobre o seguro automóvel e sua repercussão no regime dos acidentes causados por veículos. A propósito dos Acórdãos Ferreira Santos, Ambrósio Lavrador (e o.) e Marques de Almeida, do TJUE», in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 142.º (2013), pág. 79.

- Exclusão total da indemnização é inteiramente desproporcionada
- Poderá admitir-se alguma exclusão (em função da contribuição causal) mas diminuta

2) *Peão adulto e imputável, que aguarda na paragem de autocarro com um pé fora do passeio, é ferido por automóvel que circula* [contribuição causal com culpa leve]

- Exclusão total da indemnização é inteiramente desproporcionada
- Pode admitir-se alguma exclusão em função do grau da contribuição causal e da culpa

3) *Peão adulto e imputável é atropelado por automóvel quando atravessa a correr uma estrada com trânsito* [contribuição causal com culpa grave ou dolo eventual]

- Exclusão total da indemnização não é desproporcionada

## 7. Jurisprudência mais recente do STJ (a partir de 2019)

- Diversidade de soluções, mas destaque para dois acórdãos especialmente relevantes

\* Acórdão do STJ de 19/03/2019

- Queda de passageira de transporte colectivo à saída do mesmo, mas quando já se encontrava na via pública, sendo atropelada pelo rodado do veículo
- Acórdão da Relação: exclusão de responsabilidade da empresa detentora efectiva do veículo por aplicação do art. 505.º do CC
- Acórdão do STJ: conduta da lesada é involuntária e não culposa; é de manter a responsabilidade pelo risco sem qualquer redução de indemnização

\* Acórdão do STJ de 24/09/2020

- Peão (de 75 anos) que circulava pela berma de estrada, passou a fazê-lo pela extremidade da estrada quando veículo automóvel se aproximava em sentido contrário
- Veículo automóvel embate no peão
- Acórdão da Relação: exclusão de responsabilidade pelo risco por aplicação do art. 505.º do CC
- Acórdão do STJ: tese do concurso responsabilidade pelo risco / culpa do lesado; relevância do *risco comum de circulação*
- Imputação de responsabilidades: 60% a culpa do lesado; 40% aos riscos do automóvel

## 8. De iure constituendo

\* Formulação de proposta de alteração da redacção do art. 505.º CC (na parte referente à conduta do lesado):

*A responsabilidade fixada nos termos do art. 503.º, n.º 1, pode ser reduzida ou excluída na medida da contribuição causal da conduta do lesado para o acidente e os danos, assim como, sendo tal conduta culposa, na medida da gravidade da mesma.*

\* Consagração da tese do concurso risco / culpa do lesado em termos gerais



# ■ PARTE I

**RESPONSABILIDADE CIVIL -  
O UNIVERSO DOS ILÍCITOS  
CRIMINAIS**

**5. ACIDENTES DE VIAÇÃO -  
PROBLEMAS VÁRIOS: DO  
ABUSO DE BEBIDAS  
ALCOÓLICAS À FALHA  
DO ALGORITMO**

**PEDRO PIMENTA MENDES**



CENTRO  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

## 5. ACIDENTES DE VIAÇÃO – PROBLEMAS VÁRIOS: DO ABUSO DE BEBIDAS ALCOÓLICAS À FALHA DO ALGORITMO

Pedro Pimenta Mendes\*

1. Introdução
2. Direito de Regresso das Seguradoras nos casos de Condução com uma Taxa de Alcoolemia Superior à Permitida
  - 2.1. Responsabilidade civil por acidentes causados por veículos e responsabilidade objetiva
  - 2.2. O revogado Decreto-Lei nº 522/85, de 31 de Dezembro
  - 2.3. O Decreto-Lei nº 291/2007, de 21 de Agosto
  - 2.4. Tentativa de solução
  - 2.5. Conclusão
3. Condução de Veículos Autónomos e Falha do Algoritmo
  - 3.1. Introdução ao problema
  - 3.2. Atribuição de Personalidade Jurídica a entes dotados de inteligência artificial. Breves considerações.
  - 3.3. Responsabilidade do Produtor
  - 3.4. Responsabilidade Civil Subjetiva
  - 3.5. Responsabilidade Civil Objetiva
  - 3.6. Resolução do Parlamento Europeu 2020/2014 – breves considerações
  - 3.7. Conclusão
4. Considerações Finais

### 1. Introdução

Poucas são as pessoas que, hoje em dia, não têm habilitação legal para conduzir um veículo. De facto, nas últimas décadas, temos assistido a um aumento de veículos em circulação. Basta, todas as manhãs, ligar a televisão ou o rádio e ouvem-se, sucessivamente, frases como “trânsito congestionado em ...” ou “engarrafamento em ...”.

Como consequência deste aumento de veículos em circulação, assume cada vez mais importância o estudo da temática sobre acidentes de viação. De facto, feita uma análise à jurisprudência dos Tribunais Portugueses, verifica-se que mais de 50% das ações de responsabilidade civil relacionam-se com este mesmo tema<sup>1</sup>.

Tendo este facto em consideração, propomo-nos, neste artigo, a analisar uma querela que há muito tempo tem assolado a jurisprudência portuguesa. Falamos do direito de regresso das Seguradoras nos casos de um acidente de viação provocado por um condutor que apresente uma taxa de alcoolemia superior à permitida. Para além desta questão, analisaremos, também, o problema que a condução automatizada nos traz quando existe uma falha do algoritmo.

Quanto ao primeiro tema, tentaremos perceber se a Seguradora poderá acionar automaticamente o direito de regresso quando for detetado no condutor segurado qualquer

\* Assistente Convidado da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Doutorando em Direito Civil. Investigador do Instituto Jurídico da Comunicação.

<sup>1</sup> Cfr. Maria da Graça Trigo, *Responsabilidade Civil. Temas Especiais*, 1ª edição (reimpressão), Lisboa, Universidade Católica Editora, 2017, pág. 17.

grau de taxa de alcoolemia superior ao limite legal ou se terá, ao invés, de provar o nexo de causalidade entre a condução sob o efeito do álcool e o acidente.

Quanto ao segundo tema, iremos analisar se as regras do instituto da responsabilidade civil poderão ser mobilizadas para tutelar as situações de acidentes de viação provocados por entes dotados de inteligência artificial (condução automatizada). Isto é, iremos examinar a aptidão do instituto da Responsabilidade Civil para a identificação de uma entidade suscetível de ser responsabilizada pelos acidentes provocados por uma entidade dotada de Inteligência Artificial (IA).

## 2. Direito de Regresso das Seguradoras nos casos de Condução com uma Taxa de Alcoolemia Superior à Permitida

### 2.1. Responsabilidade civil por acidentes causados por veículos e responsabilidade objetiva

O artigo 483º/1 do Código Civil (doravante CC) consagra o princípio geral da responsabilidade por factos ilícitos. Nos termos deste artigo “aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação”. Ora, uma simples leitura do preceito mostra que são vários os requisitos que devem estar preenchidos para haver lugar a uma pretensão indemnizatória. São eles o facto voluntário do lesante, a ilicitude, a culpa, o nexo de causalidade e o dano<sup>2</sup>.

Porém, o artigo 483º/2 CC preceitua que “nos casos especificados na lei” se pode prescindir de um elemento: a culpa. Isto é, quando a lei assim o prever, existirá obrigação de indemnizar independentemente de culpa, caso estejam preenchidos os restantes pressupostos.

Um dos casos de responsabilidade independentemente de culpa é, precisamente, o que respeita aos acidentes causados por veículos. Neste sentido, segundo o artigo 503º do Código Civil,

<sup>2</sup> Não iremos desenvolver os diversos pressupostos da responsabilidade civil, uma vez que não constitui objeto específico do nosso estudo. Para um maior desenvolvimento sobre os mesmos vd. Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, ob. cit., págs. 525 e ss.; Mário Júlio de Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, 12ª edição (revista e atualizada), 3ª reimpressão, Coimbra, Almedina, págs. 557 e ss.; Rui de Alarcão, *Direito das Obrigações*, 1999, págs. 164 e ss.; e Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*, Vol. I, 10ª edição, Coimbra, Almedina, 2013, págs. 258 e ss..

Note-se, no entanto, que a sistematização por nós considerada não é unânime na doutrina. Veja-se, p.e., Galvão Telles, que afirma que os elementos da responsabilidade extraobrigacional (comuns à responsabilidade obrigacional – salvo a particularidade de que nesta o ato ilícito consiste na inexecução da obrigação) são quatro: ato ilícito, culpa, prejuízo e causalidade.: Galvão Telles, *Direito das Obrigações*, 7ª edição (revista e atualizada), Coimbra Editora, 1997, pág. 333. Mafalda Miranda Barbosa também sustenta que a responsabilidade civil tem quatro pressupostos: ilicitude, culpa, nexo de imputação objetiva e dano: Mafalda Miranda Barbosa, *Lições de Responsabilidade Civil*, 1ª edição, Coimbra, Principia, 2017, págs. 127 e ss.. Por sua vez, Pessoa Jorge reconduz os pressupostos da responsabilidade civil a apenas dois, sendo eles o ato ilícito e o prejuízo reparável. Porém, o nexo de imputação e o nexo de causalidade não são de descurar, integrando-se o primeiro no ato ilícito, como seu elemento ou aspeto inseparável, e o segundo no prejuízo reparável. O autor acrescenta ainda outro pressuposto de carácter negativo: ausência de causas de isenção da responsabilidade civil: Fernando Pessoa Jorge, *Ensaio sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil*, Lisboa, 1972, págs. 55 e ss..

“aquele que tiver a direção efetiva de qualquer veículo de circulação terrestre e o utilizar no seu próprio interesse, ainda que por intermédio de comissário, responde pelos danos provenientes dos riscos próprios do veículo, mesmo que este não se encontre em circulação”<sup>3</sup>.

Quando se fala em responsabilidade civil automóvel teremos sempre de ter presente a ideia de seguro de responsabilidade civil automóvel, uma vez que, segundo o artigo 4º do Decreto Lei nº 291/2007, de 21 de Agosto, este seguro é obrigatório: “Toda a pessoa que possa ser civilmente responsável pela reparação de danos corporais ou materiais causados a terceiros por um veículo terrestre a motor para cuja condução seja necessário um título específico e seus reboques, com estacionamento habitual em Portugal, deve, para que esses veículos possam circular, encontrar-se coberta por um seguro que garanta tal responsabilidade, nos termos do presente decreto-lei”<sup>4</sup>.

Ora, a lei estabelece esta obrigatoriedade por dois motivos. Em primeiro lugar, o seguro obrigatório garante a cobertura dos danos ao lesado, que, a este nível, poderão ser elevados. Em segundo lugar, em virtude de se tratar de um tipo de responsabilidade independente de culpa, o seguro obrigatório serve, também, para atenuar a excessiva onerosidade do pagamento da totalidade dos danos pelo responsável não culposo<sup>5</sup>.

Para o tema que ora nos centramos, irão revestir uma importância acrescida o Decreto-Lei nºs 72/2008, de 16 de Abril e o Decreto-Lei nº 291/2007, de 21 de Agosto. Vejamos.

Por um lado, diz-nos o artigo 146º/1 do Decreto-Lei nº 72/2008, de 16 de Abril, que “o lesado tem o direito de exigir o pagamento da indemnização diretamente ao segurador”.

Por outro lado, afirma o artigo 64º do Decreto-Lei nº 291/2007, de 21 de Agosto, que “as ações destinadas à efetivação da responsabilidade civil decorrente de acidente de viação, quer sejam exercidas em processo civil, quer o sejam em processo penal, e em caso de existência de seguro, devem ser deduzidas obrigatoriamente:

- a) Só contra a empresa de seguros, quando o pedido formulado se contiver dentro do capital mínimo obrigatório do seguro obrigatório;
- b) Contra a empresa de seguros e o civilmente responsável, quando o pedido formulado ultrapassar o limite referido na alínea anterior”.

Tendo estas notas em consideração, torna-se imprescindível o estudo do direito de regresso das seguradoras, uma vez que o artigo 27º/1 do referido Decreto-Lei nº 291/2007 preceitua o seguinte:

<sup>3</sup> Para mais desenvolvimentos sobre o regime do artigo 503º CC, vd. infra 3.5.3.

<sup>4</sup> Sobre o regime do seguro obrigatório de responsabilidade civil automóvel, vd. Filipe Albuquerque Matos, *O Contrato de Seguro Obrigatório de Responsabilidade Civil Automóvel*, in *Boletim da Faculdade de Direito*, 77, 2001; e *O Contrato de Seguro Obrigatório de Responsabilidade Civil Automóvel. Alguns Aspectos do seu Regime Jurídico*, in *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. LXXVIII, Coimbra, 2002.

<sup>5</sup> Cfr. Vd. Mafalda Miranda Barbosa, *Direito de regresso no caso de seguro automóvel obrigatório: a taxa de alcoolémia superior ao legalmente permitido e o problema da “causalidade”*, in *Cadernos de Direito Privado*, nº 50, Abril/Junho, 2015, págs. 22 e 23.

“Satisfeita a indemnização, a empresa de seguros apenas tem direito de regresso:

- a) Contra o causador do acidente que o tenha provocado dolosamente;
- b) Contra os autores e cúmplices de roubo, furto ou furto de uso do veículo causador do acidente, bem como, subsidiariamente, o condutor do veículo objeto de tais crimes que os devesse conhecer e causador do acidente;
- c) Contra o condutor, quando este tenha dado causa ao acidente e conduzir com uma taxa de alcoolemia superior à legalmente admitida, ou acusar consumo de estupefacientes ou outras drogas ou produtos tóxicos;
- d) Contra o condutor, se não estiver legalmente habilitado, ou quando haja abandonado o sinistrado;
- e) Contra o responsável civil por danos causados a terceiros em virtude de queda de carga decorrente de deficiência de acondicionamento;
- f) Contra o incumpridor da obrigação prevista no n.º 3 do artigo 6.º;
- g) Contra o responsável civil pelos danos causados nos termos do n.º 1 do artigo 7.º e, subsidiariamente à responsabilidade prevista na alínea b), a pessoa responsável pela guarda do veículo cuja negligência tenha ocasionado o crime previsto na primeira parte do n.º 2 do mesmo artigo;
- h) Contra o responsável civil por danos causados a terceiros em virtude de utilização ou condução de veículos que não cumpram as obrigações legais de carácter técnico relativamente ao estado e condições de segurança do veículo, na medida em que o acidente tenha sido provocado ou agravado pelo mau funcionamento do veículo;
- i) Em especial relativamente ao previsto na alínea anterior, contra o responsável pela apresentação do veículo a inspeção periódica que, na pendência do contrato de seguro, tenha incumprido a obrigação de renovação periódica dessa apresentação, na medida em que o acidente tenha sido provocado ou agravado pelo mau funcionamento do veículo”.

Isto quer dizer que, apesar de a Seguradora conseguir fazer-se valer do direito de regresso, este reveste um carácter restritivo, uma vez que aquela não pode recorrer a este expediente em todas as situações em que paga a indemnização ao lesado pelo segurado.

Ora, nos próximos pontos, iremos abordar e analisar o problema que a alínea c) deste preceito tem suscitado, ou seja, o problema de saber se a seguradora poderá acionar automaticamente o direito de regresso quando for detetado no condutor segurado qualquer grau de taxa de alcoolemia superior ao limite legal ou se terá, ao invés, de provar o nexo de causalidade entre a condução sob o efeito do álcool e o acidente.

## 2.2. O revogado Decreto-Lei nº 522/85, de 31 de Dezembro

Durante a vigência do Decreto-Lei nº 522/85, de 31 de Dezembro, os Tribunais portugueses debateram amplamente o problema, sem nunca chegar a um consenso.

Esta ampla discussão culminou com o Acórdão de Uniformização de Jurisprudência nº 6/2002. Neste acórdão foi decidido o seguinte: “A alínea c) do artigo 19.º do Decreto-Lei n.º 522/85, de 31 de Dezembro, exige para a procedência do direito de regresso contra o condutor por ter agido sob influência do álcool o ónus da prova pela seguradora do nexo de causalidade adequada entre a condução sob o efeito do álcool e o acidente”. Isto quer dizer que a solução fixada foi a da não automaticidade do direito de regresso, exigindo-se prova do nexo de causalidade entre a influência do álcool no condutor e a produção do acidente.

Em anotação a este Acórdão de Uniformização de Jurisprudência, Sinde Monteiro sistematizou e categorizou os argumentos a favor e contra a solução a que chegou o Tribunal. Porém, o autor não se bastou em colher argumentos expendidos na fundamentação do Acórdão. Ao invés, elencou, também, argumentos mobilizados em outras decisões judiciais que fundam quer o carácter não automático do direito de regresso, quer a automaticidade deste direito<sup>6</sup>.

Assim, como elementos a favor da automaticidade do direito de regresso podemos indicar os seguintes:

- 1) Em primeiro lugar, e ainda num aspeto de carácter preponderantemente formal e sistemático, o entendimento da expressão “sob influência de álcool” contida na alínea c) do artigo 19.º do Decreto-Lei nº 522/85, de 31 de Dezembro (hoje artigo 27.º do Decreto-Lei nº 291/2007, de 21 de Agosto) deveria pautar-se pelo disposto no (antigo) artigo 81.º/2 do Código da Estrada, considerando-se existir “condução sob influência de álcool” quando o “condutor apresente uma taxa de álcool no sangue igual ou superior a 0,5 g/l”. Neste sentido, invoca-se uma ideia de “unidade e harmonia do sistema jurídico” (lugares paralelos)<sup>7</sup>;
- 2) Por outro lado, a letra da lei aponta, também, para a não exigência de prova da causalidade. Segundo o artigo 19.º daquele Decreto-Lei “satisfeita a indemnização, a seguradora apenas tem direito de regresso contra o condutor, se este não estiver legalmente habilitado ou tiver agido sob a influência do álcool, estupefacientes ou outras drogas ou produtos tóxicos, ou quando haja abandonado o sinistrado”. Ora, se fosse intenção do legislador propugnar pela exigência da prova da causalidade, não teria redigido aquela alínea c) nos termos em que o fez. Segundo o autor, “utilizaria decerto uma redacção mais expressiva, v.g. explicitando-se (ter-se) «o acidente ficado a dever à alcoolémia do condutor»”<sup>8</sup>.
- 3) Seria contraditório recusar o carácter automático do direito de regresso por referência às restantes alíneas do artigo 19.º, uma vez que estas não pressupõem que os factos que preveem tenham causado os danos<sup>9</sup>.
- 4) A *ratio legis* aponta no sentido da automaticidade. Ora, não há razão para conceber uma situação que implique maiores dificuldades no exercício do direito de regresso das seguradoras. Trata-se de um preceito que assenta “numa política de prevenção de

<sup>6</sup> Vd. Sinde Monteiro, *Seguro Automóvel Obrigatório. Direito de Regresso. Anotação ao Acórdão de Uniformização de Jurisprudência n.º 6/2002 de 28 de Maio, Proc. 3470/01 – 2.ª secção*, in *Cadernos de Direito Privado*, nº 2, Abril-Junho 2003, págs. 45 e ss.

<sup>7</sup> Cfr. Sinde Monteiro, *Seguro Automóvel Obrigatório*, ob. cit., pág. 45.

<sup>8</sup> Cfr. Sinde Monteiro, *Seguro Automóvel Obrigatório*, ob. cit., pág. 45.

<sup>9</sup> Vd. Sinde Monteiro, *Seguro Automóvel Obrigatório*, ob. cit., pág. 46.

acidentes, em que a ideia de prevenção geral desempenha uma função importante, tendo um carácter «moralizador», «a um tempo dissuasora e repressiva», em que o desvalor da acção e o carácter sancionatório aparecem em primeiro plano”. A entender-se a não automaticidade do direito de regresso, significaria a ausência de efeitos práticos do artigo 19º/c), visto a prova ser muito difícil ou até mesmo impossível<sup>10</sup> (prova diabólica).

- 5) Invoca-se, também, o princípio do equilíbrio contratual, tendo em consideração os interesses das seguradoras. A condução sob influência de álcool configuraria um risco anormal e acrescido. Tendo que satisfazer aos lesados as indemnizações, compreende-se que as empresas de seguros não suportem em definitivo esses encargos, ressarcindo-se à custa de quem criou aqueles riscos<sup>11</sup>. Caso assim não fosse, romper-se-ia o equilíbrio que o contrato estabelece.

Como argumentos contrários à automaticidade do Direito de Regresso temos os seguintes:

- 1) O primeiro argumento é o contrário daquele que referimos em 2). Isto é, a expressão “se o condutor tiver agido sob a influência de álcool”, usada no artigo 19º/c) do Decreto-Lei 522/85, de 31 de Dezembro, não aponta para que a lei tenha querido prescindir do nexo de causalidade. Se fosse essa a intenção do legislador, este “decerto que teria dito algo como: «Contra o condutor, se este conduzir com álcool». Ao aludir a «agir» sob a influência do álcool a lei não sugere a consideração da situação estática de o condutor «estar com álcool», antes o ter em conta da realidade dinâmica de actuar daquele modo por causa do excesso alcoólico”.<sup>12</sup>
- 2) O elemento literal é reforçado pelo elemento histórico. Segundo explica Sinde Monteiro, “a redacção daquela alínea não foi alterada pelo DL nº 522/85, que recebeu *ipsis verbis* a fórmula do correspondente artigo do DL nº 408/79, de 25/9, quando não tinha sido ainda objecto de disciplina legal a condução sob o efeito de álcool, o que só aconteceu com a Lei nº 3/82, de 29/3. Nesse condicionalismo, ou se aceitava que qualquer percentagem de álcool no sangue, mesmo mínima, desencadeava o direito de regresso das seguradoras ou, como parece mais razoável, teria de se entender que esse direito só era gerado pela prova da relevância do álcool com respeito ao facto que originou o sinistro. Tendo-se mantido inalterado o texto da lei do seguro obrigatório, neste ponto, não haveria base para afirmar um diferente entendimento face ao DL nº 522/85”<sup>13</sup>.
- 3) Afirma-se, também, que o direito de regresso nasce *ex novo*. Assim sendo, salvo se a lei disser claramente o contrário, devem ser respeitados os princípios gerais da responsabilidade civil, onde se inclui o nexo de causalidade, que tem de ser provado por quem invoca o direito, ou seja, pela seguradora<sup>14</sup>.
- 4) Quanto ao equilíbrio contratual, só se demonstrando que o acidente foi determinado pelo álcool é que se pode concluir pela verificação do risco acrescido. De outra forma, o direito

<sup>10</sup> Vd. Sinde Monteiro, *Seguro Automóvel Obrigatório*, ob. cit., pág. 47.

<sup>11</sup> Vd. Sinde Monteiro, *Seguro Automóvel Obrigatório*, ob. cit., pág. 47.

<sup>12</sup> Cfr. Sinde Monteiro, *Seguro Automóvel Obrigatório*, ob. cit., pág. 47.

<sup>13</sup> Cfr. Sinde Monteiro, *Seguro Automóvel Obrigatório*, ob. cit., pág. 47.

<sup>14</sup> Vd. Sinde Monteiro, *Seguro Automóvel Obrigatório*, ob. cit., pág. 47.



estaria a ser estendido a “«consequências que não têm a ver com as circunstâncias especiais que o motivam»”<sup>15</sup>.

### 2.3. O Decreto-Lei nº 291/2007, de 21 de Agosto

Em 2007, o Decreto-Lei nº 291/2007, de 21 de Agosto, revogou o Decreto-Lei nº 522/85, de 31 de Dezembro. O antigo artigo 19º corresponde, agora, ao artigo 27º, tendo este sido sujeito a uma nova redação.

A alínea c) do artigo 27º diz o seguinte: “Satisfeita a indemnização, a empresa de seguros apenas tem direito de regresso (c) contra o condutor, quando este tenha dado causa ao acidente e conduzir com uma taxa de alcoolemia superior à legalmente admitida, ou acusar consumo de estupefacientes ou outras drogas ou produtos tóxicos”.

Porém, apesar desta nova redação, a controvérsia sobre a automaticidade ou não automaticidade do direito de regresso continuou. A questão que agora se levanta passa por saber se a solução contida no Acórdão de Uniformização de Jurisprudência caducou.

Como iremos analisar, a resposta não é unívoca.

Atentemos nos seguintes Acórdãos.

O Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 10/12/2020 (proc. 3044/18.2T8PNF.P1.S1), relatado por Manuel Capelo, veio considerar que, por via da entrada em vigor do Decreto-Lei nº 291/07, de 21 de Agosto, caducou a Jurisprudência Uniformizadora. Isto é, a seguradora passou a não ter de demonstrar a existência da relação de causalidade, bastando que se apure, por um lado, que na ocasião do embate o condutor apresentava taxa de alcoolemia superior à legalmente permitida, e, por outro lado, que o mesmo foi o responsável pelo acidente.

Os Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 09/04/2019 (proc. 1880/16.3T8BJA.E1.S2), relatado por Acácio das Neves, e de 03/11/2020 (proc. 2490/18.6T8PNF.P2.S1), relatado por Fernando Samões, também apoiam esta posição, baseando-se nos elementos literal e histórico: “Se a lei anterior falava em «tiver agido sob influência de álcool», de onde se poderia deduzir (em consonância com a interpretação que veio a ser fixada no acórdão uniformizador) que era necessário que a seguradora provasse que a condução sob a influência de álcool foi causal do acidente, a nova lei passou a falar apenas em «conduzir com uma taxa de alcoolemia superior à legalmente permitida». Esta nova redação da lei aponta (...) de forma clara no sentido de (para além da prova da culpa do condutor) apenas se exigir à seguradora a prova de que o condutor conduzia com uma taxa superior à que é permitida por lei. Se não fosse esta a intenção do legislador (conhecedor da interpretação dada pelo acórdão uniformizador à norma legal anteriormente em vigor), certamente que o mesmo não teria procedido à alteração do texto da lei nos termos em que o fez”.

<sup>15</sup> Cfr. Sinde Monteiro, *Seguro Automóvel Obrigatório*, ob. cit., págs. 47 e 48.

Com argumentos materiais pronuncia-se o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 07/02/2017 (proc. 29/13.9TJVN.F.G1.S1), relatado por José Rainho: «Estamos perante uma circunstância que implica de *per se* um sensível agravamento dos normais riscos de circulação, e cuja cobertura deve considerar-se excluída do normal e comutativo equilíbrio do contrato de seguro». Este Acórdão subscreve, também, o que se aduz no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 09/10/2014 (proc. nº 582/11.1TBSTB.E1.S1), relatado por Fernando Bento: “A «desconsideração» do nexo de causalidade no art. 27º do DL nº 291/2007 deve ser compreendida, perspetivando o direito de regresso da seguradora como de natureza contratual e não extracontratual; quer dizer, a previsão legal do direito de regresso integra o chamado estatuto legal imperativo do contrato de seguro obrigatório de responsabilidade civil automóvel. O risco assumido pela seguradora em tal contrato não cobre nem poderia cobrir os perigos acrescidos que a condução sob a influência do álcool envolve. E dizemos nem poderia cobrir porque, sendo proibida a condução com Taxa de álcool no sangue igual ou superior a certo limite e sendo mesmo sancionada penalmente tal conduta quando atingir um limite superior, tal assunção de risco pela seguradora seria nulo, por contrariar normas legais imperativas (art. 280º nº1 CCivil). Compreende-se assim que, nesse caso, o contrato de seguro não funcione quando o condutor conduza com uma Taxa de álcool no sangue não permitida. E, sem prejuízo da garantia que o contrato de seguro representa para o lesado, satisfeita a indemnização devida a este pela seguradora, o direito de regresso visa, afinal, restabelecer o equilíbrio interno do contrato de seguro, comprometido quando se impôs à seguradora uma obrigação de indemnização por danos verificados quando a responsabilidade civil do condutor não estava (nem podia estar) garantida e coberta pelo contrato de seguro”.

Em sentido diametralmente oposto, existe Jurisprudência que exige que se faça prova do nexo de causalidade entre a taxa de alcoolemia e o acidente para o exercício do direito de regresso. Isto é, esta corrente considera que não há automaticidade do direito de regresso.

Neste sentido, veja-se o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 06/07/2011 (proc. nº 129/08.7TBPTL.G1.S1), relatado por João Bernardo, que afirma que o artigo 27º deve ser interpretado de modo a considerar que o direito de regresso da seguradora só existe quando haja uma relação causal entre a taxa de alcoolemia e a produção do evento.

Igual posição propugna o Acórdão da Relação do Porto de 19/01/2012 (proc. 774/10.0TBESP.P1), relatado por Teles de Menezes, que sustenta que, se a lei quisesse afastar o anterior entendimento, o legislador teria sido mais contundente na sua formulação.

Para além destes Arrestos, contamos ainda com o Acórdão da Relação de Guimarães, de 12/11/2015 (proc. 1720/13.5TBGMR.G1), relatado por Ana Cristina Duarte, que acompanha a fundamentação do Acórdão da Relação do Porto de 15/01/2013 (proc. 995/10.6TVPRT.P1), relatado por Anabela Dias da Silva. Estes Acórdãos afirmam que se se considerasse que o facto de o segurado que provoque um acidente com uma taxa de alcoolemia superior à permitida por lei, por si só, seria condição para legitimar o direito de regresso da seguradora, estar-se-ia a sancionar (civilmente) o agente (segurado) pela taxa de álcool no sangue de que é portador, sem a necessidade de se estabelecer um nexo causal entre esse mesmo estado de alcoolemia e os

danos resultantes do acidente, e conseqüentemente, a alterar a natureza reparadora do direito civil (ao invés de sancionadora)<sup>16</sup>, pois sancionar-se-ia o agente em função da sua culpa e não da causalidade entre a sua ação e os danos casuísticos da mesma. Assim, o Tribunal entendeu que, para que o direito de regresso da seguradora que satisfaz a indemnização fosse reconhecido, teria a mesma, para além de provar a culpa do condutor na produção do evento danoso, alegar e provar ainda factos de onde resulte o nexo de causalidade entre a condução com uma taxa de alcoolemia superior à legalmente permitida e o evento dele resultante.

Por último, existe ainda um outro entendimento.

Olhemos para a fundamentação do Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 30/10/2008 (proc. 0834316), relatado por Maria Catarina. Para o Tribunal “parece não haver dúvidas que a redação do art. 27º c) veio afastar definitivamente a ideia de que o direito de regresso era um efeito automático da condução sob o efeito do álcool, exigindo-se agora, expressamente, a prova de que o condutor deu causa ao acidente. O legislador entendeu que, uma vez feita a prova de que o acidente foi causado pelo condutor que conduzia com uma taxa de alcoolemia superior à permitida, isso bastaria para concluir que o comportamento do condutor se deveu à influência do álcool. Isto é, sem abdicar do nexo de causalidade, presumiu o legislador que a prova de que o acidente se deveu ao condutor alcoolizado era suficiente para considerar que o acidente e os subseqüentes danos se deveram à influência do álcool. Assim, o Acórdão Uniformizador de Jurisprudência nº 6/2002 deixará de ter inteira aplicação. Todavia, a não aplicação do referido acórdão não decorre do facto de o legislador ter prescindido do nexo de causalidade adequada entre a condução sob o efeito do álcool e o acidente, decorrendo apenas do facto de, no atual regime, não recair sobre a seguradora o ónus de prova desse nexo de causalidade (ónus esse que era, aliás, muito oneroso, dadas as dificuldades de prova), entendendo o legislador que tal nexo de causalidade se presume”. O Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 06/04/2017 (proc. 1658/14.9TBVLG.P1.S1), relatado por Lopes do Rego, propugna pela mesma solução: “O sentido a atribuir ao regime normativo introduzido pelo DL 291/07 será o de ter vindo estabelecer uma presunção legal, assente nas regras ou máximas de experiência, na normalidade das situações da vida, segundo a qual o concreto erro ou falta cometido pelo condutor alcoolizado se deveu causalmente à taxa de alcoolemia verificada objetivamente por meios técnicos adequados e inteiramente fiáveis, deixando a parte beneficiada pelo estabelecimento desta presunção legal de estar onerada com a prova efetiva do facto a que conduz a presunção, nos termos do art. 350º, nº 1, do CC”.

Em suma, existem três posições jurisprudenciais relativamente à questão do exercício do direito de regresso por parte da seguradora quando estamos perante um acidente causado por um condutor com uma taxa de alcoolemia superior à permitida:

- 1) Automaticidade do direito de regresso;
- 2) Exigência de prova do nexo de causalidade entre a condução com uma taxa de alcoolemia superior à legalmente permitido e o acidente;

<sup>16</sup> Quanto às finalidades da Responsabilidade Civil, vd. Pedro Manuel Pimenta Mendes, *Restituição do Lucro Ilícito pela Violação de Direitos de Personalidade*, 1ª edição, Coimbra, Almedina, 2020.

- 3) Exigência de prova do nexo de causalidade entre a condução com uma taxa de álcool no sangue superior à legalmente permitido e o acidente, que se presume, dispensando a seguradora de o provar.

#### 2.4. Tentativa de solução

Face a esta controvérsia, há que tomar posição sobre os argumentos aduzidos para defesa de cada uma das orientações.

Em primeiro lugar, os argumentos que se baseiam na letra da lei e no elemento histórico são sempre frágeis. Ora, tais argumentos poderão ser utilizados tanto para defender a posição da automaticidade do direito de regresso, como para defender, precisamente, a tese contrária.

Na verdade, por um lado, podemos afirmar que se o legislador não quisesse alterar o *status quo* (não automaticidade do direito de regresso) teria mantido a formulação da norma. Por outro lado, podemos, também, afirmar que se o legislador quisesse alterar o *status quo* tê-lo-ia feito mais contundentemente<sup>17</sup>.

Atentas as fragilidades destes argumentos e tendo em conta que o cânone metodológico deve ser desconsiderado por se tratar de matéria do pensamento jurídico e não do legislador<sup>18</sup>, centremo-nos no verdadeiro busílis da questão. É que a norma deve ser encarada como uma norma-problema, donde, nas palavras de Mafalda Miranda Barbosa, “o objetivo da interpretação não passará pela reconstituição da vontade do legislador histórico (interpretação subjetivista), sequer pela reconstituição do sentido objetivo incorporado pela norma (interpretação objetivista). Os objetivos da interpretação passam, agora, pela complementaridade entre uma interpretação dogmática – que remete a norma para o sistema – e uma interpretação teleológica – que a remete para os seus fins, que verdadeiramente da primeira não se distancia por ser todo o sistema um sistema-problema, predicado pelos fins que *ab initio* configuram a intencionalidade da juridicidade”<sup>19</sup>.

Assim sendo, a correta interpretação da norma força-nos a remetê-la comparativamente para o problema suscitado pela realidade concreta.

Para alcançarmos uma solução justa e conforme, teremos, então, de perceber o que subjaz ao exercício do direito de regresso da seguradora. Em causa estará o pagamento, por parte desta, de uma indemnização que surge no âmbito de um processo de responsabilidade civil<sup>20</sup>.

<sup>17</sup> Vd. Mafalda Miranda Barbosa, *Direito de regresso*, ob. cit., pág. 29.

<sup>18</sup> Para mais desenvolvimentos, vd. Castanheira Neves, *Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais*, 1ª edição, Coimbra Editora, 2013, págs. 283 e ss., e Pinto Bronze, *Quae Sunt Caesari: Et Quae Sunt Iurisprudentialia*, *Iurisprudentialia*, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, Vol. II (A Parte Geral do Código Civil e a Teoria Geral do Direito Civil), Coimbra, Coimbra editora, 2006, págs. 77 e ss..

<sup>19</sup> Cfr. Mafalda Miranda Barbosa, *Direito de regresso*, ob. cit., pág. 30.

<sup>20</sup> Vd. Mafalda Miranda Barbosa, *Direito de regresso*, ob. cit., pág. 30.

Pensemos, primeiro, com base na responsabilidade pelo risco. O artigo 503º do Código Civil afirma que “aquele que tiver a direção efetiva de qualquer veículo de circulação terrestre e o utilizar no seu próprio interesse, ainda que por intermédio de comissário, responde pelos danos provenientes dos riscos próprios do veículo, mesmo que este não se encontre em circulação”. Assim, assumindo-se como uma responsabilidade independentemente de culpa, a obrigatoriedade do seguro parece-nos decorrer do cunho objetivo que reveste a responsabilidade por acidentes causados por veículos<sup>21</sup>.

Sendo este o caso, isto quer dizer que a seguradora irá cobrir uma indemnização devida pelo dano que se inscreve no risco assumido pelo lesante (aquele que detém a direção efetiva do veículo e o utiliza no seu próprio interesse)<sup>22</sup>. Pretende-se, aqui, para além de assegurar a posição da vítima, assegurar a posição do lesante, uma vez que não existe culpa ou desvalor de ação. Sendo assim, a seguradora é demandada diretamente por força da lei, como vimos supra, mas a transferência do risco para a sua esfera jurídica opera por via contratual, ainda que legalmente imposta<sup>23</sup>. Significa isto que é o mecanismo contratual que opera a transferência do risco. Mas atenção: o impacto desse risco na esfera da seguradora obedece a alguns limites, pois fica limitado pelos tetos indemnizatórios estabelecidos na lei e pelos riscos próprios do veículo.

Postas estas considerações, parece que a atuação culposa do condutor deve fazer acionar o direito de regresso, uma vez que distorce o designado equilíbrio contratual.

No entanto, para Mafalda Miranda Barbosa<sup>24</sup>, existem boas razões para sustentar o contrário. Alerta-nos a autora que, “porque entre os riscos próprios do veículo conta-se, também, o risco de uma condução não prudente, o legislador mostrou-se restritivo no desenho do direito de regresso. Tanto assim é que não é qualquer causação culposa do acidente (gerador de danos a terceiros) que pode fundamentar a pretensão da seguradora, exigindo-se, pelo contrário, uma qualificação especial, por via do dolo do agente (art. 27º/1/a), do DL nº 291/2007). Ora, assim sendo, a causação do acidente pelo condutor só justificará o direito de regresso se acompanhada da preterição grave de determinadas regras de conduta, à qual o próprio acidente possa ser imputado”. Segundo a autora, a copulativa presente na alínea c) do nº 1 do art. 27º do DL 291/2007 implicará necessariamente, uma conexão entre as duas realidades. Parece, pois, decair uma ideia de automatismo do direito de regresso, se com ele se pretender significar que a simples constatação da taxa de alcoolémia no sangue, sem qualquer repercussão no próprio acidente, é bastante”.

Não podemos concordar com esta posição. É certo que entre os riscos próprios do veículo conta, também, o risco de uma condução não prudente. No entanto, na nossa opinião, a condução com uma taxa de alcoolemia superior à legalmente permitida, ultrapassa este risco próprio de uma condução não prudente. Obrigar a seguradora a arcar com a chamada “prova diabólica” e sujeitando-a à mais que certa responsabilização sem conseguir exercer o direito de regresso,

<sup>21</sup> Neste sentido, vd. Mafalda Miranda Barbosa, *Direito de regresso*, ob. cit., pág. 30.

<sup>22</sup> Vd. Mafalda Miranda Barbosa, *Direito de regresso*, ob. cit., pág. 30.

<sup>23</sup> Neste sentido, vd. Mafalda Miranda Barbosa, *Direito de regresso*, ob. cit., pág. 30.

<sup>24</sup> Cfr. Mafalda Miranda Barbosa, *Direito de regresso*, ob. cit., págs. 30 e 31.

seria onerar excessivamente aquela seguradora. A ser assim, estar-se-ia a quebrar o proclamado equilíbrio contratual.

A seguradora já não tem direito de regresso fora das situações do artigo 27º do Decreto-Lei nº 291/2007, de 21 de Agosto. A seguradora já suporta as indemnizações quando estejam em causa os riscos próprios do veículo. Ora, se o condutor potenciar e agravar estes riscos de uma condução não prudente, praticando uma conduta censurada a nível contraordenacional ou a nível criminal (conforme a taxa de alcoolemia), não deve daí retirar uma vantagem. Tal comportamento ultrapassa o equilíbrio contratual estabelecido entre condutor/seguradora. Assim, o risco assumido pela seguradora ao celebrar o contrato de seguro não cobre os perigos acrescidos que a condução sob a influência do álcool envolve.

Tendo em conta todos estes factos, somos da opinião de que a concentração de álcool no sangue para além dos limites legais implica um agravamento do risco de acidentes que, por romper o equilíbrio contratual convencionado (proporção entre risco assumido e prémio estipulado e pago), não pode deixar de ser juridicamente relevante, devendo a seguradora poder exercer automaticamente o direito de regresso.

No entanto, chamamos ainda a atenção para o seguinte. O contrato de seguro não opera apenas a transferência do risco em casos de responsabilidade independentemente de culpa. Importa, pois, falar e compreender o direito de regresso no quadro de uma atuação culposa por parte do condutor segurado.

Segundo os ensinamentos de Filipe Albuquerque Matos, há três razões para onerar o património de uma pessoa cuja responsabilidade era, em princípio, garantida pelo contrato de seguro. Tendo em conta as diversas situações mencionadas no artigo 19º do Decreto Lei nº 522/85, de 31 de Dezembro (hoje revogado pelo Decreto-Lei nº 291/2007, de 21 de Agosto, correspondendo o atual artigo 27º àquele antigo artigo 19º), o autor afirma poder apontar as mais variadas e elementares exigências de justiça. Uma vez 1) traduzidas na necessidade de reagir contra condutas manifestamente censuráveis ou reprováveis do causador do acidente; 2) outras porque a circulação dos veículos é estranha à vontade do tomador do seguro com quem a companhia de seguros contratou; e ainda 3) por se manifestar perigo de agravamento do risco da ocorrência de acidentes<sup>25</sup>.

Para além destas exigências, o autor afirma ainda que também não são totalmente estranhas ao exercício do direito de regresso pelas seguradoras razões ponderosas de ordem moral.

Assim, nesta ordem de ideias, parece-nos que, no caso da condução sob influência de álcool, estará em causa o agravamento do risco de ocorrência de acidentes. Conduzir sob efeito de álcool em quantidades elevadas é censurável ao nível contraordenacional e até criminal tal é o perigo que a conduta encerra.

<sup>25</sup> Filipe Albuquerque Matos, *O Contrato de Seguro Obrigatório de Responsabilidade Civil Automóvel. Alguns Aspectos*, ob. cit., pág. 353.

Assim, parece-nos que este exponencial agravamento do risco de acidentes é o suficiente para fundamentar o direito de regresso.

## 2.5. Conclusão

Cada vez mais, chegam aos Tribunais Portugueses casos relacionados com acidentes de viação. Ora, neste âmbito, é importante clarificar uma das questões que nos parece assumir grande importância. Falamos, pois, do direito de regresso das Seguradoras nos casos de acidentes de viação provocados por um condutor que apresente uma taxa de alcoolemia superior à permitida.

Durante a nossa exposição, vimos que, ao abrigo do revogado Decreto-Lei nº 522/85, de 31 de Dezembro, os Tribunais Portugueses debateram amplamente o problema, sem nunca chegar a um consenso. E, esta ampla discussão culminou com o Acórdão de Uniformização de Jurisprudência nº 6/2002 que decidiu que “a alínea c) do artigo 19.º do Decreto-Lei n.º 522/85, de 31 de Dezembro, exige para a procedência do direito de regresso contra o condutor por ter agido sob influência do álcool o ónus da prova pela seguradora do nexo de causalidade adequada entre a condução sob o efeito do álcool e o acidente”.

Acontece que, aquele Decreto-Lei foi revogado pelo Decreto-Lei nº 291/2007, de 21 de Agosto, sendo alterada a redação daquele artigo 19º (hoje, artigo 27º). No entanto, a controvérsia sobre a automaticidade ou não automaticidade do direito de regresso continuou, colocando-se, agora, a questão de saber se a solução contida naquele Acórdão de Uniformização de Jurisprudência caducou.

Surgem, então, três posições na jurisprudência: (1) automaticidade do direito de regresso; (2) exigência de prova do nexo de causalidade entre a condução com uma taxa de alcoolemia superior à legalmente permitido e o acidente; e (3) exigência de prova do nexo de causalidade entre a condução com uma taxa de álcool no sangue superior à legalmente permitido e o acidente, que se presume, dispensando a seguradora de o provar.

Foram, também, analisados, ao longo do artigo, os vários argumentos aduzidos para defesa das várias posições.

Ora, na nossa opinião, a posição que melhor se coaduna com as vicissitudes dos casos em análise é a da automaticidade do direito de regresso. Só assim se consegue garantir o equilíbrio contratual estabelecido entre seguradora e segurado.

A seguradora assume o pagamento da indemnização tendo em conta os riscos próprios do veículo. No entanto, apesar de entre os riscos próprios do veículo contar, também, o risco de uma condução não prudente, na nossa opinião, a condução com uma taxa de alcoolemia superior à legalmente permitida, ultrapassa este mesmo risco. Assim, o risco assumido pela

seguradora ao celebrar o contrato de seguro não cobre os perigos acrescidos que a condução sob a influência do álcool envolve, uma vez que tal comportamento ultrapassa o equilíbrio contratual estabelecido entre condutor/seguradora.

Por último, pretendemos, também, com esta exposição, propor ao legislador que, numa futura alteração legislativa, resolva contudentemente a questão através da alteração da redação do artigo 27º, alínea c) do Decreto-Lei nº 291/2007, de 21 de Agosto, no sentido da automaticidade do direito de regresso.

### 3. Condução de Veículos Autónomos e Falha do Algoritmo

#### 3.1. Introdução ao problema

Nas últimas décadas, a tecnologia tem vindo a sofrer um desenvolvimento notável. O robot passou de pura ficção a realidade. Mas não só. O progresso tecnológico levou a que surgisse o campo da inteligência artificial. De simples mecanismos que auxiliam o ser humano nas suas tarefas, passamos a viver com robots capazes de atuar autonomamente. Independentemente da forma que surgem, as várias expressões da inteligência artificial fazem parte da realidade e influenciam o modo de comportamento e vivência humana. Exemplo mais conhecido são os veículos automatizados, dotados de autonomia de decisão e de atuação e, por isso, desligados de qualquer ação do condutor. Estes veículos são capazes de assumir a tarefa de condução sem intervenção do homem, que é substituído pelo robot.

A responsabilidade civil subjetiva, exigindo a culpa do lesante, deixou de ser capaz de resolver muitos dos problemas que foram surgindo. A revolução industrial trouxe-nos o recurso cada vez mais frequente à máquina e aos processos mecânicos de trabalho e se, por um lado, veio aliviar o carácter penoso de muitas das atividades, por outro, aumentou o número e a gravidade dos riscos de acidente. Por esta altura, surgiu a necessidade de repensar os mecanismos ressarcitórios e procurar novas soluções. Numa primeira fase, respondeu-se, ainda dentro da responsabilidade civil subjetiva, com a presunção de culpa, colocando-se o ónus da prova da culpa no lesante. Porém, o empregador não teria grandes dificuldades em afastar a presunção de culpa que lhe recaía, pelo que a resposta teria de assentar numa outra solução. O mecanismo encontrado passou pela responsabilidade objetiva<sup>26</sup>.

Novos tempos trazem novos problemas. A inteligência artificial chegou para desafiar os quadros jurídicos clássicos que, de alguma forma, vêm servindo para tutelar as sucessivas inovações a nível tecnológico.

Os robots dotados de inteligência artificial são autónomos e capazes de tomar as suas próprias decisões, o que nos traz algumas questões. Será que os danos provocados por entes dotados de inteligência artificial, em especial, os danos provocados por veículos autónomos, são passíveis de ressarcimento, tendo em conta o nosso ordenamento jurídico atual? Se a resposta for

<sup>26</sup> Vd. Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 10ª edição, 12ª reimpressão, Coimbra, Almedina, 2015, págs. 629 e ss.



afirmativa, quem irá responder pelo surgimento destes danos? Estará o nosso sistema jurídico preparado para receber esta nova realidade?

Será este o ponto de partida do nosso estudo. Tentaremos perceber se o nosso ordenamento jurídico contém algum instituto que poderá ser mobilizado para fazer face às situações de ocorrência de danos provocados por seres dotados de inteligência artificial, em especial, às situações de danos provocados por veículos autônomos.

Antes de percorrermos as possíveis soluções fornecidas pelo Código Civil, analisaremos, brevemente, a questão da atribuição de personalidade jurídica aos entes dotados de Inteligência Artificial e o Regime da Responsabilidade do Produtor.

### **3.2. Atribuição de Personalidade Jurídica a entes dotados de inteligência artificial. Breves considerações.**

Neste tópico iremos tecer breves considerações sobre a (im)possibilidade de atribuição de personalidade jurídica aos entes dotados de Inteligência Artificial<sup>27</sup>.

Vários são os argumentos que se podem mobilizar para sustentar uma posição favorável a esta atribuição. Devido às características próprias destes robots, que desenvolveremos infra<sup>28</sup>, poder-se-ia defender que alguns deles apresentam um nível de inteligência superior a alguns seres humanos, tais como crianças e pessoas em estado vegetativo. Do mesmo modo, poder-se-ia, também, dizer que a personalidade jurídica é atribuída às pessoas coletivas, não sendo estas seres humanos.

A nosso ver, os argumentos elencados não podem colher.

Em primeiro lugar, pensamos que falha qualquer tentativa de estabelecer qualquer analogia com os seres humanos. Nas palavras de Mafalda Miranda Barbosa, “dir-se-ia mesmo que a comparação – por maior que seja o grau de sofisticação dos robots e de outros mecanismos dotados de inteligência artificial – é desdignificante para o ser humano”<sup>29</sup>. A autonomia dos robots fica longe do agir ético que é inerente ao ser pessoa. Ora, por maior que seja a capacidade de raciocínio algorítmico próprio de um ente dotado de inteligência artificial, nunca terão outras componentes essenciais da pessoa humana. Falamos da “dimensão dos sentimentos” e da “dimensão espiritual e da alma”<sup>30</sup>. Desta forma, gorada que está a analogia com os seres humanos, resta a procura de similitudes com a atribuição da personalidade jurídica às pessoas coletivas.

<sup>27</sup> Para mais desenvolvimentos, vd. Mafalda Miranda Barbosa, *Robots advisors e responsabilidade civil*, in *Revista de Direito Comercial*, 2020, págs. 52 e ss; e *Inteligência artificial, e-persons e direito: desafios e perspectivas*, in *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, ano 3, nº 6, 2017, págs. 1476 e ss.

<sup>28</sup> Falamos da autonomia, autoaprendizagem, adaptação do comportamento ao meio ambiente, um suporte físico e a ausência de vida em sentido biológico.

<sup>29</sup> Cfr. Mafalda Miranda Barbosa, *Robots advisors*, ob. cit., pág. 53; e *Inteligência artificial, e-persons e direito: desafios e perspectivas*, ob. cit., pág. 1482.

<sup>30</sup> Para mais desenvolvimentos vd. Mafalda Miranda Barbosa, *Robots advisors*, ob. cit., págs. 53 e ss; e *Inteligência artificial, e-persons e direito: desafios e perspectivas*, ob. cit., pág. 1482.

As pessoas coletivas são uma criação do direito e não têm vontade própria. A sua personalidade coletiva é atribuída em nome de determinados interesses das pessoas que estão na base da sua constituição e não devido a uma necessidade axiológica de reconhecimento em nome da dignidade que lhes subjaz<sup>31</sup>. Esta personalidade jurídica é, assim, funcionalizada à prossecução de determinados interesses humanos ou comuns, permitindo que os sujeitos (pessoas físicas) prossigam determinados interesses de modo mais conforme com a sua natureza<sup>32</sup>.

Ora, este pressuposto falha ao nível dos entes dotados de inteligência artificial. É que temos de encontrar uma razão justificativa à luz dos interesses da própria pessoa. Porém, neste caso, esta não se vislumbra<sup>33</sup>. Seguindo os dizeres de Mafalda Miranda Barbosa, questionamos o seguinte: como é que o robot vai suportar a responsabilidade sem ter meios materiais para o fazer? Com efeito, a responsabilidade, a final, tem sempre de ser assacada a uma pessoa por detrás da Inteligência Artificial. Vistas as coisas deste modo, pergunta-se: então, quais os interesses humanos melhor tutelados por via da atribuição daquela personalidade?<sup>34</sup> Por ser assim, a tentativa de atribuição de personalidade jurídica aos entes dotados de Inteligência artificial não pode proceder, mas – adiantamos – existem outros esquemas mais eficientes que resolvem ou podem resolver o problema da responsabilização destes entes.

### 3.3. Responsabilidade do Produtor

Afirma o artigo 1º do Decreto-Lei nº 383/89, de 06 de Novembro, que o produtor é responsável pelos danos causados por defeitos dos produtos que põe em circulação, independentemente de culpa. Ora, para efeitos do presente Decreto-Lei, considera-se produtor o fabricante do produto acabado, de uma parte componente ou de matéria-prima, e ainda quem se apresente como tal pela aposição no produto do seu nome, marca ou outro sinal distintivo (art. 2º/1)<sup>35</sup>. Por outro lado, entende-se por produto qualquer coisa móvel, ainda que incorporada noutra coisa móvel ou imóvel (cfr. art. 3º).

Em primeiro lugar, levantamos o problema de saber se o software é considerado um produto para efeitos de acionamento da responsabilidade civil do produtor<sup>36</sup>.

<sup>31</sup> Vd. Mafalda Miranda Barbosa, *Robots advisors*, ob. cit., págs. 58 e 59; e e *Inteligência artificial, e-persons e direito: desafios e perspectivas*, ob. cit., pág. 1485.

<sup>32</sup> Vd. Mafalda Miranda Barbosa, *Robots advisors*, ob. cit., pág. 59; e *Inteligência artificial, e-persons e direito: desafios e perspectivas*, ob. cit., pág. 1486.

<sup>33</sup> Vd. Mafalda Miranda Barbosa, *Robots advisors*, ob. cit., págs. 59 e 60; e e *Inteligência artificial, e-persons e direito: desafios e perspectivas*, ob. cit., pág. 1486.

<sup>34</sup> Vd. Mafalda Miranda Barbosa, *Robots advisors*, ob. cit., págs. 60 e 61; e e *Inteligência artificial, e-persons e direito: desafios e perspectivas*, ob. cit., pág. 1487.

<sup>35</sup> Nos termos do artigo 2º/2, considera-se também produtor (a) aquele que, na Comunidade Económica Europeia e no exercício da sua atividade comercial, importe do exterior da mesma produtos para venda, alugue, locação financeira ou outra qualquer forma de distribuição e (b) qualquer fornecedor de produto cujo produtor comunitário ou importador não esteja identificado, salvo se, notificado por escrito, comunicar ao lesado no prazo de três meses, igualmente por escrito, a identidade de um ou outro, ou a de algum fornecedor precedente.

<sup>36</sup> Calvão da Silva afirma que o software é considerado um produto para este efeito. No entanto, o autor sustenta que “já não deve ser tratado como produto o escrito de uma prestação (intelectual) de serviço

Ora, a nosso ver, o software é considerado um produto para efeitos do presente Decreto-Lei. A noção de produto, como vimos, é ampla e o que poderia ser questionado era se o software poderia ser considerado uma “coisa”. Segundo o artigo 202º/1 do Código Civil, diz-se coisa tudo aquilo que pode ser objeto de relações jurídicas. Sabemos já que não pode considerar-se rigorosa tal definição. Pensemos nos casos em que há entes suscetíveis de serem objeto de relações jurídicas que não são coisas em sentido jurídico, como as pessoas, prestações, modos de ser ou bens da própria personalidade<sup>37</sup>. Podemos definir as coisas em sentido jurídico como “os bens (ou os entes) de carácter estático, desprovidos de personalidade não integradores do conteúdo necessário desta, susceptíveis de constituírem objecto de relações jurídicas”<sup>38</sup>. Os bens devem, então, apresentar as seguintes características: existência autónoma, possibilidade de apropriação exclusiva por alguém, aptidão para satisfazer interesses ou necessidades humanas. Inversamente, não é necessário os bens revestirem natureza corpórea, que se tratem de bens permutáveis, i.e., com valor de troca e que se tratem de bens efetivamente apropriados<sup>39</sup>.

Assim, tendo em conta a noção de “coisa” oferecida pela doutrina, dúvidas não nos restam que o software é, de facto, considerado uma coisa<sup>40</sup>.

No entanto, somos confrontados com um obstáculo quando nos deparamos com a noção de defeito. Ora, o artigo 4º do Decreto-Lei nº 383/89, de 06 de Novembro, diz-nos que um produto é defeituoso quando não oferece a segurança com que legitimamente se pode contar, tendo em atenção todas as circunstâncias, designadamente a sua apresentação, a utilização que dele razoavelmente possa ser feita e o momento da sua entrada em circulação. Percebemos, a partir do artigo, que o que está em causa é uma ideia de segurança. Conforme palavras de António Pinto Monteiro, o cerne da noção é a “segurança do produto e não a aptidão ou idoneidade deste para a realização do fim a que é destinado”<sup>41</sup>. Se A vender a B uma faca romba, esta apresenta um defeito de acordo com o regime do Código Civil, mas não para efeitos do regime da responsabilidade do produtor, pelo que o diploma em análise não será aplicável<sup>42</sup>.

---

individual, v.g. um parecer, um programa único, um plano, etc. Aqui justifica-se mais um tratamento análogo ao das prestações de serviços (responsabilidade profissional), apesar de corporizadas num suporte material, excluídas do campo de aplicação da Directiva 85/374 e o Decreto-Lei 383/89”: Cfr. João Calvão da Silva, *Responsabilidade Civil do Produtor*, Coimbra, 1990, pág. 613, nota 3. Vemos, assim, um tratamento distinto entre os programas de *software* standardizados (que devem ser vistos como “produtos” para efeitos do presente Decreto-Lei) dos programas únicos (que serão regulados de modo análogo às prestações de serviços).

<sup>37</sup> Vd. sobre este ponto Carlos Alberto da Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª edição por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, 2ª reimpressão, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, pág. 341.

<sup>38</sup> Carlos Alberto da Mota Pinto, *Teoria Geral*, ob. cit., pág. 342.

<sup>39</sup> Carlos Alberto da Mota Pinto, *Teoria Geral*, ob. cit., págs. 342 e 343.

<sup>40</sup> Questão diferente é saber se o software é uma coisa corpórea. Sobre esta problemática vd. infra.

<sup>41</sup> Cfr. João Calvão da Silva, *Responsabilidade*, ob. cit., pág. 634.

<sup>42</sup> Note-se que existir defeito, ou seja, existir uma quebra de segurança, não é o mesmo que existir uma inaptidão que impede a realização do fim. Vd. Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*, Vol. III, ob. cit., págs. 110 e 111.

A aptidão é mais restrita do que a segurança, pois são frequentes os casos de produtos que causam danos na realização da específica função para a qual foram concebidos ou realizados. Ex.: brinquedo de uma criança que quando levado à boca intoxica. Quanto a este ponto vd. João Calvão da Silva, *Responsabilidade*, ob. cit., pág. 634.

Para além de não haver defeito, outro problema é colocado. Vimos em parágrafo anterior quando um produto é considerado defeituoso. Ora, o artigo 4º, *in fine*, fala do momento da entrada da circulação. Vejamos.

Para determinar se um produto é ou não defeituoso, o juiz não pode atender ao momento em que é produzido o dano, mas sim à data da colocação do produto em circulação<sup>43</sup>. Se nessa data o produto se encontrava perfeito, nada poderá ser invocado contra o produtor, o que poderá dificultar bastante a tarefa ao lesado. Neste sentido, e segundo o artigo 5º, alínea e) do Decreto Lei nº 383/89, “o produtor não é responsável se provar que o estado dos conhecimentos científicos e técnicos, no momento em que pôs o produto em circulação, não permitia detetar a existência do defeito”.

Acresce ainda um outro dado. Para haver responsabilidade civil, deve existir a ocorrência de um dano. No entanto, ao abrigo do diploma nem todos os danos são ressarcíveis. Os danos resultantes de morte ou lesão pessoal serão ressarcíveis, quer sejam danos patrimoniais quer sejam não patrimoniais<sup>44</sup>. São também ressarcíveis os danos em coisa diversa do produto defeituoso, desde que seja normalmente destinada ao uso ou consumo privado e o lesado lhe tenha dado principalmente esse uso<sup>45</sup>. Porém, estes últimos danos apenas são indemnizáveis na medida em que excedam o valor de 500 euros<sup>46</sup>.

Daqui decorre que os danos que ocorrem no próprio produto defeituoso não estão abrangidos pelo Decreto-Lei que agora estudamos<sup>47</sup>.

Desta forma, e como denota Paulo Mota Pinto, o lesado terá de provar o dano sofrido, o defeito e onexo causal entre aquele e este – excluindo-se a responsabilidade nos casos de força maior ou de intervenção de facto culposo de um lesado – para que o produtor seja responsável independentemente de culpa. Ora, a necessidade da prova da existência do defeito e do nexode causalidade em relação ao acidente poderá dificultar (ou até impossibilitar) o recurso ao regime da responsabilidade civil do produtor de veículos autónomos<sup>48</sup>.

### 3.4. Responsabilidade Civil Subjetiva

#### 3.4.1. Considerações Gerais

Conforme vimos em 2.1., o artigo 483º do Código Civil preceitua que “aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação”. A simples leitura do preceito mostra que são vários os requisitos que devem estar

<sup>43</sup> Vd. João Calvão da Silva, *Responsabilidade*, ob. cit., pág. 644.

<sup>44</sup> Cfr. art. 8º DL 383/89. Vd. João Calvão da Silva, *Responsabilidade*, ob. cit., pág. 678 e ss.

<sup>45</sup> Cfr. art. 8º DL 383/89.

<sup>46</sup> Cfr. art. 9º DL 383/89. Vd. João Calvão da Silva, *Responsabilidade*, ob. cit., pág. 697 e ss.

<sup>47</sup> Vd. João Calvão da Silva, *Responsabilidade*, ob. cit., págs. 702 e 703.

<sup>48</sup> Paulo Mota Pinto, *Problemas Jurídicos dos Veículos Autónomos*, in *Direito e Robótica*, Instituto Jurídico – Centro de Direito do Consumo, 2020, pág. 123.

preenchidos para haver lugar a uma pretensão indemnizatória. São eles o facto voluntário do agente, a ilicitude, a culpa, o nexo de causalidade e o dano<sup>49</sup>.

Como podemos antever desde já, os entes dotados de inteligência artificial, nomeadamente, os veículos automatizados, vieram introduzir novos dados, levantando-se a questão da preparação do nosso ordenamento jurídico para responder com eficácia quando da conduta destes robots resultem danos. Isto resulta claro quando olhamos para as características de um robot dotado de inteligência artificial: autonomia, autoaprendizagem, adaptação do comportamento ao meio ambiente, um suporte físico e a ausência de vida em sentido biológico<sup>50</sup>. Não influenciando o humano na atuação do robot, difícil é encontrarmos um juízo de censura, o mesmo é dizer, a culpa. Desta forma, parece-nos que, à partida, o sistema de responsabilidade civil subjetiva será inapto para tutelar a posição do lesado.

No entanto, em alguns casos, conseguimos ainda desvelar o elemento da culpa. Pensemos, *v.g.*, nos casos em que o proprietário do ser dotado de inteligência artificial não realiza as devidas atualizações de *software*, no caso de quebra de deveres de cuidado que permitem que hackers interfiram com os sistemas ou no caso dos veículos automatizados.

Quanto aos veículos automatizados, de acordo com a classificação proposta pela SAE INTERNACIONAL<sup>51</sup>, são seis os níveis de automação:

Nível 0: O veículo não executa qualquer tarefa de condução, cabendo as mesmas integralmente ao condutor – “no driving automation”.

Nível 1: O próprio veículo executa a tarefa de controlo do movimento lateral ou longitudinal, cumprindo o condutor as restantes e supervisionando e intervindo quando necessário para manter a segurança do veículo – “driver assistance”.

Nível 2: O próprio veículo executa ambas as tarefas de controlo do movimento lateral e longitudinal, cumprindo o condutor as restantes e supervisionando e intervindo quando necessário para manter a segurança do veículo – “partial driving automation”.

Nível 3: O próprio veículo encarrega-se de todas as tarefas de condução, com a expectativa de intervenção do utilizador quando lhe seja pedido ou quando existam falhas de sistema – “conditional driving automation”.

Nível 4: O próprio veículo efetua todas as tarefas de condução em determinadas condições, sem existência de expectativa de intervenção do utilizador – “high driving automation”.

Nível 5: O próprio veículo realiza todas as tarefas de condução sem a expectativa de intervenção do utilizador – “Full driving automation”.

Isto quer dizer que, apesar de um veículo executar as tarefas de condução sem qualquer tipo de intervenção humana, casos há em que o utilizador deverá adotar uma postura ativa ou reativa,

<sup>49</sup> Remetemos para as considerações em nota ao ponto 2.1.

<sup>50</sup> Vd. Report with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics, disponível em [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0005\\_EN.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0005_EN.html)

<sup>51</sup> SAE J3016TM, (R) Taxonomy and Definitions for Terms Related to Driving Automation Systems for On-Road Motor Vehicles, 2018, págs. 21 e ss.

de modo a conseguir assumir o controlo quando isso lhe seja exigido. Ora, no referido nível 3, o próprio veículo assume as tarefas de condução, mas tem a expectativa de o condutor intervir quando lhe seja pedido. Encontramos, assim, um exemplo onde poderemos encontrar o pressuposto da culpa previsto no artigo 483º do Código Civil: imaginemos que o veículo, perante alguma ameaça, emite um alerta ao condutor para este assumir a condução, alerta esse que o condutor, por alguma razão, não obedece.

Outro problema que nos deparamos é que, ao contrário do que acontece na responsabilidade contratual (art. 799º CC), segundo o artigo 487º CC, incumbe ao lesado provar a culpa do autor da lesão, o que, nos casos que ora curamos, se revela difícil, senão impossível.

E é precisamente por este ponto que partem alguns autores. De forma a tutelar a posição do lesado, defendem que se poderão aplicar as presunções de culpa estabelecidas nos artigos 491º e 493º do Código Civil.

No entanto, adiantamos desde já as fragilidades que o sistema em torno da responsabilidade civil subjetiva nos traz: o requisito da culpa.

### 3.4.2. Os artigos 491º e 493º do Código Civil

Como referimos supra, os robots dotados de inteligência artificial têm autonomia, capacidade de autoaprendizagem e de adaptação do comportamento ao meio ambiente, podendo até dizer-se que alguns apresentam um nível de inteligência superior a certos seres humanos (como crianças ou pessoas em estado vegetativo). Desta forma, poder-se-ia entender que os robots com as mencionadas características se poderiam equiparar aos incapazes ou animais. Nas palavras de Ugo Pagallo<sup>52</sup>, “once «out of the package» the same model of robot will behave quite differently only after a few days or weeks, depending on how humans play their role of caretakers, so that the individuals` responsibility will hinge, at times, on whether they met the social drives of their own robots, detecting and responding to the robot`s internal needs. On this basis, we can thus draw a fruitful analogy between traditional responsibility for the behaviour of others in tort law, e.g., animals and children”.

Nesta ordem de ideias, poder-se-ia recorrer aos artigos 491º e 493º/1 CC para, respetivamente, responsabilizar as pessoas obrigadas à vigilância de outrem em virtude da incapacidade natural destas e as pessoas que tiverem assumido o encargo da vigilância de quaisquer animais. Estes dois preceitos inserem-se dentro da responsabilidade civil subjetiva, cujos pressupostos estão previstos no art. 483º CC, constituindo, porém, um desvio à regra do artigo 487º/1 CC.

O artigo 491º CC diz-nos que as pessoas que, por lei ou negócio jurídico, forem obrigadas a vigiar outras, por virtude da incapacidade natural destas, são responsáveis pelos danos que elas causem a terceiro, salvo se mostrarem que cumpriram o seu dever de vigilância ou que os danos se teriam produzido ainda que o tivessem cumprido.

<sup>52</sup> Cfr. Ugo Pagallo, *The Laws of Robots: Crimes, Contracts, and Torts*, Springer, 2013, pág. 124.

A nossa lei apresenta a vantagem de não conter uma enumeração taxativa dos sujeitos abrangidos pela presunção de culpa. Esta presunção recai sobre aqueles que, segundo a lei, têm o dever de vigiar os naturalmente incapazes, *v.g.* os pais de um menor, e aqueles a quem tenha sido incumbido tal dever por contrato, *v.g.* professores, baby-sitters<sup>53</sup>. Desta forma, devido à não taxatividade, a disposição revela uma maior capacidade de se adaptar às diferentes realidades. A responsabilidade consagrada neste artigo é uma forma de responsabilidade subjetiva<sup>54</sup>, tratando-se de uma responsabilidade por facto próprio e não por facto de outrem, uma vez que está em causa a *culpa in vigilando*<sup>55</sup>.

Ao equiparar os robots dotados de inteligência artificial aos incapazes, imponderia sobre o lesante uma presunção de culpa, ilidível caso este demonstrasse que o dever de vigilância fora cumprido ou que os danos teriam sido igualmente produzidos no caso do não cumprimento desse dever.

Parece-nos que esta solução não pode colher. Para além de a presunção ser facilmente ilidível, deixando sem tutela muitas das situações de ocorrência de danos por parte das entidades providas de inteligência artificial, outro importante ponto temos de frisar. Os robots dotados de inteligência artificial, ao contrário dos incapazes, não têm personalidade jurídica<sup>56</sup>. Desta forma, afigura-se desajustada a aplicação por analogia<sup>57</sup> de uma norma pensada para pessoas com

<sup>53</sup> Para mais exemplos vd. Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, Vol. I, 4ª edição (revista e atualizada), Coimbra Editora, 1987, pág. 492.

<sup>54</sup> Maria Clara Sottomayor defende que é necessária uma medida legislativa que consagre uma norma que preveja a responsabilidade dos pais pelos factos ilícitos praticados pelos filhos menores, que se funda, não num risco criado pelos pais, mas em razões de equidade, e que assume a função de garantia relativamente à vítima. Esta objetivação da responsabilidade, segundo a autora, deve vir acompanhada pela criação de um seguro obrigatório. Vd. Maria Clara Sottomayor, *A Responsabilidade Civil dos Pais pelos Factos Ilícitos praticados pelos Filhos Menores*, in *Separata do Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. LXXI, 1995, págs. 450 e ss..

<sup>55</sup> Vd. Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, ob. cit., pág. 590; Adriano Vaz Serra, *Responsabilidade de pessoas obrigadas à vigilância*, in *Boletim do Ministerio da Justiça*, nº 85, 1959, pág. 398; e Maria Clara Sottomayor, *A Responsabilidade Civil*, ob. cit., pág. 411. Quanto à controvérsia da configuração da culpa *in vigilando* como uma culpa *in educando*, vd. Mafalda Miranda Barbosa, *Os Artigos 491º, 492º e 493º do Código Civil: Questões e Reflexões*, in *Boletim da Faculdade de Direito*, Tomo I, Vol. XCIII, 2017, págs. 352 e ss.

<sup>56</sup> Vd. ponto 3.2..

<sup>57</sup> O artigo 11º do Código Civil preceitua que as normas excepcionais não comportam aplicação analógica. No entanto, Sinde Monteiro, a propósito do artigo 493º/2 CC, refere que estamos perante uma norma especial face ao princípio fundamental em matéria de responsabilidade consagrado no artigo 483º/1/2 CC (embora já seja excepcional em relação ao artigo 487º CC), perante o qual apenas as normas que consagram a teoria do risco têm um carácter excepcional, e nada se opõe à aplicação analógica das normais especiais. Vd. Sinde Monteiro, *Estudos sobre a Responsabilidade Civil*, Coimbra, 1983, págs. 71 e 72. Vd. também Pires de Lima e Antunes Varela que afirmam que o artigo abre mais uma exceção à regra do nº 1 do artigo 487º CC, mas não altera o princípio do artigo 483º CC de que a responsabilidade depende de culpa. Os autores dizem que “este preceito, relativo às actividades perigosas em geral, é dos que mais claramente revelam o carácter excepcional da responsabilidade pelo risco, na medida em que, mesmo quanto às actividades dessa natureza, onde a teoria do risco mais tende a afirmar-se, a lei admite a prova da falta de culpa como causa de exclusão da responsabilidade do agente”. Cfr. Pires de Lima / Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, ob. cit., pág. 495. Em sentido contrário, convocando a natureza de normas excepcionais, vd. Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, ob. cit., págs. 619 e 620.

De toda a forma, seguindo o pensamento de Castanheira Neves, as normas excepcionais são suscetíveis de aplicação por analogia. A preterição dos princípios fundamentais não pode determinar a exclusão em

personalidade jurídica aos entes de que falamos, tornando inviável o alargamento da disciplina constante no artigo em discussão<sup>58</sup>.

O artigo 493º/1 consagra do mesmo modo uma presunção. Diz-nos o preceito que quem tiver em seu poder coisa móvel ou imóvel, com o dever de a vigiar, e bem assim quem tiver assumido o encargo da vigilância de quaisquer animais, responde pelos danos que a coisa ou os animais causarem, salvo se provar que nenhuma culpa houve da sua parte ou que os danos se teriam igualmente produzido ainda que não houvesse culpa sua. A presunção recai, assim, sobre a pessoa que detém a coisa ou o animal, com o dever de os vigiar.

Importante é também distinguir o âmbito deste preceito com o do artigo 502º CC. O artigo 502º CC refere-se igualmente aos danos causados por animais, mas, ao invés da responsabilidade civil subjetiva agravada com uma presunção de culpa presente no artigo 493º/1 CC, consagra antes uma verdadeira responsabilidade objetiva, prescindindo de culpa. Esta diferença é justificada pelo facto de o artigo 493º CC se referir às pessoas que assumiram o encargo da vigilância dos animais (v.g. depositário, mandatário), enquanto que o disposto no artigo 502º CC se destinar às pessoas que utilizam os animais no seu próprio interesse (v.g. proprietário, usufrutuário, locatário). É quanto a estas últimas pessoas que tem inteiro cabimento a ideia do risco: quem utiliza em seu proveito os animais que, como seres irracionais, são sempre uma fonte de perigos, deve suportar as consequências do risco especial que acarreta a sua utilização<sup>59</sup>.

Mas qual a razão de ser desta presunção? Vimos que quem tem a coisa ou animal à sua guarda deve tomar todas as medidas necessárias para evitar a ocorrência de danos. Isto acontece porque as coisas ou animais podem constituir um perigo para terceiros. Desta forma, o responsável está em melhor situação do que o lesado para fazer a prova relativa à culpa. Tendo

---

absoluto da aplicação analógica destas normas. Se a razão de ser das normas excepcionais justifica a sua aplicação a casos nelas não diretamente previstos, esta não se poderá negar. Cfr. Castanheira Neves, *Metodologia Jurídica – Problemas Fundamentais*, 1ª edição (reimpressão), Coimbra Editora, 2013, pág. 274. Quanto ao artigo 11º do Código Civil afirma o autor que “não deve isso preocupar-nos muito, sabendo, como sabemos, do valor muito relativo das disposições legais que se propõem impor soluções a problemas que competem verdadeira à autonomia crítica do pensamento jurídico e não ao legislador”. Não será a analogia destas normas prático-normativamente imprescindível? E não é ela mesmo exigida tendo em conta princípios fundamentais? A resposta é afirmativa. Por um lado, é difícil a delimitação da fronteira entre interpretação extensiva e analogia. Por outro, as razões que justificam a existência da analogia em geral, justificam também a admissibilidade da analogia de normas excepcionais: sempre que a razão de ser da norma excepcional se puder afirmar quanto a outros casos nela não previstos, essa norma deverá ser aplicada analogicamente. Para mais desenvolvimentos, vd. Castanheira Neves, *Metodologia Jurídica*, ob. cit., págs. 273 e ss.

<sup>58</sup> Henrique Sousa Antunes afirma que, na ausência de personalidade jurídica, um regime equiparável aos animais surge configurável. Porém, admite que, num tempo que não crê muito distante, poderemos assistir a uma humanização da forma, o que implicará, porventura, uma reconsideração desta posição. Cfr. Henrique Sousa Antunes, *Inteligência Artificial e Responsabilidade Civil: Enquadramento*, in *Revista de Direito da Responsabilidade*, ano 1, pág. 2019, pág. 147.

<sup>59</sup> Vd. Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, ob. cit., págs. 651 e ss. O autor alerta que na situação de o utente incumbir alguém da vigilância dos animais, poderão cumular-se as duas responsabilidades, a do artigo 493º e a do artigo 502º, perante o terceiro lesado, caso o facto danoso provenha da presuntiva culpa do vigilante. Mas, não havendo culpa deste, a obrigação de indemnizar recairá apenas, com o fundamento do risco, sobre a pessoa do utente, caso se verifiquem os pressupostos de que ela depende. Cfr. Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, ob. cit., pág. 653.



a coisa ou animal à sua disposição é provável que saiba, melhor do que ninguém, quais as medidas que adotou ou deixou de adotar<sup>60</sup>.

Por sua vez, o número 2 do artigo 493º CC dispõe que quem causar danos a outrem no exercício de uma atividade, perigosa por sua própria natureza ou pela natureza dos meios utilizados, é obrigado a repará-los, exceto se mostrar que empregou todas as providências exigidas pelas circunstâncias com o fim de os prevenir. O preceito consagra da mesma forma uma presunção, mas com contornos diferentes das anteriores. Se nos casos anteriores a presunção poderia ser afastada se se provasse que os danos se teriam verificado por uma outra causa, mesmo que tivessem sido adotadas todas as providências para os evitar, neste caso, o lesante só poderá exonerar-se se provar que empregou todas as providências exigidas para os evitar.

Rui Ataíde diz-nos que, do ponto de vista teleológico, não existe qualquer fundamento razoável para limitar o domínio de vigência do artigo às “atividades”. No exemplo do autor, “se, durante um jantar, os convidados ingerem veneno doméstico para matar ratos, descuidadamente servido como se fosse vinho, não existe nenhuma razão que justifique a isenção dos donos da casa da prova liberatória agravada do artigo 493º/2, sem que se consiga vislumbrar o desenvolvimento por parte dos responsáveis de qualquer atividade no sentido que lhe é dado por aquela norma (...), nem por isso, porém, se verificou um decréscimo no perigo específico do veneno por não ter sido utilizado no exercício de uma «atividade»”<sup>61</sup>.

Que dizer quanto à aplicabilidade destas presunções de culpa<sup>62</sup> às situações de danos causados por máquinas dotadas de inteligência artificial, em especial, aos danos causados por veículos autónomos?

Começemos pelo artigo 493º/2 CC que nos fala de atividade perigosa. O que se deve entender por este conceito? A definição não foi fornecida pelo legislador, cabendo ao julgador concretizar o conceito em face dos casos concretos. A perigosidade de uma atividade deve aferir-se segundo as regras da experiência. É perigosa uma atividade que, segundo estas regras, envolve uma grande propensão de ocorrência de danos<sup>63</sup>. Segundo Almeida Costa é perigosa a atividade que “tenha ínsita ou envolva uma probabilidade maior de causar danos do que a verificada nas restantes actividades em geral”<sup>64</sup>. A jurisprudência tem desenvolvido o conceito, fornecendo

<sup>60</sup> Vd. Adriano Vaz Serra, *Responsabilidade pelos Danos causados por Coisas ou Actividades*, in *Boletim do Ministerio da Ivstiça*, nº 85, 1959, pág. 365.

<sup>61</sup> Cfr. Rui Ataíde, *Responsabilidade Civil por Violação de Deveres no Tráfego*, reimpressão, Coimbra, Almedina, 2019, pág. 474.

<sup>62</sup> A doutrina tem vindo a salientar que as presunções de culpa em estudo encerram também presunções de causalidade. A respeito do artigo 491º CC, vd. Maria Clara Sottomayor, *A Responsabilidade Civil*, ob. cit., págs. 411 e ss..

Outros autores vão mais longe e sublinham que as presunções consagram o modelo da *faute* no nosso ordenamento jurídico. Vd. Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, Vol. II, Tomo III, Coimbra, Almedina, 2010, págs. 580 e ss.. Para mais desenvolvimentos vd. Mafalda Miranda Barbosa, *Os Artigos*, ob. cit., págs. 356 e ss..

<sup>63</sup> Vd. Mafalda Miranda Barbosa, *Os Artigos*, ob. cit., págs. 355 e 356.

<sup>64</sup> Cfr. Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, ob. cit., pág. 588. O Ac. da Relação de Lisboa de 09 de Julho de 2015, reafirmando as palavras de Almeida Costa, constata que “será actividade perigosa aquela que, face às circunstâncias envolventes, implica para outrem uma situação de perigo agravado de dano face à

exemplos de atividades caracterizadas pela sua perigosidade<sup>65</sup>. Porém, Mafalda Miranda Barbosa alerta que nem sempre é fácil a determinação da perigosidade da atividade, assistindo-se a complexas e intrincadas discussões na doutrina sobre a matéria, como é o caso da condução de veículos automóveis e do ato médico<sup>66</sup>.

Na nossa opinião e no que respeita à aplicação do preceito aos veículos autónomos, não nos parece que a utilização destes veículos acarrete um risco anormal tendente à produção de danos (perigosidade).

Em primeiro lugar, não dispomos de critérios precisos para caracterizar a perigosidade da atividade de robots. Muitas atividades comparadas com a sua execução por parte de seres humanos acarretam um menor perigo. Quer isto dizer que os humanos podem ser até mais falíveis. Atividades que se consideram perigosas quando desempenhadas por humanos deixarão de o ser quando executadas por estes robots. Neste sentido, Henrique Sousa Antunes afirma até que “os níveis de segurança que a regulação impõe (desde logo, a Diretiva 2006/42/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de maio de 2006, relativa às máquinas) obstarão, talvez, à qualificação da operação com robôs como uma atividade perigosa, julgando esta pela sua aptidão especial ao surgimento da lesão”<sup>67</sup>. Quanto à condução automatizada, para nós, não existe qualquer risco anormal tendente à produção de danos ou, a haver nos dias de hoje, consideramos que, nos tempos que se avizinham e com a constante evolução da tecnologia, deixará de existir.

Em segundo lugar, para além do exposto, na nossa opinião, o método das presunções de culpa torna-se desajustado quando falamos em danos provocados por robots dotados de inteligência artificial. Isto por razões de várias ordens. As presunções dos artigos 491º e 493º/1 CC poderão ser ilididas sempre que se prove que não existe culpa ou que os danos se teriam igualmente produzido ainda que não houvesse culpa. A presunção contida no artigo 493º/2 poderá ser, também, afastada se se mostrar que foram empregues todas as providências exigidas pelas circunstâncias com o fim de prevenir a ocorrência de danos. Acontece que, no âmbito da inteligência artificial, tal não se afigura difícil. Pensemos que o dano surge, as mais das vezes, em virtude da autonomia do *software* que, fruto da autoaprendizagem, pode não ser previsível.

normalidade das coisas. Portanto. Para os efeitos do n.º 2 do artigo 493.º do CC, a actividade há-de ser perigosa pela sua própria natureza ou pela natureza dos meios utilizados. Mas não pode considerar-se perigosa apenas porque é susceptível de causar lesões graves, uma vez que isso pode suceder, em maior ou menor grau, em qualquer atividade humana. Há, com efeito, actividades que, pela sua própria natureza e/ou pelos meios utilizados, são susceptíveis de provocar lesões graves em percentagem muito superior à generalidade dos restantes e que, por isso, exigem cuidados redobrados”.

<sup>65</sup> Vd., v.g. Ac. da Relação de Lisboa, de 09 de Julho de 2015; Ac. Supremo Tribunal de Justiça, de 26 de Janeiro de 2011; Ac. Supremo Tribunal de Justiça, de 17 de Janeiro de 2012. Para uma compilação de Jurisprudência que elenca atividades perigosas vd. Rui Ataíde, *Responsabilidade Civil*, ob. cit., págs. 496 e ss. e respetivas notas; e Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, Vol. II, Tomo III, ob. cit., págs. 581 e ss..

<sup>66</sup> Vd. Mafalda Miranda Barbosa, *Os Artigos*, ob. cit., pág. 356.

<sup>67</sup> Cfr. Henrique Sousa Antunes, *Inteligência Artificial*, ob. cit., pág. 146. No entanto, o autor acrescenta que “a perigosidade deve, também, ser aferida pelo grau de envolvimento da atividade com os bens pessoais que serve. Quanto maior for a proximidade da conduta, nomeadamente pela sua reiteração, a bens existenciais, maior a probabilidade de um dano grave. E isso determina a sua perigosidade”: Cfr. Henrique Sousa Antunes, *Inteligência Artificial*, ob. cit., pág. 146.

Assim, torna-se impossível exigir ao pretense lesante que adote ulteriores providências<sup>68</sup>. Deste modo, se o robot produzir algum dano, a presunção é facilmente ilidível. Na verdade, nada se conseguiria fazer para evitar a ação e produção do dano. Então, as hipóteses de *culpa in vigilando* não foram definitivamente pensadas para a tutela do lesado quando ocorra um dano causado por um veículo autónomo.

Desta forma, apesar de todos os cuidados tido pelo utilizador do ente dotado de inteligência artificial, o dano pode resultar da sua atuação normal e autónoma, afastando-se, por conseguinte, as presunções dos artigos 491º e 493º CC. Tendo em conta o âmbito limitado das meras presunções de culpa, torna-se fundamental chamar à colação o regime da responsabilidade objetiva que, adiantemos, assumirá um papel de relevo, em virtude das melhores garantias que acrescentará ao modelo da culpa presumida. No ponto que se segue, dedicar-nos-emos à análise do regime da responsabilidade civil objetiva constante nos artigos 500º, 502º e 503º do Código Civil.

### 3.5. Responsabilidade Civil Objetiva

Conforme vimos, o artigo 483º/1 CC consagra o princípio geral da responsabilidade pelos factos ilícitos, enunciando os pressupostos pelos quais esta se rege. Porém, o artigo 483º/2 CC vem dizer que nos casos especificados na lei se pode prescindir de um elemento: a culpa. Quando a lei assim o prever, existirá uma obrigação de indemnizar independentemente de culpa, caso estejam preenchidos os restantes pressupostos.

As hipóteses de responsabilidade objetiva começaram a ser pensadas no quadro de ordenamentos jurídicos forjados sob inspiração individualista, constituindo um fator de perturbação, pelo que seriam relegadas para as vertentes de excecionalidade<sup>69</sup>. No entanto, e como já vimos supra<sup>70</sup>, o avanço técnico do início do século exigiu novas respostas ao Direito. Sendo prosseguidas diversas atividades que representavam perigos e que davam azo a acidentes, colocava-se o problema do ressarcimento de danos originados pelas mesmas, uma vez que, por serem vantajosas, não deveriam ser proibidas pelo ordenamento jurídico<sup>71</sup>.

Neste quadro, os diversos ordenamentos jurídicos, sem perderem a ideia de excecionalidade, consagraram os casos de presunções de culpa e, por fim, de responsabilidade objetiva<sup>72</sup>.

Iremos neste ponto analisar os preceitos atinentes à responsabilidade objetiva que poderão, eventualmente, resolver o problema que ora curamos.

<sup>68</sup> Vd. Mafalda Miranda Barbosa, *O Futuro da Responsabilidade Civil*, ob. cit., págs. 291 e 292.

<sup>69</sup> Vd. Mafalda Miranda Barbosa, *Estudos a Propósito da Responsabilidade Objetiva*, 1ª edição, Princípia, 2014, pág. 20.

<sup>70</sup> Vd. ponto 3.1.

<sup>71</sup> Vd. Mafalda Miranda Barbosa, *Estudos a Propósito*, ob. cit., pág. 21.

<sup>72</sup> Vd. Mafalda Miranda Barbosa, *Estudos a Propósito*, ob. cit., págs. 21 e 22.

### 3.5.1. O artigo 502º Código Civil

O artigo 502º CC estatui que “quem no seu próprio interesse utilizar animais responde pelos danos que eles causarem, desde que os danos resultem do perigo especial que envolve a sua utilização”. A lei consagra aqui uma hipótese de responsabilidade civil objetiva, independentemente de culpa. Distinguidos que estão os âmbitos dos artigos 493º e 502º CC, passemos à análise da problemática que nos propusemos tratar.

O preceito consagra a responsabilidade do utilizador interessado, que maior proximidade irá ter com a fonte de risco e que maior proveito irá retirar da mesma. Não é de estranhar que o legislador tenha pretendido atribuir a responsabilidade a quem utilize o animal no seu próprio interesse pelos danos que este provoca. Aqui poderão encontrar-se similitudes com os robots dotados de inteligência artificial, nomeadamente com os veículos autónomos. Aquele que retira um benefício da sua utilização deve ser responsável pelos danos que resultam do risco da sua atividade. Por conseguinte, quando os robots envolvam um perigo especial, o utilizador será responsável pelos danos que estes provocam.

Sophia H. Duffy e Jamie Patrick Hopkins escrevem no sentido da equiparação entre os seres caninos e os veículos automatizados. Quer os cães, quer os robots dotados de inteligência artificial pensam e agem independentemente dos seus proprietários<sup>73</sup>. Os seus propósitos são similares, assim como o modo como agem. Nas palavras dos autores “canines are domestic animals, which are an animal of a class «devoted to the service of mankind». A dog assists disable persons, hunters, and law enforcement, provides protection, and offers companionship. As autonomous car, like most machines, is similarly «devoted to the service of mankind» by providing transportation. In addition, both canines and computers are classified as chattel, and are autonomous in the sense that they can «think», act, move, and cause damage or injury without any control or involvement by their human owners”<sup>74</sup>.

Desta forma, face às semelhanças existentes, a utilização interessada e a especial perigosidade da atividade serviriam para justificar a aplicação do preceito a entes dotados de inteligência artificial.

Não iremos entrar na discussão em torno das semelhanças e diferenças existentes entre os seres dotados de inteligência artificial, nomeadamente os veículos autónomos, e os animais. Parece-nos que o busílis da questão reside no “perigo especial que envolve a sua utilização”. Havendo uma utilização interessada será que se poderá aplicar analogicamente o disposto no artigo 502º do Código Civil?

Para além da utilização interessada de animais, muitas outras atividades envolvem perigos extraordinários, pelo que a aplicação analógica seria de considerar. Como bem sabemos, estamos perante uma norma excecional que, segundo o artigo 11º, não comporta aplicação

<sup>73</sup> Vd. Sophia H. Duffy / Jamie Patrick Hopkins, *Sit, Stay, Drive: The Future of Autonomous Car Liability*, in *Science and Technology Law Review*, Vol. 16, nº 3, 2013, pág. 467.

<sup>74</sup> Vd. Sophia H. Duffy / Jamie Patrick Hopkins, *Sit, Stay, Drive*, ob. cit., págs. 471 e 472.

análoga. No entanto, como já ressaltamos em nota<sup>75</sup>, o obstáculo levantado pelo artigo não é intransponível, quer em termos metodológicos, quer em termos dogmáticos<sup>76</sup>. Porém, qualquer tentativa de analogia é impedida pelo artigo 483º/2.

Alguns autores questionam a bondade da consagração de uma ampla cláusula geral de responsabilidade objetiva assente na perigosidade<sup>77</sup>. Excluída a hipótese de recurso à analogia fora das situações tipificadas (art. 483º/2 CC), nada impede que seja prevista esta cláusula geral pelo legislador. Será que, se assim fosse, o problema em estudo seria resolvido?

Importa, em primeiro lugar, esclarecer que as considerações que fizemos supra sobre a perigosidade são também válidas para esta questão.

Será que a condução automatizada poderá ser reconduzida ao âmbito de aplicação da cláusula geral de responsabilidade objetiva assente na perigosidade? É certo que, aos dias de hoje, a atividade de condução automatizada ainda poderá ser considerada perigosa. No entanto, o constante progresso tecnológico leva-nos a crer que, em tempos próximos, deixar-se-á de verificar a premissa da perigosidade excepcional. Nas palavras de Manuel Felício, “no limite, a aplicação deste regime à condução automatizada assumiria contornos transitórios, cingindo-se à fase de introdução no mercado e adaptação às suas potencialidades e modo de funcionamento”<sup>78</sup>. A solução da cláusula geral assente na perigosidade apenas viria resolver o problema transitoriamente, sendo que, decorrido um curto lapso temporal, teríamos de pensar, novamente, sobre a questão.

### 3.5.2. O artigo 500º Código Civil

O robot dotado de inteligência artificial é colocado ao serviço de uma determinada pessoa. Neste sentido, e uma vez que este ente atua no interesse e por conta daquela, poderá, eventualmente, ser mobilizado o artigo 500º CC.

O artigo 500º do Código Civil diz-nos que “aquele que encarrega outrem de qualquer comissão responde, independentemente de culpa, pelos danos que o comissário causar, desde que sobre este recaia também a obrigação de indemnizar”. Vejamos.

São três os pressupostos que devem ser preenchidos para aplicação do regime da responsabilidade do comitente: vínculo entre comitente e comissário (relação de comissão), prática do facto ilícito no exercício da função, e a responsabilidade do comissário<sup>79</sup>.

<sup>75</sup> Vd. nota 33.

<sup>76</sup> Especificamente a propósito da excepcionalidade das normas atinentes a casos de responsabilidade objetiva e da possibilidade da sua analogia, vd. Mafalda Miranda Barbosa, *Estudos a Propósito*, ob. cit., págs. 102 e ss.

<sup>77</sup> Para mais desenvolvimentos, vd. Mafalda Miranda Barbosa, *Estudos a Propósito*, ob. cit., págs. 121 e ss.

<sup>78</sup> Cfr. Manuel Felício, *Responsabilidade Civil Extracontratual por Acidente de Viação Causado por Veículo Automatizado*, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2019, pág. 87.

<sup>79</sup> Vd. Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, ob. cit., págs. 638 e ss. Vd. também Rui de Alarcão, *Direito das Obrigações*, ob. cit., págs. 202 e ss.; Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, ob. cit., págs. 615 e ss.; Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*, ob. cit., págs. 331 e ss.; Menezes Cordeiro, *Tratado de*

Para que haja responsabilidade objetiva do comitente é necessário que haja uma relação de comissão, entendida esta em sentido amplo: “*serviço ou actividade realizada por conta e sob a direcção de outrem*”<sup>80</sup>. Desta forma, a expressão pode abranger tanto uma atividade que tenha um carácter duradouro como uma atividade de carácter isolado, gratuita ou onerosa, material ou jurídica<sup>81</sup>. É também necessário que o facto danoso seja praticado no exercício da função que lhe foi confiada, ficando afastada da responsabilidade do comitente os atos que apenas têm um nexó temporal ou local com a comissão<sup>82</sup>. Por último, a responsabilidade do comitente irá pressupor a responsabilidade do próprio comissário, ou seja, o o comitente só irá responder quando o comissário houver agido com culpa<sup>83</sup>.

Este último requisito torna o recurso ao artigo 500º CC imprestável. Para o utilizador interessado do robot dotado de inteligência artificial (designadamente, o utilizador interessado do condutor automatizado) ser responsável é necessário que o robot tenha agido com culpa. Ora, os seres dotados de inteligência artificial não têm personalidade jurídica, logo não são seres autónomos de imputação delitual. Não poderemos fazer o juízo de censura ético-jurídica.

### 3.5.3. O artigo 503º Código Civil

Nos termos do número 1 do artigo 503º CC, “aquele que tiver a direcção efetiva de qualquer veículo de circulação terrestre e o utilizar no seu próprio interesse, ainda que por intermédio de comissário, responde pelos danos provenientes dos riscos próprios do veículo, mesmo que este não se encontre em circulação”.

*Direito Civil Português*, ob. cit., págs. 601 e ss.; Pires de Lima / Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, ob. cit., págs. 507 e ss.

<sup>80</sup> Cfr. Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, ob. cit., pág. 640.

<sup>81</sup> Cfr. Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, ob. cit., pág. 640; e Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*, ob. cit., pág. 333.

<sup>82</sup> Antunes Varela afirma que são os casos de o facto ser praticado no local ou no tempo em que é executada a comissão, mas nada ter a ver com o desempenho desta, p.e., um criado matar alguém com a espingarda de que se apoderou em casa do patrão. Vd. Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, ob. cit., pág. 642, nota 2.

No entanto, Menezes Leitão afirma que a interpretação restritiva do requisito (interpretação que exclui os danos causados por ocasião da função, com um fim ou interesse que lhe seja estranho, exigindo-se, assim, um nexó instrumental entre a função e os danos) não é correta. Para o autor, “a interpretação restritiva retiraria grande parte do alcance à responsabilidade do comitente, e não tem suporte legal, já que a lei apenas se refere à causação de danos no exercício da função, não exigindo também que os danos sejam causados por causa desse exercício. Por outro lado, incluem-se na responsabilização os danos intencionais e os danos causados em desrespeito das instruções, em relação aos quais seguramente se poderia sempre falar de um desvio aos fins pelos quais foi conferida a comissão. Cfr. Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*, ob. cit., pág. 334. Concordando com esta posição, vd. Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, ob. cit., págs. 614 e 615.

<sup>83</sup> Vd. Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, ob. cit., pág. 644. Vd. também Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*, ob. cit., pág. 336; e Carneiro da Frada, *A Responsabilidade Objectiva por Facto de Outrem face à distinção entre Responsabilidade Obrigacional e Aquiliana*, in *Direito e Justiça*, Vol. XII, Tomo I, págs. 308 e ss.. No sentido de a responsabilidade que recai sobre o comissário não abranger apenas a responsabilidade delitual, mas também a responsabilidade pelo risco, vd. Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, ob. cit., pág. 613; e Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, ob. cit., pág. 618, nota 2; Pires de Lima e Antunes de Varela, *Código Civil Anotado*, ob. cit., pág. 507.

Entramos no domínio dos danos causados por veículos de circulação terrestre. O artigo incide sobre todos estes veículos, independentemente do modo de tração, circulem ou não sobre carris e seja qual for o fim a que se destinem<sup>84</sup>. Está, assim, excluída a viação fluvial ou marítima (barcos ou navios) e a viação aérea<sup>85</sup>.

Cumprir perguntar se o âmbito de aplicação do presente artigo poderá abranger os acidentes de viação causados por veículos automatizados.

Para que se possa responsabilizar o detentor do veículo é necessário cumprir dois requisitos: a direção efetiva do veículo e a utilização deste no próprio interesse.

A direção efetiva do veículo é o poder real (de facto) sobre o veículo<sup>86</sup>. No entanto, a expressão não equivale a “ter o volante nas mãos”<sup>87</sup>, pelo que o termo “direção” poderá não ser o ideal<sup>88</sup>. Tem a direção efetiva a pessoa que, de facto, goza ou usufrui as vantagens dele, e a quem, por essa razão, especialmente cabe controlar o seu funcionamento<sup>89</sup>, v.g., verificar os pneus, o óleo, a água, etc.

A utilização do veículo no próprio interesse visa afastar a responsabilidade objetiva daqueles que utilizam o veículo em proveito de outrem, por exemplo, ao abrigo de uma relação de comissão. O interesse na utilização tanto pode ser um interesse material ou económico, como um interesse moral ou espiritual, podendo nem se tratar de um interesse digno de proteção legal<sup>90 91</sup>.

Dá-se o nome de detentor ao sujeito que cumpre o binómio da direção efetiva e do interesse da utilização do veículo<sup>92</sup>.

No entanto, temos de ter atenção que a responsabilidade objetiva se estende apenas aos danos resultantes dos riscos próprios do veículo, mesmo que este não se encontre em circulação. Assim, nem todos os danos serão indemnizáveis.

<sup>84</sup> Vd. Rui Alarcão, *Direito das Obrigações*, ob. cit., pág. 213. Dentre estes veículos contam-se as viaturas de tração mecânica ou animal, máquinas agrícolas, automóveis, carros atrelados, elétricos, comboios, motociclos, cilindros, escavadoras, carros de tração manual, velocípedes a motor ou pedais: Cfr. Dário Martins de Almeida, *Manual de Acidentes de Viação*, 3ª edição, Coimbra, Almedina, 1987, pág. 318.

<sup>85</sup> Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, ob. cit., pág. 627, nota 1. Dário Martins de Almeida, afirma que estão também excluídas as viaturas às quais não são inerentes quaisquer riscos ou perigos, como os carrinhos de bebé ou de inválidos: Dário Martins de Almeida, *Manual de Acidentes*, ob. cit., pág. 318.

<sup>86</sup> Vd. Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, ob. cit., pág. 657.

<sup>87</sup> Vd. Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, ob. cit., pág. 657; e Dário Martins de Almeida, *Manual de Acidentes*, ob. cit., pág. 316.

<sup>88</sup> Vd. Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, ob. cit., pág. 672.

<sup>89</sup> Vd. Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, ob. cit., pág. 657.

<sup>90</sup> Vd. Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, ob. cit., pág. 658; e Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, ob. cit., pág. 630.

<sup>91</sup> Segundo Menezes Cordeiro, a propriedade do veículo faz presumir a direção efetiva e o interesse na sua utilização pelo dono. Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, ob. cit., pág. 673.

<sup>92</sup> Vd. Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, ob. cit., pág. 629.

Segundo Dário Martins de Almeida pelo risco compreende-se tudo o que se relacione com a máquina enquanto engrenagem de complicado comportamento<sup>93</sup> e com o próprio condutor<sup>94</sup>. Ora, é do binómio *veículo-condutor* que se parte para integrar a responsabilidade pelo risco<sup>95</sup>.

Pensamos ser aplicável o regime da responsabilidade do detentor ao domínio da condução automatizada. O utilizador do veículo automatizado tem a direcção efetiva do veículo. Lembremos que a expressão não é sinónima de o condutor desempenhar a tarefa de condução. Pelo contrário, tem a direcção efetiva a pessoa que goza ou usufrui as vantagens do veículo, sendo ela a quem recai o controlo do seu funcionamento. Ora, quanto à condução automatizada, o detentor terá a tarefa de manutenção do veículo, nomeadamente através de atualização de software, medição de ar dos pneus, controlo do nível do óleo, entre outras, independentemente de não assumir ou assumir apenas parcialmente as tarefas de condução. O requisito da utilização interessada parece-nos não oferecer qualquer dúvida<sup>96</sup>. Mais. Se o artigo afirma que mesmo um veículo estacionado satisfaz os dois pressupostos de que falamos, pensamos que se deve chegar à mesma conclusão quanto aos veículos automatizados<sup>97</sup>. Tudo leva a crer que, de acordo com o regime do artigo 503º CC, o detentor de veículo automatizado deverá responder pelos danos que causar.

No entanto, como vimos, não são todos os danos indemnizáveis. Indemnizáveis são apenas os que derivam dos riscos próprios do veículo. Pensamos que os riscos característicos dos sistemas de condução automatizada se devem enquadrar nos “riscos próprios do veículo”. Se são considerados riscos próprios do veículo a destravagem de carro imobilizado ou a combustão de veículo estacionado, não vemos razão para o conceito não abranger os riscos advenientes dos sistemas de condução automatizada<sup>98</sup>.

Da nossa parte, parece-nos que o artigo não coloca entraves à responsabilização do detentor de veículo automatizado.

<sup>93</sup> Isto “com os seus vícios de construção, com os excessos ou desequilíbrios da carga do veículo, com o seu maior ou menor peso ou sobrelotação, com a sua maior ou menor capacidade de andamento, com o maior ou menor capacidade de andamento, com o maior ou menor *desgaste* das suas peças, ou seja, com a sua conservação, com a escassês de iluminação, com a vibrações inerentes ao andamento de certos camiões gigantes, susceptíveis de abalar os edifícios ou quebrar os vidros das janelas. É o pneu que pode rebentar, o motor que pode explodir, a manga de eixo ou a barra de direcção que podem partir, a abertura imprevista de uma porta em andamento, a falta súbita de travões ou a sua desafinação, a pedra ou a gravilha ocasionalmente projectadas pela roda do veículo (há mesmo casos em que pode aqui haver culpa); e até a alta velocidade constituiu um risco, ao mesmo tempo que pode representar um acto culposo”. Cfr. Dário Martins de Almeida, *Manual de Acidentes*, ob. cit., pág. 320.

<sup>94</sup> Vd. Dário Martins de Almeida, *Manual de Acidentes*, ob. cit., pág. 320.

<sup>95</sup> Desta forma, dentro dos riscos próprios do veículo fazem, então, parte o perigo de síncope, congestão, de ataque cardíaco ou qualquer outra doença súbita do condutor. Vd. Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, ob. cit., pág. 668 e 669; e Dário Martins de Almeida, *Manual de Acidentes*, ob. cit., págs. 320 e 321.

<sup>96</sup> No mesmo sentido, vd. Manuel Felício, *Responsabilidade Civil Extracontratual*, ob. cit., pág. 94.

<sup>97</sup> Vd. Manuel Felício, *Responsabilidade Civil Extracontratual*, ob. cit., pág. 95.

<sup>98</sup> Neste sentido vd. Manuel Felício, *Responsabilidade Civil Extracontratual*, ob. cit., pág. 95.



### 3.6. Resolução do Parlamento Europeu 2020/2014 – breves considerações<sup>99</sup>

Esta Resolução traz-nos finalmente uma Proposta de Regulamento relativo à Responsabilidade pelo Funcionamento de Sistemas de Inteligência Artificial.

Em primeiro lugar, devemos notar que ficaram de fora as regras respeitantes a uma eventual responsabilidade do produtor. No entanto, o “produtor” não foi esquecido. A própria Resolução diz que se deve adaptar a Diretiva 85/374/CEE, do Conselho, de 25 de julho de 1985, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros em matéria de responsabilidade decorrente dos produtos defeituosos sobre a Responsabilidade dos Produtos, ao mundo digital. No entanto, conforme denota Mafalda Miranda Barbosa<sup>100</sup>, o modelo proposto é ordenado em função da responsabilidade dos “operadores”.

Esta Proposta de Regulamento estabelece as regras aplicáveis às ações de responsabilidade civil contra operadores de sistemas de Inteligência Artificial (art. 1º) e é aplicável no território da União.

Nos termos do seu artigo 2º, o Regulamento proposto tutela as hipóteses de danos à vida, à saúde, à integridade física de uma pessoa singular, ao património de uma pessoa singular ou coletiva ou de ocorrência de uma lesão imaterial de que resulte uma perda económica.

Ora, este Regulamento afirma que a responsabilidade deve ser assacada ao operador<sup>101</sup>.

Para efeitos do diploma a noção de operador inclui, quer o Operador Frontend, quer o Operador Backend<sup>102</sup>.

O Operador Frontend é qualquer pessoa singular ou coletiva que exerça um grau de controlo sobre um risco relacionado com a operação e o funcionamento do sistema de Inteligência Artificial e deles beneficie<sup>103</sup>.

Por outro lado, o Operador Backend é qualquer pessoa singular ou coletiva que, de forma contínua, defina as características da tecnologia, providencie acesso aos dados e preste serviços essenciais de apoio e, por conseguinte, exerça igualmente algum controlo sobre o risco ligado à operação e ao funcionamento do sistema de Inteligência Artificial<sup>104</sup>.

De acordo com o artigo 4º, número 1, o operador de um sistema de Inteligência Artificial de alto risco tem a responsabilidade objetiva por qualquer prejuízo ou dano que sejam causados por

<sup>99</sup> Face à brevidade do nosso estudo, não abordaremos, nesta sede, alguns outros diplomas também relevantes sobre o tema.

<sup>100</sup> Mafalda Miranda Barbosa, *Responsabilidade Civil por Danos Causados pela Inteligência Artificial: Uma Cronologia Europeia*, in *Revista de Direito da Responsabilidade*, ano 3, pág. 513.

<sup>101</sup> Vd., porém, artigo 2º, número 3 da Proposta de Regulamento.

<sup>102</sup> Vd. artigo 3º, alínea d) da Proposta de Regulamento.

<sup>103</sup> Vd. artigo 3º, alínea e) da Proposta de Regulamento.

<sup>104</sup> Vd. artigo 3º, alínea f) da Proposta de Regulamento.

uma atividade física ou virtual ou por qualquer processo que envolva inteligência artificial, não podendo eximir-se da sua responsabilidade alegando que atuou diligentemente ou que o dano ou lesão teriam sido causados por uma atividade autónoma ou processo conduzido por um sistema de inteligência artificial. A exclusão da responsabilidade ocorre unicamente por via da invocação da força maior.

A noção de sistemas de alto risco está prevista no artigo 3º, alínea c) da Proposta de Regulamento. Estes sistemas são definidos em função do potencial de um sistema de Inteligência Artificial causar prejuízos ou danos a uma ou várias pessoas de forma aleatória e que vai além do que se pode razoavelmente esperar. Esta potencialidade de causar danos depende da gravidade destes danos, do grau de autonomia do sistema, da probabilidade de o risco se concretizar e da forma e do contexto em que o sistema de Inteligência Artificial é utilizado<sup>105</sup>.

Em todas as outras situações que envolvem a utilização da inteligência artificial e não se configurem como sistemas de alto risco, a responsabilidade do operador baseia-se na culpa. Isto é, o operador está sujeito à responsabilidade culposa por quaisquer prejuízos ou danos causados por um sistema de Inteligência Artificial (artigo 8º).

Mas, segundo o artigo 8º/2, o operador não é considerado responsável pelos danos ou prejuízos se puder provar que estes foram causados sem culpa da sua parte, baseando-se num dos seguintes motivos:

- a) O sistema de Inteligência Artificial foi ativado sem o seu conhecimento, embora tenham sido tomadas todas as medidas razoáveis e necessárias para evitar essa ativação fora do controlo do operador; ou
- b) Foi observada a devida diligência através da execução de determinados processos, designadamente na seleção do adequado sistema de Inteligência Artificial para desempenho da função, na correta colocação em funcionamento deste sistema, na manutenção da fiabilidade do funcionamento graças à instalação regular de todas as atualizações disponíveis.

Do mesmo modo, o operador não é considerado responsável pelos prejuízos ou danos se estes tiverem sido causados por motivos de força maior.

No entanto, o operador não pode furtar-se à sua responsabilidade, alegando que os prejuízos ou danos foram causados por uma atividade, um dispositivo ou um processo autónomo baseado no seu sistema de IA. Daqui depreende-se que a responsabilidade subjetiva surge agravada, implicando uma presunção de culpa<sup>106</sup>.

<sup>105</sup> Quanto à contratação de seguros e limitação dos montantes indemnizatórios, vd. artigos 4º/4, 5º e 6º da Proposta de Regulamento.

<sup>106</sup> Vd. Mafalda Miranda Barbosa, *Responsabilidade Civil por Danos Causados pela Inteligência Artificial: Uma Cronologia Europeia*, ob. cit., pág. 517.

O agravamento é notório, também, quando olhamos para o número 3 deste artigo 8º que consagra uma hipótese de responsabilidade objetiva por facto alheio. Segundo o artigo, caso os prejuízos ou danos tenham sido causados por um terceiro que tenha interferido no sistema de Inteligência Artificial alterando o seu funcionamento ou os seus efeitos, o operador é, não obstante, responsável pelo pagamento da indemnização, se esse terceiro não for localizável ou carecer de recursos financeiros.

Tudo parece crer, assim, que a Resolução constitui um importante marco para a construção de um quadro normativo em matéria de Responsabilidade Civil por danos causados por entes dotados de inteligência artificial.

### 3.7. Conclusão

O sucessivo progresso a nível tecnológico trouxe-nos uma nova realidade que veio para ficar: os entes dotados de inteligência artificial. Os veículos autómotos pareciam uma realidade distante, mas, brevemente, a convivência com eles será diária. Assim, esta nova era traz-nos problemas para os quais o Direito ainda não contém uma resposta inequívoca.

Durante a exposição, tivemos oportunidade de analisar a questão da atribuição da personalidade jurídica dos entes dotados de inteligência artificial, as normas atinentes à responsabilidade civil no ordenamento jurídico português e ainda a Proposta de Regulamento relativo à Responsabilidade pelo Funcionamento de Sistemas de Inteligência Artificial.

Estando em causa danos provocados por um ente dotado de inteligência artificial, designadamente danos provocados por veículos automatizados, terá o lesado possibilidade de ser ressarcido? Em caso afirmativo, quem responderá por tais danos?

Apesar de o artigo 503º do Código Civil não colocar entraves à responsabilização do detentor de veículo automatizado, pensamos não dever ser de ignorar a necessidade de proceder às necessárias adaptações e de prever normas dirigidas especificamente aos casos sob análise. Porém, note-se, a Proposta de Regulamento relativo à Responsabilidade pelo Funcionamento de Sistemas de Inteligência Artificial denota que há preocupações com as implicações que os entes dotados de inteligência artificial têm e terão nos diversos ordenamentos jurídicos. Parece, assim, que as reformas não demorarão a estar na ordem do dia.

#### 4. Considerações Finais

Nesta exposição foram analisados dois temas que revestem uma grande importância face aos tempos atuais.

O primeiro tema diz respeito a uma querela que há muito tem assolado os Tribunais Portugueses. Falamos do direito de regresso das Seguradoras nos casos de condução com uma taxa de alcoolemia superior à legalmente permitida. Nesta exposição, parece-nos que ficou claro que a posição que melhor se coaduna com as vicissitudes dos casos que se analisaram é a da automaticidade do direito de regresso, uma vez que apenas desta forma se consegue garantir o tão almejado equilíbrio contratual estabelecido entre seguradora e segurado. Assim, pensamos que o legislador deveria, numa próxima alteração legislativa, resolver contundentemente o problema através da alteração da redação do artigo 27º, alínea c) do Decreto-Lei nº 291/2007, de 21 de Agosto.

Por sua vez, o segundo tema que abordamos visou responder a algumas questões relacionadas com os danos provocados por veículos autónomos: serão os danos provocados por veículos autónomos passíveis de ressarcimento face ao nosso ordenamento jurídico atual? Quem irá responder pelo surgimento destes danos? Estará o nosso sistema jurídico preparado para receber esta nova realidade? Ora, depois da nossa exposição, podemos concluir que, apesar de o artigo 503º do Código Civil não colocar entraves à responsabilização do detentor de veículo automatizado, existe uma necessidade de, no futuro, proceder a adaptações do regime e de prever normas dirigidas especificamente aos casos de surgimento de danos decorrentes da falha do algoritmo na condução automatizada.

# ■ PARTE I

**RESPONSABILIDADE CIVIL -  
O UNIVERSO DOS ILÍCITOS  
CRIMINAIS**

**6. A REPARAÇÃO OFICIOSA  
DA VÍTIMA EM PROCESSO  
PENAL**

**JOSÉ LUÍS LOPES DA MOTA**



CENTRO  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

## 6. A REPARAÇÃO OFICIOSA DA VÍTIMA EM PROCESSO PENAL

(Sobre o acórdão do STJ de 02-05-2018, Proc. 156/16.OPALSB.L1.S1)

José Luís Lopes da Mota\*

Começo por cumprimentar todos os presentes nesta sessão<sup>1</sup>, embora com as limitações ditas pela distância física, e por agradecer ao CEJ a amabilidade do convite para participar neste seminário.

É sempre um gosto voltar a esta casa, onde tive presença assídua como docente a tempo parcial nos longínquos anos 90 e com quem tenho tido o gosto de colaborar regularmente na área da formação em cooperação judiciária europeia e internacional em matéria penal.

Para surpresa minha, desta vez, não era esse o motivo do convite.

Sendo o relator do acórdão do STJ de 2 de maio de 2018, proferido no processo 156/16.OPALSB.L1.S1 (publicado na base de dados de jurisprudência do STJ, em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)), que analisou a questão da reparação oficiosa da vítima em processo penal com carácter de novidade, foi-me proposto que fizesse uma apresentação sobre este tema.

A esta circunstância, que me honra, acresce o interesse que, ao longo de anos, tenho dedicado ao assunto e também outra circunstância, não menos relevante, que tem que ver com as minhas responsabilidades na revisão do CPP de 1998 de que resultou o artigo 82.º-A então introduzido neste diploma.

Proponho-me, assim, partilhar um conjunto de reflexões e os argumentos que levaram o STJ, no dito acórdão, a, no essencial, formular duas conclusões:

- Uma dizendo, de forma que me parece inovadora, que a reparação oficiosa da vítima, nos termos do artigo 82.º-A do CPP, tem natureza penal, constituindo um efeito penal da condenação, distinta da indemnização regulada pela lei civil (artigo 129.º do Código Penal);
- Outra, seguindo parcialmente a jurisprudência maioritária das Relações, afirmando que, em caso de condenação por crime de violência doméstica, não havendo pedido de indemnização civil nem oposição da vítima, o tribunal deve arbitrar oficiosamente uma reparação à vítima, em aplicação desta disposição legal, para cuja quantificação concorrem elementos de natureza civil e elementos de natureza penal.

Na exposição, que espero seja útil, seguirei a fundamentação do acórdão que conduziu a estas conclusões e que reflete, obviamente, o meu ponto de vista nesta matéria.

\* Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça.

<sup>1</sup> Seminário de direito da responsabilidade civil – “Responsabilidade Civil: O Universo dos Ilícitos Criminais”, Centro de Estudos Judiciário e Revista de Direito da Responsabilidade Civil, Lisboa, 7 e 8 de outubro de 2021.

Vejamos então o caso concreto.

1. Por sentença da Secção Criminal da Instância Local de Lisboa, o arguido foi condenado numa pena de 2 anos de prisão, suspensa na sua execução, pela prática de um crime de violência doméstica p. e p. pelo artigo 152.º, n.ºs 1, al. d), e 2 do Código Penal.

A vítima não deduziu pedido de indemnização nem se opôs ao arbitramento oficioso de reparação.

Tendo em conta a situação económica do arguido, o tribunal não o condenou em indemnização.

Por esse motivo, o Ministério Público recorreu da sentença condenatória para o Tribunal da Relação.

Alegava o MP que, não havendo oposição da vítima, o tribunal da 1.ª instância deveria ter condenado o arguido ao pagamento de indemnização, pelo que, não o tendo feito, havia violado o artigo 21.º, n.ºs 1 e 2, da Lei n.º 112/2009, de 16 de Setembro (lei que estabelece o regime jurídico aplicável à prevenção da violência doméstica, à protecção e à assistência das suas vítimas), segundo o qual há sempre lugar à aplicação do artigo 82º-A do Código de Processo Penal, independentemente de particulares exigências de protecção da vítima, salvo oposição expressa da vítima.

Julgando procedente o recurso, o tribunal da relação condenou o arguido a pagar a quantia de 45.000 euros à ofendida, “a título de indemnização pelos danos não patrimoniais, nos termos dos artigos 21.º da Lei nº 112/2009, 82º-A do Código de Processo Penal, 129.º do Código Penal e 483.º, 494.º e 496.º n.ºs 1 e 3, do Código Civil (...)”.

O arguido veio, então, interpor recurso do acórdão do Tribunal da Relação para o Supremo Tribunal de Justiça, por discordar do montante da indemnização fixada, que considerou excessiva e não justificada face à sua situação económica.

2. No acórdão recorrido, o Tribunal da Relação concordou com o tribunal de 1.ª instância quanto à obrigação de indemnizar, dizendo que a reparação arbitrada em processo penal não é um efeito da condenação e que a obrigação de indemnizar resulta do artigo 129.º do CP, que remete para a lei civil, e dos artigos 483.º, n.º 1 (princípio geral e requisitos da obrigação de indemnização por factos ilícitos), 496.º, n.º 1 (indemnização por danos não patrimoniais) e 562.º e seguintes do Código Civil (sobre a obrigação de indemnização).

Mas não concordou com a não fixação da indemnização por considerar que a situação económica do arguido é apenas um dos critérios para determinar o *quantum* indemnizatório, que a falta de meios económicos para pagar uma eventual indemnização não o exclui de condenação e que o artigo 21.º da Lei 112/2009 obriga a aplicar o artigo 82.º-A do CPP, que versa sobre a reparação oficiosa da vítima em casos especiais, excepto nos casos em que esta se opuser.



Pelo que, considerando que as únicas condições da reparação oficiosa são a prova de danos causados à vítima, a condenação pelo crime imputado e a não oposição da vítima, e que o tribunal estava obrigado a fixar uma indemnização a pagar pelo arguido independentemente da sua situação económica (que apenas releva para efeitos da quantificação da indemnização), recorrendo a critérios de equidade e invocando a “natureza mista” da indemnização por danos morais – “reparação dos danos, por um lado, e a ideia de reprová-lo ou castigá-lo, no plano civilístico e com os meios próprios do direito privado, a conduta do agente” –, condenou o arguido a pagar à ofendida a referida quantia de € 45.000,00 a título de indemnização pelos danos não patrimoniais.

3. Conhecendo do recurso, o STJ começou por considerar necessária a clarificação do sentido normativo do artigo 21.º da Lei n.º 112/2009 e do artigo 82.º-A do CP, tendo em atenção o critério de interpretação da lei fixado no artigo 9.º do Código Civil.

Nesta aproximação metodológica, o STJ prestou detalhada atenção aos “fatores hermenêuticos” de interpretação relevantes, em função deste critério: o elemento gramatical (isto é, o texto ou a “letra da lei”) e o elemento lógico (“espírito da lei”), neste último se incluindo o elemento racional (ou teleológico, que permite apreender a razão de ser da lei, a sua *ratio*, e o fim visado pelo legislador, em que releva a motivação da decisão legislativa, a *occasio legis*), o elemento sistemático (o “contexto da lei”, na consideração de outras disposições que contribuem para o “complexo normativo” em que se integra, postulando a sua “coerência intrínseca”) e o elemento histórico (que “compreende todos os materiais relacionados com a história do preceito”, nomeadamente a história do regime jurídico em causa, as fontes da lei e os trabalhos preparatórios), tendo sempre presente que todos estes elementos se devem utilizar conjuntamente na busca da “intencionalidade normativa” e do “sentido global da realização do direito” (assim, BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Almedina, 2012, pp. 181-184, e CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica – Problemas Fundamentais*, Studia Iuridica 1, Coimbra Editora, 1993, pp. 97-106, para que se remete, sem necessidade de maiores desenvolvimentos sobre o tema).

4. Começando pelo artigo 21.º da Lei n.º 112/2009, incluído na Secção I (“Atribuição, direitos e cessação do estatuto de vítima”) do Capítulo IV (“Estatuto de vítima”).

Dispõe o preceito que:

“1 – À vítima é reconhecido, no âmbito do processo penal, o direito a obter uma indemnização por parte do agente do crime, dentro de um prazo razoável.

2 - Para efeitos da presente lei, há sempre lugar à aplicação do disposto no artigo 82.º-A do Código de Processo Penal, excepto nos casos em que a vítima a tal expressamente se opuser”.

Esta disposição teve origem no artigo 21.º da Proposta de Lei n.º 248/X, de que resultou o artigo 21.º da Lei 112/2009, que o reproduz com pequenas alterações formais no n.º 1.

Lê-se na exposição de motivos, que, para além de levar em conta o sistema de protecção internacional dos direitos humanos – em particular a evolução do direito internacional e os esforços desenvolvidos no âmbito das Nações Unidas, do Conselho da Europa e da União Europeia contra a violência doméstica enquanto violação grave dos direitos fundamentais – e as medidas adoptadas ao nível interno, nomeadamente em matéria penal (com destaque para a tipificação do crime de violência doméstica), esta iniciativa legislativa visou estabelecer “pela primeira vez, a configuração do «estatuto de vítima» no âmbito da violência doméstica”, “tomando como base inspiradora os princípios constantes na Decisão-Quadro 2001/220/JAI do Conselho da União Europeia, de 15 de Março de 2001, relativa ao estatuto da vítima em processo penal, e na Recomendação Rec(2006) 8 do Conselho da Europa, de 14 de Junho de 2006, relativa à assistência a vítimas de crime”, de que se “adoptaram” as “definições e os princípios gerais”, que assentam na ponderação” das “necessidades de protecção da vítima”.

5. O artigo 9.º da Decisão-Quadro 2001/220/JAI, baseando-se, para além do mais, nas conclusões do Conselho Europeu de Tampere (Outubro de 1999), que reconhecia a necessidade de serem elaboradas “normas mínimas sobre a protecção das vítimas da criminalidade, em especial sobre o seu acesso à justiça e aos seus direitos de indemnização por danos” (conclusão 32), visou assegurar o direito a indemnização no âmbito do processo, incluindo no processo penal, estabelecendo que “cada Estado-Membro assegura às vítimas de infracção penal o direito de obter uma decisão, dentro de um prazo razoável, sobre a indemnização pelo autor da infracção no âmbito do processo penal, salvo se a lei nacional prever que em relação a determinados casos, a indemnização será efectuada noutra âmbito”.

Destinada a aproximar disposições legislativas dos Estados-membros em determinados domínios de direito penal material – vinculando-os quanto aos resultados a alcançar, mas deixando a seu cargo a forma e os meios de os conseguir, nos termos dos artigos 31.º, al. e), e 34.º, n.º 2, al. b), do Tratado da União Europeia, na redacção introduzida pelo Tratado de Amesterdão –, a decisão-quadro não visava, porém, nem poderia visar, a aproximação de legislação processual penal (diferentemente do que, em determinados aspectos, actualmente sucede com as directivas, na vigência do TFUE – artigo 82.º, n.º 2).

A incorporação dos elementos dessa Decisão-Quadro no direito interno não implicaria, pois, modificações da legislação processual penal, a não ser em aspectos relacionados com o reconhecimento dos direitos da vítima em obter indemnização por danos no processo penal (note-se, a este propósito, que, sendo Portugal o autor da iniciativa que conduziu à adopção deste instrumento jurídico – cfr. o texto desta iniciativa no Jornal Oficial C 243 de 24.8.200, p. 4 –, tal possibilidade, diferentemente do que sucedia com outros Estados, encontrava-se já assegurada no actual CPP, não tendo havido necessidade de proceder a qualquer alteração legislativa, no prazo determinado, até 22 de Março de 2002).

6. A Recomendação Rec (2006)8 do Comité de Ministros do Conselho da Europa sobre a assistência às vítimas de crimes, que também inspirou a redacção do artigo 21.º da Lei n.º 112/2009, não fornece qualquer indicação de *soft law* que devesse conduzir a qualquer alteração legislativa ao regime vigente em matéria de indemnização das vítimas no processo penal. O ponto 7 desta Recomendação, relativo ao “direito de acesso efectivo a outras vias de

recurso” apenas recomenda que os Estados tomem as medidas necessárias para assegurar o recurso à justiça para obtenção de indemnização em processo civil e para estabelecerem procedimentos para que as vítimas possam pedir indemnização em processo penal. O que, no caso português, já se mostrava garantido, nomeadamente nos termos do CPP.

7. Como é sabido, a possibilidade de a vítima obter indemnização por danos causados pelo crime no âmbito do processo penal encontra a sua base jurídica nos artigos 129.º do Código Penal (que remete para o direito civil) e nos artigos 71.º e segs. do CPP (que, com as excepções previstas, obriga à dedução do pedido e à fixação no processo penal).

Como também é sabido, o regime instituído pelo Código Penal de 1982 e pelo CPP de 1987 rompeu com o modelo anterior e pôs termo à controvérsia então instalada a propósito da natureza jurídica da reparação oficiosa dos danos causados pelo crime e dos critérios do arbitramento da indemnização.

O artigo 75.º, § 3.º, do Código Penal de 1886 dizia que o condenado incorria “na obrigação de indemnizar o ofendido do dano causado” e o princípio, então vigente, era o da obrigatoriedade de o tribunal “arbitrar aos ofendidos” “uma quantia como reparação por perdas e danos, ainda que lhe não tivesse sido requerida”, nos termos do artigo 34.º, § 2.º, do CPP de 1929, a determinar “segundo o prudente arbítrio do legislador”, que deveria atender “à gravidade da infracção, ao dano material e moral por ela causado, à situação económica e à condição social do ofendido e do infractor”.

Muito sumariamente, o que importa salientar é que a indemnização de perdas e danos emergentes de um crime, na vigência do Código Penal de 1886 e do CPP de 1929, era considerada, segundo parte da doutrina, um “efeito penal da condenação”, uma “parte da pena” ou uma “sanção penal reparatória”, que não se identificava com a indemnização civil [sobre este ponto pode ver-se, para maiores desenvolvimentos, o 4.º Capítulo do *Direito Processual Penal* (Coimbra, 1974), do Prof. FIGUEIREDO DIAS, sobre “o lesado e a reparação de perdas e danos arbitrada em processo penal” e as suas propostas sobre o direito a constituir, numa perspectiva de reforma do CPP].

Hoje, porém, a questão da indemnização releva exclusivamente do direito civil – o artigo 129.º do Código Penal, sob a epígrafe “Responsabilidade civil emergente de crime”, dispõe que “A indemnização de perdas e danos emergentes de crime é regulada pela lei civil.”

Mantendo-se o princípio de adesão obrigatória, nos termos do artigo 71.º do CPP, a condenação em indemnização só pode ocorrer na procedência de um pedido do lesado, que é uma “parte civil” no processo – e que é a pessoa que sofreu danos ocasionados pelo crime (artigo 74.º do CPP) –, pedido que é formulado no processo penal, com observância do disposto nos artigos 73.º e segs. do CPP.

A “reparação” a que se referia o Código Penal de 1886 passou a considerar-se, como pura indemnização civil que, sem embargo de se lhe reconhecer uma certa função adjuvante, não se confunde com a pena. No plano do direito adjectivo, o actual Código de Processo Penal (CPP),

mantendo o sistema de adesão, veio conferir àquela acção de indemnização pela prática de um crime, formalmente enxertada no processo penal, a estrutura material de uma autêntica acção cível, acolhendo, inequivocamente, os princípios da disponibilidade e da necessidade do pedido (artigos 71.º, 74.º a 77.º e 377.º do CPP).

8. A revisão do CPP de 1998, operada pela Lei n.º 59/98, de 25 de agosto, introduziu, porém, uma nova disposição na parte final do Título VI do Livro I – o artigo 82.º-A – que, sob a epígrafe “reparação da vítima em casos especiais”, dispõe:

“1 – Não tendo sido deduzido pedido de indemnização civil no processo penal ou em separado, nos termos dos artigos 72.º e 77.º, o tribunal, em caso de condenação, pode arbitrar uma quantia a título de reparação pelos prejuízos sofridos quando particulares exigências de protecção da vítima o imponham. (...)”

3 – A quantia arbitrada a título de reparação é tida em conta em acção que venha a conhecer de pedido civil de indemnização”.

Salienta-se que, como ressalta do texto da lei e dos trabalhos preparatórios – que justificam a reparação oficiosa pelas exigências de “protecção da vítima” –, a inserção desta disposição no Título relativo às “Partes Civis” (artigos 71.º a 84.º do CPP) não teve, todavia, o efeito de alterar os princípios e o regime de fixação da indemnização civil no processo penal.

Incluído na linha da política legislativa e nas concepções de política criminal que moldam o actual sistema penal, o artigo 82.º-A acolhe o conceito de “reparação” do dano com expressão em institutos penais que dizem respeito às “consequências jurídicas do facto” (Título III do Livro I, Parte Geral, do Código Penal) – que lhe conferem relevância, nomeadamente, no âmbito da suspensão da execução da pena e do regime de prova (artigos 51.º, n.º 1, e 54.º, n.º 3), da atenuação especial da pena (artigo 72.º, n.º 2) e da dispensa de pena (artigo 74.º, n.º 2) – ou com efeitos ao nível da redução da pena nos crimes patrimoniais – nomeadamente nos crimes de furto, de abuso de confiança, de dano e de burla (artigos 206.º, n.º 2, 212.º, n.º 4, e 217.º, n.º 4) –, e pretendeu, declaradamente, reconhecer-lhe a natureza de “efeito penal da condenação”, de natureza substancialmente diversa da indemnização puramente civil.

Esta natureza da “reparação” é evidenciada na Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 157/VII (altera o Código de Processo Penal), que esteve na origem da Lei n.º 59/98, em que se lê (DAR II, de 29.1.1998, p. 485):

“O regime do pedido de indemnização civil é objecto de alterações significativas, com respeito pelo princípio do pedido, no sentido de melhorar a protecção do lesado no âmbito do processo penal. (...)”

Novidade da actual revisão constitui a possibilidade de o tribunal officiosamente poder arbitrar, como efeito penal da condenação, uma reparação pelos prejuízos sofridos quando o imponham particulares exigências de protecção da vítima (artigo 82.º-A). Preserva-se a autonomia e a natureza civil do pedido de indemnização, mas não se posterga a protecção das vítimas carenciadas, através de um processo que não exige qualquer formalidade. Recupera-se, assim, uma medida abandonada com a entrada em

vigor do Código Penal de 1982, quando parte da doutrina nacional já então insistia em fazer da reparação um «terceiro degrau» do sistema sancionatório – ideia que hoje vem sendo defendida por vozes autorizadas da doutrina nacional e estrangeira –, estabelecendo-se, nesta conformidade, que a quantia arbitrada deverá ser levada em conta em acção que conheça autonomamente do pedido civil de indemnização”.

A este propósito, escreveu o Senhor Prof. FIGUEIREDO DIAS (em 1993):

“Esta concepção [de atribuir à reparação do dano proveniente do crime natureza especificamente sancionatória de carácter penal, em que a reparação surgiria como um efeito penal da condenação] logrou – e talvez o facto deva ser lamentado – consagração legislativa muitíssimo limitada em termos de direito comparado. O próprio sistema português – um dos poucos que dela havia colhido, em todo o caso, o essencial, nos artigos 29.º e ss. do CPP de 1929 – abandonou-a, com a entrada em vigor do CP de 1982 e o seu art. 128.º [actual artigo 129.º]. E abandonou-a – o que não deixa de conter em si alguma ironia – precisamente quando uma parte da doutrina, sobretudo alemã, começou a apresentar, com insistência, a proposta de fazer da reparação nada menos que um terceiro degrau do direito penal, ao lado do da pena e do da medida de segurança!” (*Direito Penal Português, As Consequências Jurídicas do Crime*, Editorial Notícias, § 64, p. 77).

E diz o mesmo autor noutra local:

“a questão da indemnização de perdas e danos emergente de um crime releva hoje, (...) em exclusivo, do direito civil e do direito processual penal. (...) Isto se diz sem ignorar ou minimizar o extenso requisitório de uma parte da doutrina internacional mais recente no sentido de conferir relevo penal à indemnização emergente do crime. Até ao ponto de não faltarem autores a pôr em evidência os méritos político-criminais de uma doutrina que substituiu a actual concepção bipolar das consequências jurídicas do crime (penas e medidas de segurança) por uma concepção tripolar: penas, medidas de segurança e indemnização (ou reparação) do dano. A proposta deve merecer a maior atenção, sobretudo da parte de uma legislação e de uma doutrina, como as portuguesas, que durante décadas assumiram um lugar pioneiro na valorização da indemnização emergente de um crime como elemento fundamental da política criminal. Hoje, porém, (...) um tal requisitório só pode ser tomado em conta no plano do direito a constituir (...)” (*ibidem*, §14).

Foi, pois, nesta perspectiva e com este objetivo que, em 1998, claramente se justificou a intervenção do legislador (como se vê do texto da Exposição de Motivos da Lei n.º 58/98 acima citada).

9. Nesta conformidade, impõe-se, pois, que seja feita uma distinção no que respeita às consequências jurídicas do crime, entre as de natureza civil, que geram o dever de indemnizar pela prática de acto ilícito, com base no “critério do dano” – em conformidade com as disposições aplicáveis do Código Civil (artigos 483.ºss e 562ss) e com o artigo 129.º do Código

Penal, sempre dependente de pedido do lesado (artigos 71.º, 73.º e 74.º do CPP) –, e as consequências de natureza penal, com base no “critério” ou “princípio da culpa”, em que se inclui o arbitramento oficioso de reparação à vítima pelos prejuízos causados, como efeito penal da condenação, nos termos do artigo 82.º-A do CPP, sempre que particulares exigências de protecção o requeiram (cfr. também Simas Santos / Leal Henriques, *Código de Processo Penal anotado*, 2008, p. 550).

Esta “reparação” da vítima, salienta-se, requer, porém, a determinação dos “prejuízos causados” que mereçam ser compensados mediante uma soma em dinheiro, como se evidencia da própria letra do preceito, o que obriga a convocar conceitos da lei civil (e justificou a inclusão da “reparação” no Título do CPP respeitante à “indenização” – cfr. Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 157/VII), mas o seu quantitativo não tem que corresponder ao montante desses prejuízos (da “indenização”), como resulta do respectivo n.º 3, segundo o qual a quantia arbitrada é levada em conta na indenização.

Assim, podendo dizer-se que participa das finalidades das penas (de protecção do bem jurídico ofendido e de reintegração – artigo 40.º do Código Penal), a “reparação”, que impõe uma obrigação de pagar uma quantia monetária à vítima, terá de considerar as “particulares exigências de protecção” da vítima do crime praticado que, por essa via, se visa realizar, tendo em conta os danos patrimoniais e não patrimoniais que esta sofreu em resultado do concreto facto típico, nas suas próprias circunstâncias, e os critérios de necessidade, adequação e proporcionalidade que presidem à determinação das reacções criminais e que resultam do artigo 18.º da Constituição (Cfr. GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Penal Português III*, Verbo, 1999, p. 24).

A “reparação” a que se refere o artigo 82.º-A do CPP situa-se, pois, numa espécie de zona de intercepção do direito civil e do direito penal, visando efeitos de natureza penal prestando maior atenção à pessoa da vítima, através do efeito “adjuvante” da compensação pelos danos causados, contribuindo para a realização das finalidades das penas, em particular pelo seu efeito ressocializador, que obriga o autor a enfrentar as consequências do crime e a reconhecer os interesses da vítima (no dizer de FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal* cit., pp. 564-565, e de ROXIN, *apud “A Suspensão Parcial da Pena de Prisão e a Reparação do Dano”*, J. A. Vaz Carreto, Almedina, 2017, nota 251).

Transpondo para este domínio o que, de há muito, se vem sublinhando na jurisprudência do STJ (ainda que a propósito da suspensão da execução da pena de prisão), poderá dizer-se, como no acórdão de 11.6.1997, que a “reparação não constitui uma verdadeira indenização, mas uma compensação destinada principalmente ao reforço do conteúdo reeducativo e pedagógico da pena e a dar satisfação suficiente às finalidades da punição, respondendo nomeadamente à necessidade de tutela dos bens jurídicos e estabilização contrafáctica das expectativas comunitárias”, o que justifica “que o montante arbitrado não tenha de corresponder ao que resultaria da fixação da indenização segundo os critérios estabelecidos na lei para a responsabilidade civil e para a obrigação de indemnizar (artigos 483.º e segs. e 562.º e segs. do Código Civil” (acórdão de 11.6.1997, Colectânea de Jurisprudência, acórdãos do STJ, ano V, T. 2, pp. 226ss).

**10.** É, pois, neste quadro que deve entender-se o estatuído no artigo 21.º da Lei n.º 112/2009, havendo que distinguir as situações do n.º 1 e do n.º 2 deste preceito. Enquanto o n.º 1 se limita a declarar que “à vítima é reconhecido, no âmbito do processo penal, o direito a obter uma indemnização por parte do agente do crime, dentro de um prazo razoável” – o que deverá observar o regime processual estabelecido no CPP quanto ao estatuto e intervenção das partes civis, titulares do direito à indemnização, no processo penal –, o n.º 2 vem acrescentar algo de novo, ao estipular que, “para efeitos da presente lei, há sempre lugar à aplicação do disposto no artigo 82.º-A do Código de Processo Penal, excepto nos casos em que a vítima a tal expressamente se opuser”.

**11.** A interpretação deste n.º 2, sobre o qual o STJ não se tem debruçado, não é, porém, isenta de controvérsia, que se revela na significativa jurisprudência dos Tribunais da Relação frequentemente chamados a decidir sobre a sua aplicação.

Em termos gerais, a perspectiva de análise dominante, subjacente às decisões conhecidas, apesar das divergências, parece assumir, pelo menos implicitamente, que a “reparação” a que se refere o artigo 82.º-A assume natureza estritamente civil, sem enfatizar a de efeito penal da condenação.

Tem-se entendido que, no caso de condenação pelo crime de violência doméstica, o tribunal não pode deixar de arbitrar uma indemnização, pois, nessa situação, as particulares exigências de protecção da vítima resultam da própria opção legislativa constante da Lei nº 112/2009, dada a utilização do advérbio “sempre”, a não ser que esta expressamente se oponha a esse arbitramento (cfr. designadamente, entre outros, os seguintes acórdãos, em *www.dgsi.pt*: de 15-04-2015, Proc. 303/13.4PPLSB.L1-3, e de 16-09-2015, Proc. 67/14.42S2LSB.L1-3 (Relação de Lisboa); de 19-05-2015, Proc. 150/11.8GAVNO, de 22-9-2015, Proc. 671/14.0PBFAR.E1, de 24-05-2016, Proc. 253/14.7PBEVR.E1, e de 04-04-2017, Proc. 66/15.9GBABF.E1 (Relação de Évora); de 16-10-2013, Proc. 670/11.4PDVNG.P1 (Relação do Porto); de 07-03-2016, no Proc. 697/14.4GAVNF.G1 (Relação de Guimarães).

No mesmo sentido, refere Pinto de Albuquerque (*Código de Processo Penal Anotado*, Universidade Católica Editora, 4.ª ed., pág. 245) que o “direito à indemnização previsto no art.º 21.º da Lei n.º 112/2009, prejudica as regras do art.º 82.º-A, uma vez que consagra o carácter obrigatório do arbitramento oficioso de indemnização. As únicas condições de reparação oficiosa da vítima são, nestes casos, a prova de danos causados à vítima, a condenação do arguido pelo crime imputado e a não oposição da vítima à reparação.”

Em sentido divergente, entende-se, noutros casos, ao que parece minoritariamente, que o que resulta da lei não é a obrigação de fixar indemnização, mas apenas a de se ponderar a sua atribuição nos termos daquele artigo 82.º-A, do CPP, mantendo-se a necessidade de verificar o requisito da existência de particulares exigências de protecção da vítima; não tendo sido deduzido pedido de indemnização civil, o tribunal está obrigado a analisar a situação com vista a verificar se, no caso concreto, há ou não lugar a condenação no pagamento de indemnização (neste sentido, o acórdão da Relação de Coimbra de 24-06-2015, no Proc. 94/12.6GAACB.C1).

Nota-se ainda que, havendo sempre lugar à aplicação do disposto no artigo 82º-A do CPP, para que seja arbitrada tal indemnização é necessário que se verifiquem os pressupostos legais da responsabilidade civil extracontratual e do dever de indemnizar e que, verificados estes, não havendo oposição expressa do titular do direito correspondente, o tribunal está vinculado a ponderar a atribuição de uma indemnização, não podendo negá-la com o argumento de que a vítima não beneficia de particulares exigências de protecção, pois que, pelo facto de ter sido vítima de crime de violência doméstica, a lei atribui-lhe esse estatuto; o que, assim, haverá de apurar é o valor da indemnização adequada pelos danos (patrimoniais ou não patrimoniais) face aos factos provados (assim, no acórdão da Relação do Porto de 15-12-2016, no Proc. 192/15.4GBVFR.P1).

**12.** A linha de argumentação do acórdão permitiu, como se disse, firmar a conclusão de que a reparação a que se refere o artigo 82º-A do CPP comporta uma dimensão penal, de efeito penal da condenação, apesar de convocar elementos de caracterização provenientes do direito civil. Foi esta a intenção legislativa expressa nos trabalhos preparatórios da Lei n.º 58/98, que aditou esta disposição com carácter de novidade, em coerência com as opções de política criminal estruturantes do sistema, respondendo à necessidade, sentida e manifestada pelos estudos vitimológicos e pela doutrina mais autorizada, de conferir atenção à posição da vítima no processo penal. Ou, dito de outro modo, respondendo à necessidade de proteger a vítima através do direito penal, mediante o processo que o realiza.

No desenvolvimento desta linha de política criminal consagraram-se posteriormente na lei significativos avanços em resultado da acção de organismos internacionais com papel de relevo no aperfeiçoamento do sistema de protecção de direitos humanos, que conduziram, no seu estágio mais recente, à atribuição do estatuto de sujeito processual à vítima de crime (Lei n.º 130/2015, de 4 de Setembro, que adita o artigo 67º-A do CPP e aprova o Estatuto da Vítima, transpondo a Directiva 2012/29/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25.10.2012, que estabelece normas relativas aos direitos, ao apoio e à protecção das vítimas da criminalidade e substitui a Decisão-Quadro 2001/220/JAI, anteriormente mencionada, que inspirou a Lei n.º 112/2009).

É assim que a Lei n.º 130/2015, em disposição de redacção idêntica à do artigo 21º da Lei 112/2009, veio dispor no artigo 16º:

- «1 - À vítima é reconhecido, no âmbito do processo penal, o direito a obter uma decisão relativa a indemnização por parte do agente do crime, dentro de um prazo razoável.
- 2 - Há sempre lugar à aplicação do disposto no artigo 82º-A do Código de Processo Penal em relação a vítimas especialmente vulneráveis, excepto nos casos em que a vítima a tal expressamente se opuser».

De notar, todavia, que a reparação a que se refere o artigo 82º-A do CPP se limita, neste regime, às “vítimas especialmente vulneráveis”, que, na definição da alínea b) do n.º 1 do artigo 67º-A do CPP são aquelas “cuja especial fragilidade resulte, nomeadamente, da sua idade, do seu estado de saúde ou de deficiência, bem como do facto de o tipo, o grau e a duração da



vitimização haver resultado em lesões com consequências graves no seu equilíbrio psicológico ou nas condições da sua integração social”.

**13.** A propósito desta evolução legislativa, em reforço da posição e da protecção da vítima no processo penal no espaço da União Europeia, merecem referência, em particular:

- O artigo 82.º, n.º 2, do TFUE, que prevê o estabelecimento de regras mínimas para facilitar o reconhecimento mútuo das sentenças e decisões judiciais e a cooperação policial e judicial nas matérias penais com dimensão transfronteiriça, em especial no que diz respeito aos direitos das vítimas da criminalidade;
- A Directiva 2011/99/UE, de 13.12.2011, relativa à decisão europeia de protecção;
- A Directiva 2011/36/UE de 5.4.2011, relativa à prevenção e luta contra o tráfico de seres humanos e à protecção das vítimas;
- A Directiva 2011/93/UE, de 13.12.2011, relativa à luta contra o abuso e a exploração sexual das crianças e a pornografia infantil.

No âmbito do Conselho da Europa e das Nações Unidas, devem mencionar-se:

- A Convenção do Conselho da Europa contra o tráfico de seres humanos, de 2005 – Convenção de Varsóvia –, centrada na protecção e salvaguarda dos direitos das vítimas;
- A Convenção do Conselho da Europa, de 2007, para a protecção das crianças contra a exploração sexual e os abusos sexuais (Convenção de Lanzarote);
- A Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica, de 2011 (Convenção de Istambul);
- O protocolo adicional à Convenção das Nações Unidas contra a criminalidade organizada, de 2000 (Convenção de Palermo), sobre tráfico de pessoas, em especial de mulheres e crianças, contendo medidas de protecção das vítimas.

Individualmente e no seu conjunto, todos estes instrumentos, incorporados no nosso sistema jurídico, modelam uma nova dimensão do sistema penal centrada na protecção penal das vítimas, enfatizando e aprofundando a via de reparação a que o artigo 82.º-A do CPP deu a primeira expressão normativa em 1998.

**14.** Por força do n.º 2 do artigo 21.º da Lei n.º 112/2009 e do n.º 2 do artigo 16.º da lei n.º 130/2015, há, pois, “sempre lugar à aplicação do artigo 82.º-A do Código de Processo Penal” relativamente às vítimas de crimes de violência doméstica e “às vítimas especialmente vulneráveis”, na acepção da alínea b) do n.º 1 do artigo 67.º-A do CPP.

A formulação do texto do artigo 82.º-A do CPP, ao estabelecer que “o tribunal, em caso de condenação, pode arbitrar uma quantia a título de reparação pelos prejuízos sofridos quando particulares exigências de protecção da vítima o imponham”, obriga, por si mesma, pela imperatividade da norma, a que o tribunal, nessas circunstâncias, averigüe acerca destas “exigências de protecção”. Pelo que, buscando o sentido útil da remissão do artigo 21.º da Lei n.º 112/2009, este só pode ser outro que não o coincidente com essa obrigação, sob pena de, sendo a ela limitada, a remissão se mostrar desnecessária e vazia de conteúdo.

Assim, concluiu-se no acórdão que esse sentido só poderá ser o de que o tribunal deverá condenar (“sempre”) na “reparação pelos prejuízos causados” à vítima, como efeito penal da condenação (da aplicação da pena) pela prática de crime de violência doméstica, desde que, verificados os respectivos pressupostos formais – não dedução de pedido de indemnização e não oposição à reparação.

A caracterização e conteúdo desta “reparação”, de natureza pecuniária, sem se confundir com a indemnização civil, remete, porém, como se sublinhou, para conceitos que lhe são próprios, nomeadamente quanto ao “dano” ou “prejuízos”, mas já não quanto à “quantia” a fixar, a qual, como antes se afirmou, não tem que coincidir com o montante da indemnização.

Foi na presença neste quadro normativo que o STJ apreciou e decidiu a questão que constituía o objecto do recurso.

**15.** Assim, não tendo havido pedido deduzido pelo lesado, concluiu-se que o arguido não devia ser condenado no pagamento em “indemnização” nos estritos termos da lei civil (artigo 129.º do Código Penal), mas sim no pagamento de uma reparação à vítima do crime, nos termos do artigo 82.º-A do CPP, em conformidade com o disposto no artigo 21.º, n.º 2, da Lei n.º 112/2009. Participando das finalidades da pena aplicada, esta reparação, na falta de fixação de critério próprio no artigo 82.º-A do CPP, levou em conta os danos não patrimoniais causados e a situação da vítima, como expressão da gravidade das consequências do crime, as condições pessoais do agente e a sua situação económica, numa ponderação conjunta dos critérios da lei civil, nomeadamente dos artigos 494.º e 496.º, n.º 4, do Código Civil, convocados pela natureza compensatória da reparação, e dos critérios da lei penal de fixação da reacção criminal atendíveis por via da culpa e da prevenção, nos termos das alíneas a) e d) do n.º 2 do artigo 71.º do Código Penal.

Recordou-se, a este propósito, que, como se referiu, pretendendo “recuperar” a reparação como efeito penal da condenação, “uma medida abandonada com a entrada em vigor do Código Penal de 1982” (artigo 75.º, § 3.º, do Código Penal de 1886), o artigo 82.º-A do CPP não inseriu disposição idêntica à do artigo 34.º § 2.º do Código de Processo Penal de 1929, que mandava que o seu quantitativo fosse determinado “segundo o prudente arbítrio do legislador” atendendo “à gravidade da infracção, ao dano material e moral por ela causado, à situação económica e à condição social do ofendido e do infrator”, critério que, no entanto, não deixa de ser relevante e se obtém por aquela via.

**16.** Em consequência, ponderando estas circunstâncias, considerou o STJ adequado arbitrar a quantia de 7.500 euros a favor da vítima a título de reparação pelos prejuízos sofridos, concedendo provimento parcial ao recurso nos seguintes termos:

- a) Revogando o acórdão recorrido na parte em que, tendo em conta o disposto no artigo 129.º do Código Penal, condenou o arguido a pagar à ofendida a quantia de € 45.000,00, a título de indemnização pelos danos não patrimoniais a esta causados; e
- b) Condenando o arguido a pagar a quantia de € 7.500 à vítima, a título de reparação pelos prejuízos sofridos, que se arbitrou nos termos das disposições conjugadas dos

artigos 21.º, n.º 2, da Lei n.º 112/2009, de 16 de setembro, e 82.º-A, n.º 1, do Código de Processo Penal.

**17.** Termino agradecendo a atenção que me dispensaram, na expectativa de que este acórdão constitua um contributo jurisprudencial a ter em conta, a favor de uma maior e mais robusta proteção das vítimas pelo direito penal, requerida por lei, nomeadamente em áreas particularmente sensíveis de violência contra as vítimas particularmente dela carecidas, em grave violação dos direitos humanos, a que o Ministério Público e os tribunais são chamados a intervir cada vez com maior frequência, como sucede nos casos das vítimas de violência doméstica.

Muito obrigado.

CENTRO  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

# ■ PARTE II

## RESPONSABILIDADE CIVIL PROFISSIONAL



CENTRO  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

# ■ PARTE II

## RESPONSABILIDADE CIVIL PROFISSIONAL

### 1. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO AGENTE DE EXECUÇÃO

CRISTINA NEVES



CENTRO  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS



## 1. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO AGENTE DE EXECUÇÃO<sup>1</sup>

Cristina Neves\*

### Introdução

1. A reforma da acção executiva operada pelo D.L. nº 38/2003 de 12 de Dezembro: que modelo de acção executiva e de agente de execução?
2. As alterações introduzidas pelo D.L. nº 226/2008 de 20 de Novembro
3. O modelo de agente de execução no actual regime processual civil (Lei nº 41/2013 de 26 de Junho)
4. A controvérsia doutrinária e jurisprudencial sobre a imputação da responsabilidade pelos actos ilícitos e danosos do Agente de Execução, no exercício das suas funções
5. Posição adoptada: em defesa da imputação de responsabilidade civil extracontratual ao agente de execução pelos danos causados pela violação culposa dos seus deveres legais

### Conclusão

### Introdução

A criação da figura do Agente de Execução, pela Reforma da Acção Executiva de 2003, não foi nem pacífica, nem compreendida nem aceite pela generalidade dos operadores judiciais, que viam na figura de um agente privado a desempenhar actos materiais e próprios da execução, até então cometidos a funcionários judiciais, uma inadmissível privatização de funções públicas e uma intromissão em actos até então exclusivamente jurisdicionais. Receava-se, ainda, que os poderes cometidos a um privado, nomeado pelo exequente, de efectuar penhoras, proceder à venda de bens, receber quantias pecuniárias e proceder a pagamentos, pusesse em causa as garantias constitucionais de um processo equitativo e justo e que da sua actuação resultasse a violação de direitos das partes, em especial dos executados e de terceiros indevidamente afectados por penhoras indevidas. Receio que o legislador parece ter partilhado porque o colocou, num primeiro momento, na dependência funcional e sob o controlo do juiz do processo.

As sucessivas alterações legislativas, vieram definir as competências e a natureza da actuação do agente de execução, alargando o âmbito da sua competência, acentuando o seu dever de independência e a sua sujeição a deveres legais e estatutários (previstos nos artsº 162 nº3, 168 e 169 do do D.L. 154 de 2015 de 14/09 (EOSAE) e clarificando expressamente que não é nem mandatário, nem representante do exequente. Veio igualmente definir o Agente de Execução, como o profissional liberal, a quem na sua função de auxiliar da justiça, são cometidos poderes públicos para a prática dos actos de execução (artº 162, nº1 do EOSAE). Esta definição do Agente de Execução e o exercício de poderes públicos para a prática destes actos, conduziu à controvérsia doutrinária e jurisprudencial sobre a natureza da sua actuação e consequentemente sobre a imputabilidade da responsabilidade pelos danos causados, no exercício das suas funções: se ao Estado, no âmbito da Lei nº 67/2007 de 31 de Dezembro, se ao próprio Agente

<sup>1</sup> Artigo elaborado e que serviu de base à apresentação efectuada no dia 13/10/22, no âmbito do Seminário de Direito da Responsabilidade Civil, sob o tema “A responsabilidade civil do agente de execução”.

\* Juíza Desembargadora no Tribunal da Relação de Coimbra.

de Execução, nos termos gerais da responsabilidade aquiliana, prevista nos artºs 483 e segs. do C.C.

É questão a que nos propomos dar o nosso contributo, efectuando uma análise dos aspectos funcionais da sua actuação que reputamos relevantes para a definição do responsável civil pelos actos e omissões ilícitos e danosos do agente de Execução, seguindo os critérios plasmados no artº 9 do C.C.: os textos legislativos, a unidade do sistema jurídico, as circunstâncias em que a lei foi elaborada e as condições específicas do tempo em que é aplicada.

### **1. A reforma da acção executiva operada pelo D.L. nº 38/2003 de 12 de Dezembro: que modelo de acção executiva e de agente de execução?**

No âmbito do D.L. nº 329-A/95 de 12 de Dezembro, todos os actos praticados no âmbito do processo executivo eram da competência do respectivo juiz do processo, executados materialmente por funcionários judiciais mas sob a ordem e direcção do magistrado e sujeitos sempre a despacho judicial prévio. Ao juiz incumbia o poder de direcção do processo executivo, à semelhança do disposto para a acção declarativa (artº 265 do CPC).

Este modelo alterou-se radicalmente com a denominada Reforma da Acção Executiva de 2003, operada pelo D.L. nº 38/2003 de 8 de Março, necessária por, como resulta do seu preâmbulo, o legislador ter considerado que existia uma “excessiva jurisdicionalização e rigidez” dos “actos executivos”, os quais obstavam “à satisfação, em prazo razoável, dos direitos do exequente”, constituindo assim verdadeiras denegações de justiça (contrárias ao princípio constitucional constante do artº 20 nº4 da CRP e 6 §1 do CEDH e jurisprudência constante do TEDH).

Nesta medida, com a publicação da Lei nº 23/2002 de 21 de Agosto, ficou o governo autorizado - a par da criação de tribunais ou juízos de execução, com competência específica em matéria de processo executivo - a “criar a figura do solicitador de execução, com competência para, como agente executivo, proceder à realização das diligências incluídas na tramitação do processo executivo que não impliquem a prática de actos materialmente reservados ao juiz nem contendam com o exercício do patrocínio por advogado.” (artº 4 nº1 do referido diploma), estando ainda autorizado, com vista a atingir tal desiderato, a alterar o estatuto da Câmara dos Solicitadores de Execução (artºs 12 e 13 da aludida Lei).

Para o efeito, optou-se por um modelo de **desjudicialização da acção executiva, introduzindo a figura de um Agente de Execução<sup>2</sup>**, cujas funções seriam desempenhadas por um **solicitador, profissional liberal, de natureza privada**, a quem se atribuiu a prática de todos os actos

<sup>2</sup> Aparentemente seguindo o modelo do Huissier de Justice de França (profissional liberal contratado pelo exequente, com poder de direcção do processo, mantendo o juiz a reserva de actos da sua expressa competência), mas como refere RIBEIRO, Virgínio da Costa “O poder geral de controlo na acção executiva”, *Julgar* nº 18, pág 149, “aproxima-se do modelo alemão (cujo agente de execução é um funcionário público), ao ser colocado na dependência funcional do juiz e ao atribuir-se a este o poder geral de controlo do processo e a faculdade de fundamentadamente o destituir”; discorda-se, no entanto, da conclusão retirada por este autor no sentido de que a Reforma de 2003 transformou “um profissional liberal num funcionário público, remunerado pelas partes”. Assim não aconteceu, mantendo este a sua natureza privada.

materiais de execução, com a finalidade de libertar o juiz das tarefas processuais que não envolvessem uma função jurisdicional, e os funcionários judiciais de tarefas a praticar fora do tribunal<sup>3</sup>, mas **sob o poder e direcção do juiz da causa e na sua dependência funcional**. Esta noção de dependência funcional, resulta expressa no preâmbulo do D.L n.º 88/2003, de 26 de Abril (ECS), consignado que este solicitador é um profissional liberal que **“sob fiscalização da Câmara e na dependência funcional do juiz da causa, exerce as competências específicas de agente de execução e as demais funções que lhe forem atribuídas por lei”**.

Para o efeito, alterou-se o respectivo Estatuto (pelo mencionado D.L. n.º 88/2003 de 26 de Abril), no qual se previu a criação de um colégio da especialidade (art.º 67 n.º6 do ECS), sendo obrigatória a inscrição do solicitador de execução em tal colégio (art.ºs 117 a 119 deste Estatuto), acolhendo-se um regime de impedimentos, incompatibilidades (art.ºs 120 e 121 do ECS), escusas e suspeições (art.º 122 do ECS), sujeitos os solicitadores ao poder disciplinar exclusivo dos órgãos da Câmara de Solicitadores (art.º 132 do referido ECS), e impondo ao solicitador de execução a constituição de um seguro de responsabilidade civil profissional de valor não inferior a €100.000,00.

Este solicitador de execução era designado pelo exequente e pago de acordo com tabela pré-fixada (art.º 808 n.º2 do C.P.C.), devendo aceitar a nomeação no próprio requerimento executivo ou no prazo de cinco dias em requerimento avulso, sendo que uma vez aceite, só poderia ser *destituído por decisão do juiz de execução*, nos termos previstos no art.º 808 n.º4 do C.P.C., mas não poderia ser livremente substituído pelo exequente.

No âmbito desta Reforma, as funções cometidas ao solicitador (de execução) consistiam na prática de todas as diligências executivas não reservadas ao juiz ou à secretaria, nomeadamente:

- Realização de citações (art.º 808 e 864 do CPC);
- Consulta do registo informático de execuções e na realização de todas as diligências úteis à identificação e localização de bens penhoráveis (art.º 833 do CPC);
- Efectivação da penhora de bens e sua posse como depositário (art.ºs 838, 848 e 56 do CPC);
- Administração dos bens penhorados, incluindo a consignação de rendimentos (art.º 879 do CPC);
- Decisão sobre as modalidades da venda executiva (art.º 886-A do CPC).

Sempre sob o *controlo e dependência funcional do juiz de execução (art.º 808 n.º1 do C.P.C.)*, que *o poderia destituir do cargo, oficiosamente ou a requerimento do exequente, com fundamento em actuação processual dolosa ou negligente ou em violação grave de dever que lhe seja imposto pelo respectivo estatuto”* (n.º4), remetendo a respectiva participação disciplinar à Câmara de Solicitadores.

<sup>3</sup> Segundo PINTO, Rui, *Manual da Execução e do Despejo*, Coimbra Editora, pág. 84, “*não se tratava apenas de substituir o oficial de justiça por sujeito privado, mas também de substituir o próprio juiz pelo solicitador de execução nos actos executivos.*”, o que não corresponde à realidade, no nosso modesto entender, pois que o juiz mantém as suas funções jurisdicionais, estando cometidos ao Agente de Execução funções que eram desempenhadas os funcionários judiciais e sempre na dependência funcional do Juiz do processo.

Ao juiz reservaram-se actos de natureza jurisdicional, sem prejuízo do *poder geral de controlo do processo* (artº 809, nº1, do C.P.C.):

- Despacho liminar;
- Decisão de questões incidentais de natureza declarativa, como a oposição à execução e à penhora, a verificação e graduação de créditos, a decisão das reclamações de actos do agente de execução ou outras questões suscitadas por este, pelas partes ou por terceiros intervenientes.<sup>4</sup>

Claro que, como pertinentemente assinalou Virgínio Ribeiro<sup>5</sup>, “*ao dizer-se que se atribui aos agentes de execução a iniciativa e a prática dos actos necessários à realização da função executiva (...) para logo de seguida se afirmar que o mesmo ficará na dependência funcional do juiz, atribuindo-se a este o poder geral de controlo do processo*” o legislador cai em contradição manifesta como a prática e os sucessivos litígios entre o Juiz e o Agente de Execução vieram demonstrar.

Contradição que o legislador, pretendeu resolver com o alargamento das funções cometidas ao Agente de Execução e a supressão da dependência funcional do Agente de Execução pelo Juiz do processo.

## 2. As alterações introduzidas pelo D.L. nº 226/2008 de 20 de Novembro

A dependência funcional do Agente de Execução, do Juiz do processo, veio a ser suprimida na Reforma de 2008, operada por via do D.L. nº 226/2008 de 20 de Novembro, com a eliminação das expressões “*sob controlo do juiz*” (artº 808, nº1) e “*Sem prejuízo do poder geral de controlo do processo*” (artº 809, nº1). O efectivo controlo judicial é agora reservado para as situações em que efectivamente exista litígio ou para aquelas em que este controlo judicial se imponha (por estarem em causa direitos e garantias relevantes das partes), quer por via de competências próprias, quer por via de reclamação dos actos (ou omissões) do agente de execução, quer por via de pedido de intervenção suscitado por este ou pelas partes (ou terceiros por eles afectados).

<sup>4</sup> Como então referia LEBRE DE FREITAS, José, “Papel e Estatuto dos Intervenientes no Processo Executivo”, *Lex* 2003, pág. 9, “*a moderada “desjudicialização operada no processo executivo implicou a tipificação das intervenções judiciais, cabendo-lhe (...) o exercício de um poder geral de controlo (difuso) do processo...*”; no entanto este poder de controlo, mesmo no âmbito da Reforma de 2003, assumia-se como um minus em relação ao poder de direcção. Por isso TEIXEIRA DE SOUSA, Miguel, “Aspectos Gerais da Reforma da Acção Executiva”, *Cadernos de Direito Privado*, nº4, 2003, pág. 3 e GOUVEIA, Mariana França, “Poder Geral de Controlo”, *Sub-Judice*, nº 29, 2004, pág.18, entendiam que o juiz, em relação aos actos cometidos ao agente de execução, deveria intervir oficiosamente apenas quando verificasse do exame do processo, a violação da lei. Na prática assim não acontecia, existindo uma certa relutância por parte de alguns juizes de execução em aceitar a prática, por parte do agente de execução, de actos executivos e intervindo oficiosamente na gestão deste processo, na senda aliás do defendido por ABRANTES GERALDES, António Santos, “O Juiz e a Execução”, *Revista Themis*, 2004, nº9, pág.29, segundo o qual ao juiz é “*permitido avocar o processo e solicitar qualquer informação ou esclarecimento sobre o modo de procedimento que foi ou deveria ter sido adoptado.*”

<sup>5</sup> RIBEIRO, Virgínio da Costa. “O poder geral de controlo...”, *ob. cit.*, *Julg* nº 18, pág. 149.

Ao agente de execução (profissional liberal que, nos termos dos artºs 99 e 117 do ECS poderia agora ser advogado) cabe, nos termos previstos no artº 808 nº1 do CPC, “*efectuar todas as diligências de execução, incluindo, nos termos de portaria do membro do Governo responsável pela área da justiça, as citações, notificações e publicações*”, mas no uso de competências próprias e sem sujeição ao poder de controlo e direcção do juiz do processo, conforme previsto para a acção declarativa pelo artº 265 do CPC<sup>6</sup>.

O reforço do papel do agente de execução resulta ainda do teor do nº 6 do artº 808 do CPC, que prevê a sua substituição pelo exequente (sem controlo ou intervenção judicial) e a sua destituição, não já pelo juiz da causa, mas pelo órgão com competência disciplinar (a então Comissão para a Eficácia das Execuções, CPEE, nos termos previstos pelos artºs 69-B e 69-C do ECS). Este poder de livre substituição pelo exequente, introduzido pela Reforma de 2008, foi submetido a apreciação do Tribunal Constitucional, com o fundamento de que o poder de livre substituição do agente de execução pelo exequente punha em causa o princípio da independência e da imparcialidade dos tribunais (artº 202 e 203 da Constituição) e, por outro lado, resultarem violadas as garantias de livre acesso ao direito e à tutela jurisdicional efetiva, o que implica o direito de acesso a um órgão independente e imparcial de resolução de conflitos e de administração da justiça.

As conclusões a que o Tribunal Constitucional chegou no seu Acórdão nº 199/2012, constituem um importante contributo para a compreensão da natureza deste Agente de Execução.

Considerou este acórdão que o agente de execução não exerce nem participa na função jurisdicional, e não integra o “tribunal” enquanto órgão de soberania, sendo-lhe inaplicável o acervo de garantias que vinculam a função jurisdicional. E que “*sendo certo que o solicitador de execução exerce funções próprias de oficial público, a verdade é que as exerce episodicamente e como profissional liberal.*” e que a este está reservada uma outra função: a de tornar efetivo o crédito do exequente. Mais considera que “*esse poder de destituição livre do solicitador de execução aproxima-o de uma relação de direito privado de mandato; a introdução da possibilidade de destituição livre do agente de execução pelo exequente veio, afinal, impor a este órgão do processo executivo que atue em sintonia com o interesse do exequente, o que nada tem de constitucionalmente reprovável, tanto mais que, como consequência do seu carácter de profissional liberal, a remuneração que o agente de execução auferir é aquela que respeitar os serviços prestados.*”

Por outro lado, eliminou-se o poder do Juiz de destituir o Agente de Execução, poder agora cometido a um órgão com competência disciplinar (a então Comissão para a Eficácia das Execuções, CPEE, nos termos previstos pelos artºs 69-B e 69-C do ECS), acentuando a sua vertente de profissional liberal, sujeito a deveres legais e estatutários. Para o efeito, procedeu-se à alteração do artigo 116.º do Estatuto da Câmara dos Solicitadores, onde se dispunha que o solicitador actua na dependência funcional do juiz de execução, passando a actuação do agente

<sup>6</sup> Inaplicável à acção executiva, pois que não é este preceito compatível com a repartição de competências entre o juiz de execução e o agente de execução; a ser aplicável, não faria sentido a inserção na Reforma de 2003, de disposição que atribuía expressamente o poder de direcção e de controlo ao juiz do processo.

de execução a ser feita exclusivamente sob fiscalização da Comissão para a Eficácia das Execuções.

### 3. O modelo de agente de execução no actual regime processual civil (introduzido pela Lei nº 41/2013 de 26 de Junho).

A Lei 41/2013 de 26 de Junho, manteve “o figurino introduzido pela Reforma de 2003, assente na figura do agente de execução”, nela se pretendendo uma “clara repartição de competências entre o juiz, a secretaria e o agente de execução, estabelecendo-se que a este cabe efetuar todas as diligências do processo executivo que não estejam atribuídas à secretaria ou sejam da competência do juiz” fazendo “depende de decisão judicial os actos conexos com o princípio da reserva de juiz ou suscetíveis de afetar direitos fundamentais das partes ou de terceiros.”<sup>7</sup> O uso da expressão “repartição de competências” entre o juiz e o agente de execução, anunciada no preâmbulo deste diploma e concretizada nos arts 719 e 720 do CPC, não é inócuo, como não o é a redacção do artº 551, do CPC (anterior artº 466) com a introdução de um nº5 que prevê que “O processo de execução corre em tribunal quando seja requerida ou decorra da lei a prática de ato da competência da secretaria ou do juiz e até à prática do mesmo.” Isto porque o Agente de Execução no âmbito deste diploma, na execução dos actos materiais que lhe estão cometidos, actua por intermédio da sua própria estrutura operacional, suportando os respectivos custos e sendo remunerado pela sua actuação (cfr. artº 50 nºs 5 a 11 da Portaria n.º 282/2013 de 29/08).

Assim, ao agente de execução, no âmbito deste diploma e à semelhança do que já ocorria, incumbe a realização de “citações, notificações, publicações, consulta de bases de dados, penhoras ou seus registos” (artº 719 do N.C.P.C.), a extinção da execução (prevendo-se no artº 849, nº3 do C.P.C. que a extinção da execução é comunicada por via eletrónica ao tribunal), as diligências de venda e pagamentos, podendo inclusive, “sob sua responsabilidade e supervisão, promover a realização de quaisquer diligências materiais do processo executivo que não impliquem a apreensão material de bens, a venda ou o pagamento, por empregado ao seu serviço, devidamente credenciado pela entidade com competência para tal nos termos da lei.”

Ao juiz cabem as competências jurisdicionais previstas no artº 723 do C.P.C., “intervindo em caso de litígio surgido na pendência de execução (actual art. 723, nº1, al. b), e de controlo, proferindo nalguns casos despacho liminar (controlo prévio aos actos executivos: actuais arts. 723, nº 1, al. a) e 726) e intervindo para resolver dúvidas (actual art. 723, nº 1, al. d), garantir a protecção de direitos fundamentais ou matéria sigilosa (atuais arts 738, nº6, 749, nº7, 757, 764, nº4, 767, nº1) ou assegurar os fins da execução (atuais arts. 759, 773, nº6, 782, nºs 2, 3 e 4, 814, nº1, 820, nº1, 829 nºs 1 e 2, , 833, nº2), mas deixou de ter a seu cargo a promoção das diligências executivas, não lhe cabendo, nomeadamente, em regra (...) ordenar a penhora, a venda ou o pagamento, ou extinguir a instância executiva.”<sup>8</sup>

<sup>7</sup>Cfr. exposição de motivos constante da Proposta de Lei nº 113/XII, que deu origem a este diploma legal.

<sup>8</sup> LEBRE DE FREITAS, José, *Ação Executiva à Luz do Código de Processo Civil de 2013*, 6ª edição, pág. 30/31.

O D.L. 154/2015 de 14/09 (Estatuto da Ordem dos Solicitadores e dos Agentes de Execução, doravante EOSAE), veio ainda definir no seu artº 162 o Agente de Execução como *“o auxiliar da justiça que, na prossecução do interesse público, exerce poderes de autoridade pública no cumprimento das diligências que realiza nos processos de execução (...) ou em atos de natureza similar que, ainda que não tenham natureza judicial, a estes podem ser equiparados ou ser dos mesmos instrutórios.”*

Mais se prevê que no exercício das suas funções pode *“delegar noutro agente de execução ou em sociedade de agentes de execução a competência para a prática de todos ou determinados atos num processo, comunicando prontamente tal facto à parte que o designou”*, estando vinculado aos deveres deontológicos previstos no artº 168 e 169 do EOSAE e sujeito ao regime de impedimentos e suspeições previstos nos seus artºs 162 e 163<sup>9</sup>, além de sujeito ainda ao poder disciplinar da sua ordem profissional e da Comissão para o Acompanhamento dos Oficiais de Justiça (CAAJ).

Veio ainda, consignar-se expressamente que Agente de Execução não é mandatário de qualquer das partes nem as representa.

Mantém-se no âmbito deste Diploma a obrigação de celebrar e manter um seguro de responsabilidade civil profissional tendo em conta a natureza e âmbito dos riscos inerentes à sua atividade, por um capital de montante não inferior ao legal e regulamentarmente fixado (artº 15 do Regulamento 202/2015 de 22 de Abril (Código Deontológico dos Solicitadores e Agentes de Execução)).

Assegurada ainda a indemnização dos lesados por um Fundo de Garantia instituído pelo Regulamento nº 172/2014 de 23/04 que no seu artº 1, explicita que o *“fundo de garantia dos agentes de execução é o património autónomo, solidariamente responsável, nos termos do n.º 4 do artigo 125.º do Estatuto da Câmara dos Solicitadores (ECS), pelas obrigações do agente de execução, perante determinadas entidades, resultantes do exercício da sua atividade se houver falta de provisão em qualquer das suas contas-clientes ou irregularidade na respetiva movimentação, respondendo até ao valor máximo de (euro) 100 000.”*

Criou-se por via destes diplomas, um processo executivo desjudicializado, em que os actos materiais de execução não compreendidos na função jurisdicional são cometidos a um agente privado e profissional liberal, reservando-se a intervenção do magistrado judicial para os actos jurisdicionais ou quando solicitado, carecendo este de competência material para praticar oficiosamente actos da competência do agente de execução ou sindicá-los, oficiosamente, a legalidade dos actos por este praticados.<sup>10</sup>

São estas vertentes da sua actividade de organização profissional relevantes, tendo em conta que do exercício da sua actividade podem resultar danos na esfera jurídica das partes e de terceiros, cuja indemnização e necessária imputação do responsável civil, suscita a questão da

<sup>9</sup> Podendo no entanto, exercer outra actividade profissional, desde que não incompatível com o regime de impedimentos e incompatibilidades previstos no ECS.

<sup>10</sup> Ac. do TRC de 27/06/17, proc. nº 522/05.7TBAGN.C1.

natureza da função atribuída ao Agente de Execução, se pública, se prevalecendo a vertente privada. Em suma, se por tais actos e suas consequências, responde o Estado (no âmbito do D.L. 67/2007 de 31/12 (alterado pela Lei 31/2008 de 17/07), sendo para o efeito competentes os tribunais administrativos (por via do disposto no artº 4 nº1 g) e h) do ETAF) ou se, pelo contrário, responde o agente de execução, no regime privatístico, integrando-se a sua responsabilidade no âmbito do disposto no artº 483 do C.P.C.

A conclusão a retirar depende, naturalmente, de se considerar o agente de execução como agente público que na sua função de auxiliar dos tribunais e da justiça está munido de *ius imperii* e portanto se integra no âmbito dos agentes administrativos ou, pelo contrário, de se considerar que, apesar da atribuição de competências no âmbito executivo, prevalece a vertente privada e de profissional liberal do agente de execução, sendo neste caso, a sua responsabilidade enquadrada no regime geral da responsabilidade civil aquiliana.

É questão que tem suscitado ampla controvérsia na jurisprudência e na doutrina, embora esta última se incline maioritariamente para a tese que integra o agente de execução no âmbito dos agentes públicos do Estado, por cujos actos e omissões que causem danos na esfera jurídica de terceiros, responde o Estado.

#### **4. A controvérsia doutrinária e jurisprudencial sobre a imputação da responsabilidade pelos actos ilícitos e danosos do Agente de Execução, no exercício das suas funções.**

No sentido de que os actos elícitos e danosos praticados pelo Agente de Execução, convocam a responsabilidade do Estado, nos termos previstos pela Lei nº 67/2007 de 31 de Dezembro, **LEBRE DE FREITAS**<sup>11</sup> vem defender que *“...o agente de execução é um misto de profissional liberal e de funcionário público, cujo estatuto de auxiliar da justiça implica a detenção de poderes de autoridade no processo executivo. Não impede a responsabilidade do Estado pelos actos ilícitos que o agente de execução pratique no exercício da função, nos termos gerais da responsabilidade do Estado, pelos actos dos seus funcionários e agentes, decorrente da Lei 67/2007, de 31 de dezembro.”*

Posição perfilhada igualmente por **TEIXEIRA DE SOUSA**<sup>12</sup>, para quem *“O Agente de Execução exerce “poderes de soberania” através de uma delegação do Estado. O Estado continua a ser o titular desses poderes soberanos, mas delega o seu exercício no agente de execução; por isso mesmo a competência do agente de execução não é própria mas alheia. (...)”*. Nestes termos, dado que *“o Agente de Execução é um órgão da execução e exerce prerrogativas de poder público, o Estado é responsável pelas acções ou omissões daquele agente. (art. 534º, nº 3; art. 1º, nº1 e 2, RRCE)”* e por **RUI PINTO**<sup>13</sup>, para quem *“(...) na acção executiva, o agente de execução*

<sup>11</sup> **LEBRE DE FREITAS, José**, *A Acção Executiva, À Luz do Código de Processo Civil de 2013*, 7ª ed./reimpressão 2022, GestLegal, págs. 37, 38.

<sup>12</sup> **CASTRO MENDES, João, TEIXEIRA DE SOUSA, Miguel**, *Manual de Processo Civil, Vol. II*, 2022, AAFDL, págs. 463 e 468.

<sup>13</sup> **PINTO, Rui**, *A Acção Executiva*, reimpressão, 2020, AAFDL, págs. 125 126. No mesmo sentido vai a posição de **MINEIRO, Pedro Edgar**, *A Responsabilidade Civil pelo Exercício da Função de Agente de Execução*, Almedina, págs.108 e segs.



*aparece como um oficial público que é auxiliar da justiça (...) exercendo jus imperii em nome do Estado, seja na direcção do processo, seja na realização de actos materiais de realização coactiva da prestação. (...) negada a “relação” de mandato com o exequente, sobressai a sua natureza de auxiliar da justiça que na prossecução do interesse público, exerce poderes de autoridade pública. Portanto, o agente de execução exerce poderes do Estado, ergo necessariamente actua por conta e em nome do Estado. O agente de execução integra pois, a administração da justiça, a par de juizes, tribunais, ministério público (...) o Estado pode ser responsabilizado pelas atuações dolosas ou negligentes do agente de execução...” (artº 12 da Lei 67/2007 de 31 de Dezembro.)*

Já para **EDUARDO PAIVA e HELENA CABRITA**<sup>14</sup> “A reforma ora introduzida pelo Decreto Lei nº 226/2008 de 20 de Novembro, (...) dá mais um passo no sentido de privatizar a acção executiva, conferindo maiores competências ao agente de execução” caracterizando-se o sistema executivo português por “um sistema misto ou híbrido, com componentes deste mescladas por componentes do sistema privado”, configurando-se assim a actuação do Agente de Execução no campo privado, embora com funções de autoridade, conferidas pelo seu papel de auxiliar da justiça.

Neste âmbito, o Agente de Execução, como assinala **BARATA FIGUEIRA**<sup>15</sup>, “está sujeito a responsabilidade civil, nos termos gerais, por facto que lhe seja imputável - cfr. p.ex. artº. 864º, nº10.”

No mesmo sentido refere **TOMÉ GOMES**,<sup>16</sup> que “Relativamente à responsabilidade civil por danos emergentes do exercício das funções do solicitador de execução” nada se prevendo há que “recorrer aos meios de tutela comuns, tendo em linha de conta que se trata do exercício de uma profissão liberal independente, mas pautada por deveres estatutários específicos, aliás, postulados pela natureza pública da função da administração da justiça em que se inscrevem.”

Na jurisprudência **pronunciando-se igualmente pela responsabilidade civil do estado pelos actos ilícitos e danosos do Agente de Execução** com o fundamento de que a sua função de auxiliar da justiça, implica a responsabilidade civil do Estado, pelos actos ilícitos cometidos no exercício dessas funções, pronunciaram-se o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 25-10-2010, proferido no proc. nº 2798/07.6TBSTS (relator Soares de Oliveira)<sup>17</sup> e o Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 25-10-2012, proferido no proc. 294/10.3TBVCT.G1 (relator Amílcar Andrade)<sup>18</sup> e, de forma mais impressiva, o Acórdão do

<sup>14</sup> **PAIVA, Eduardo e CABRITA, Helena** O Processo Executivo e o Agente de Execução - A Tramitação da Acção Executiva Face às Alterações Introduzidas Pelo Decreto-Lei n.º 226/2008, de 20 de Novembro, pág. 13 e 14.

<sup>15</sup> **BARATA FIGUEIRA**, “O solicitador de execução. O agente de execução”, em *Maia Jurídica*, ano I, n.º 2, pág. 107.

<sup>16</sup> **GOMES, Manuel Tomé Soares** “Balanço da reforma da acção executiva”, em *Sub Judice*, n.º 29º, pág. 32.

<sup>17</sup> Conforme resulta do respectivo sumário: “O Solicitador de Execução é um auxiliar da justiça, pelo que os actos ilícitos cometidos na respectiva actuação implicam a responsabilidade civil do Estado”.

<sup>18</sup> Conforme resulta do respectivo sumário: “1.O Solicitador de Execução é um auxiliar da justiça. 2. Os actos ilícitos cometidos na respectiva actuação implicam a responsabilidade civil do Estado.”

Tribunal Central Administrativo Sul de 26/11/2015, proferido no proc. nº 12257/15 (relator Paulo Pereira Gouveia) de cujo sumário podemos retirar o seguinte:

*I – A função administrativa é a atividade pública (pois prossegue o bem comum, o interesse público) de um sistema de órgãos que se identifica por deter a faculdade de, com base nas leis e sob o controlo dos tribunais competentes, estabelecer normas jurídicas infralegais ou tomar decisões, em termos obrigatórios para os respetivos destinatários, estando-lhe confiado o uso legítimo da força pública, a fim de assegurar a execução quer das suas próprias normas ou decisões, quer das dos outros poderes do Estado (leis e sentenças).*

*II – O agente de execução é uma pessoa que, como decorre do art. 162º do Estatuto aprovado pela Lei nº 154/2015 e de quase todas as referidas normas do NCPC, age como um oficial público, com amplos e fortes poderes de autoridade e confiança públicas, sem ser em representação das partes do processo. Ele representa efetivamente o interesse público da realização da justiça pública (nomeadamente o decisivo cumprimento das sentenças).*

*III – A lei estatutária (art. 162º cit.) diz-nos expressamente que o agente de execução não representa as partes, o que significa ou confirma que ele representa o interesse público na boa execução de sentenças e de outros títulos executivos, bem como na correta citação das pessoas.*

*IV – Aquilo que o agente de execução faz hoje cabia a outros oficiais públicos antes de 2004 com alguns poderes de autoridade, embora esses poderes fossem menores do que aqueles que hoje o agente de execução detém por direta disposição legal.*

*V – Não é acertado dizer-se que o recrutamento, a nomeação, a inspeção e a ação disciplinar são da competência de uma entidade que não integra a Administração, porque, como sabemos, todas as ordens profissionais integram a Administração autónoma do Estado, são associações públicas, estando sujeitas a tutela governamental.*

*VI – Assim sendo, i.e., como atividade não regulada pelo Direito privado, mas sim pelo Direito administrativo (geral e judiciário), donde resultam amplos poderes de autoridade para a prossecução de um interesse público, as ações de indemnização pelos danos causados nessa e por causa dessa atividade cabem na competência jurisdicional dos tribunais administrativos, ao abrigo do art. 4º/1/i) do ETAF/2002 e do art. 1º/5 do RRCEE/2007.”*

Em anotação a este acórdão, RICARDO PEDRO<sup>19</sup>, defende a responsabilidade do Estado pelos actos danosos cometidos pelo Agente de Execução no exercício das suas funções, embora a título subsidiário por considerar ser *“um privado no exercício de funções de administração da justiça. (...) É no contexto acima referido — em que o agente de execução se sujeita a um vínculo misto, de direito público e de direito privado — que deve ser pensada a responsabilidade civil do agente de execução. Ao que acresce que toda a actuação do agente de execução resulta do*

<sup>19</sup> PEDRO, Ricardo “Responsabilidade civil por danos causados pelo agente de execução: qual a jurisdição competente?” *Cadernos de Justiça Administrativa*, Braga, n.118 (Jul-Ago. 2016), p.35-47.

*equilíbrio entre a prossecução dos interesses do exequente e o interesse público da administração da justiça e em que deve ser assegurado o cumprimento do direito à tutela jurisdicional efectiva.”*

Invoca ainda em apoio desta posição o elemento teleológico e sistemático (pela consideração do art. 1.º n. 3 e 5, do Regime Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas (RCEE)<sup>20</sup> considerando que o *“direito positivo não ficou alheio à necessidade de resposta do dever de reparar os danos resultantes da actuação funcional do agente de execução, prevendo-se uma norma geral, no art. 534. n.º3, do NCPC, que dispõe que “[o] funcionário ou agente de execução que der causa à anulação de atos do processo responde pelo prejuízo que resulte da anulação, nos termos fixados pelo regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado”.*

Neste sentido considera que o título de imputação de responsabilidade civil pelos actos danosos do Agente de Execução, *“não será já a ilicitude (simples ou culposa), mas o mau funcionamento, enquanto título de imputação autónomo e privativo da administração da justiça e que assenta em standards de funcionamento capazes de captar a falta de tutela jurisdicional efectiva do caso concreto”* pelo que a *“responsabilidade civil pelo mau funcionamento da justiça (que inclui a actividade danosa do agente de execução) deve considerar-se completa pelo preenchimento dos seguintes pressupostos:*

- (i) mau funcionamento,*
- (ii) danos e*
- (iii) nexos de causalidade.”*

Questiona ainda se deve *“perguntar-se ainda se o Estado pode assumir alguma responsabilidade civil pelo comportamento funcional danoso do agente de execução. As duas respostas mais imediatas e radicais desdobrar-se-iam, por um lado, numa resposta positiva, surgindo o Estado como responsável solidário com o agente de execução (Estado como segurador universal) e, por outro lado, numa resposta negativa, respondendo apenas o agente de execução (ficando os lesados apenas com a garantia oferecida pelo património do agente de execução). A dimensão funcional e estatutária do agente de execução reguladora do exercício de funções de administração da justiça, por um lado, e a titularidade originária pelo Estado da função de administração da Justiça, por outro, põem uma responsabilidade de garantia do Estado (pelo regular funcionamento da administração da justiça), que leva a superar a lógica radical das respostas (negativa e positiva) referidas, reivindicando uma responsabilidade civil subsidiária do Estado pela actuação funcional danosa do agente de execução.”*

<sup>20</sup> Que dispõe o seguinte: *“3 - Sem prejuízo do disposto em lei especial, a presente lei regula também a responsabilidade civil dos titulares de órgãos, funcionários e agentes públicos por danos decorrentes de acções ou omissões adoptadas no exercício das funções administrativa e jurisdicional e por causa desse exercício. (...)*

*5 - As disposições que, na presente lei, regulam a responsabilidade das pessoas colectivas de direito público, bem como dos titulares dos seus órgãos, funcionários e agentes, por danos decorrentes do exercício da função administrativa, são também aplicáveis à responsabilidade civil de pessoas colectivas de direito privado e respectivos trabalhadores, titulares de órgãos sociais, representantes legais ou auxiliares, por acções ou omissões que adoptem no exercício de prerrogativas de poder público ou que sejam reguladas por disposições ou princípios de direito administrativo.”*

Nesta medida *“a responsabilidade civil subsidiária do Estado pelos danos causados pelo agente de execução apenas deve ter lugar no caso de inexistência de património do agente de execução (incluindo a garantia oferecida pelo contrato de seguro) e gozando o Estado de direito de regresso.*

Conclui que *“a actividade do agente de execução logo que tenha a causar danos se deve qualificar como mau funcionamento e nunca como erro Judiciário (desde logo porque não lhe incumbe o exercício da função de julgar – exclusiva do juiz), – o quadro legal apenas exclui da jurisdição administrativa o erro judiciário (não administrativo) e respectivas acções de regresso, – o RRCEE estende o regime da responsabilidade extracontratual pública aos privados no exercício de funções públicas (inclusive, de acordo com o NCPC, funções de administração da justiça), e o ETAF inclui na jurisdição administrativa as questões relativas à apreciação de responsabilidade civil extra contratual de privados no exercício de funções públicas, dúvidas não podem existir (e outros desenvolvimentos são escusados) que a jurisdição competente para a apreciação de litígios que tenham por objecto questões relativas a danos resultantes da actividade funcional do agente de execução – isto é, por mau funcionamento da administração da justiça – é a jurisdição administrativa.”*

Defendendo a imputação de responsabilidade ao Agente de Execução, de acordo com o regime da responsabilidade aquiliana, prevista no artº 483 do C.C., por na sua actuação sobrelevar a sua natureza privada, embora actuando como auxiliar da justiça no exercício das funções que lhe estão cometidas no âmbito do processo executivo, pronunciou-se a grande maioria da jurisprudência.

**Neste sentido:**

- **Ac. do STJ de 06/07/2011, processo nº 85/08.1TJLSB.L1.S1 (relator Fonseca Ramos):**

*“ – A partir dos elementos essenciais de caracterização orgânica e funcional da figura do solicitador de execução, no contexto da Reforma da acção executiva de 2003, mormente o dever ser exercida por solicitadores profissionais liberais supervisionados pela Câmara de Solicitadores perante quem respondem disciplinarmente por actos cometidos no processo, e não perante o Juiz, o não serem, senão excepcionalmente, designados pelo Tribunal, o facto de apesar de intervirem em processos executivos agindo com latos poderes, na perspectiva da desjudicialização do processo, e actuarem em nome próprio, ainda que possam ser destituídos pelo Juiz mas só com justa causa, faz com que a componente, diríamos, privada da sua nomeação e o modo e responsabilidade da sua actuação, sobreleve a vertente da actuação paradministrativa, não devendo considerar-se que a sua actuação é a de um funcionário judicial, auxiliar ou comitado do Tribunal.”*

- **Ac. do STJ de 11/04/2013, proferido no proc. nº 5548/09.9TVLSNB.L1.S1 (relator Abrantes Geraldes):**

*“1. Embora as atribuições do agente de execução não se circunscrevam às que são típicas de uma profissão liberal, envolvendo também actos próprios de oficial público, para efeitos de*

*responsabilidade civil emergem os aspectos de ordem privatística que resultam, nomeadamente, da forma de designação, do grau de autonomia perante o juiz, do regime de honorários, das regras de substituição e de destituição, da obrigatoriedade de seguro ou do facto de o recrutamento, a nomeação, a inspecção e a acção disciplinar serem da competência de uma entidade que não integra a Administração.*

*2. A responsabilidade civil que aos agentes de execução for imputada, no âmbito do exercício da sua actividade, obedece ao regime geral, e não ao regime da responsabilidade civil do Estado e demais entidades públicas (...).*

*3. Assim acontece com a responsabilidade decorrente da realização indevida de uma penhora, numa ocasião em que a execução se encontrava suspensa por decisão judicial, nos termos do art. 818º, nº 1, do CPC, depois de o executado, que deduzira oposição, ter prestado caução.”*

Fundamenta este Acórdão a sua posição elencando os seguintes aspectos:

*“a) O agente de execução pode delegar a prática de actos processuais noutros agentes, nas circunstâncias previstas no art. 808º, n.º 8, sendo que uma tal delegação é feita, segundo a lei, “sob a sua responsabilidade”;*

*b) O agente de execução pode ter ao seu serviço funcionários a quem, “sob sua responsabilidade”, encarregue da prática de certos actos (art. 808º, n.º 10), responsabilidade que também está expressamente prevista para os casos em que o agente de execução utilize colaboradores na administração dos bens penhorados, nos termos do art. 843º, n.º 3, ou para realização de citações (art. 239º, n.º 6);*

*c) No art. 864º, n.º 1, in fine, está expressamente prevista para a falta de citação de credores privilegiados a responsabilidade do agente de execução “nos termos gerais”, o que nos remete obviamente para o regime geral da responsabilidade extracontratual;*

*d) As circunstâncias anteriores e outras que demandam a responsabilidade directa e imediata do agente de execução justificam a previsão da obrigatoriedade de celebração de contrato de seguro de responsabilidade civil profissional (art. 123º, n.º 1, al. n), do ECS), medida destinada a garantir efectivamente a tutela de terceiros que sejam lesados pela prática de factos ilícitos;*

*e) Semelhante objectivo é prosseguido pelo Fundo de Garantia (art. 127º-A do ECS) destinado a proteger os interessados contra a dissipação das quantias que tenham sido depositadas à ordem do agente de execução;*

*f) Dos actos praticados pelo solicitador é legítimo reclamar para o juiz, assim como pode o interessado deduzir a competente impugnação perante o juiz (art. 809º, n.º 1, al. c)), mecanismos processuais que, por um lado, visam impedir a consumação de danos e, por outro, permitem que a actuação do agente de execução acabe por ser respaldada numa decisão judicial, a partir da qual a questão da eventual indemnização por danos causados passa a estar ao abrigo do regime específico ligado à prática de actos judiciais.”*

A estes elementos funcionais acrescem elementos retirados de situações paralelas de atribuição de competências públicas a agentes privados como “solicitadores ou aos advogados de atestarem o reconhecimento de assinaturas e a conformidade de cópias de documentos, nos termos que estão previstos no Dec. Lei n.º 28/00, de 13-3, reforçado pelo Dec. Lei n.º 237/01, de 30-8, actos anteriormente cometidos ao Cartórios Notariais (...) administrador de insolvência”

cuja actividade “envolve um elevado grau de intervenção na administração e na liquidação do património dos insolventes, podendo envolver, além do mais, a representação do insolvente, a gestão de empresas ou de estabelecimentos, a verificação do passivo, a liquidação de todo o património, a venda de bens, a efectivação de pagamentos, etc.”

• **Acórdão do TRC de 16/04/2013, proc. nº 397/11.7T2AND.C1 (relator Alberto Ruço)**

“1. Por não haver qualquer vínculo relevante entre o Estado e o solicitador de execução que projecte sobre o primeiro as consequências danosas dos actos deste último, o Estado não pode ser responsabilizado por actos danosos cometidos pelo solicitador de execução no exercício das suas funções (conclusão que se harmoniza com o disposto no n.º 1, do artigo 7.º da Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro).

2. Para efeitos de responsabilidade civil extracontratual do Estado (Lei nº 67/2007 de 31/12), os actos praticados pelo solicitador de execução não são qualificáveis como efectuados no âmbito da função administrativa do Estado, ficando, por isso, a sua apreciação excluída da jurisdição administrativa prevista no nº1 do art.1º do ETAF (aprovado pela Lei nº 13/2002 de 19/2 ).

Considerou-se neste acórdão necessário para estarmos perante uma relação jurídica administrativa que “um dos sujeitos há-se ser uma entidade pública ou se for privada deve actuar legalmente, no caso, como se fosse pública e, por outro, os direitos e deveres que constituem a relação hão-de emergir de normas legais de direito administrativo.” Sendo ainda necessário para que possa actuar a “responsabilidade por actos de outrem que o responsabilizado tenha algum vínculo jurídico, contratual ou legal, com o causador dos danos” que neste caso não existe, pois que o Agente de Execução, “não é funcionário do Estado, não recebe ordens ou instruções do Estado, não é remunerado pelo Estado, nem está sujeito ao poder disciplinar do Estado e o o Estado não é responsável pela nomeação do solicitador em cada processo executivo, dado que este é escolhido pelo exequente.”

• **Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 06/04/2017, proc. nº 69/15.3T8ALR-A.E1 (relatora Isabel Imaginário)**

“1 - O Estado não é responsável pelos danos decorrentes da conduta ilícita desenvolvida pelos solicitadores ou agentes de execução, no exercício das suas funções e por causa delas – cfr. art.º 7.º da Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro.

2 - Os solicitadores ou agentes de execução não resultam subordinados ao regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado nem à competência da jurisdição administrativa.”

• **Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 16/11/2017, proc. nº 12597-15.6T8LSB.L1-6, (relatora Cristina Neves)**

1 – A reforma introduzida pelo Decreto-Lei 38/2003 de 08/03, colocando no cerne a figura do solicitador de execução, visou a desjudicialização do processo executivo, conferindo aos

*agentes da execução, em ligação aos tribunais, um conjunto de funções e competências que pertenciam originariamente a estes.*

*II – O agente de execução é um profissional, sujeito a formação própria, bem como a um estatuto deontológico e disciplinar específico, a quem são atribuídos poderes públicos no âmbito da acção executiva, mas prevalecendo no seu estatuto a vertente liberal, não existindo responsabilidade objectiva por actos do solicitador/agente de execução, que responsabilizem o Estado, nem cabendo estes actos no regime previsto na Lei nº 67/2007, de 31 de Dezembro de 2007.*

*III – O agente de execução actua no campo privatístico, sendo a sua responsabilidade, responsabilidade civil extra-contratual por actos ilícitos, aplicando-se as normas constantes dos artºs 483 e segs. do C.P.C., incumbindo ao lesado o ónus de prova dos respectivos pressupostos.*

Pronunciando-se ainda pela responsabilidade do Agente de Execução, embora sem tomar expressa posição quanto à integração dos actos ilícitos cometidos no exercício das suas funções, no âmbito da responsabilidade civil extra-contratual do estado no na responsabilidade geral aquilina, o **Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 09/07/2015, proc. nº 2742/13.1TBFUN.L1-2 (relator Esaguy Martins), considerando que:**

*I – Independentemente da recondução da responsabilidade do agente de execução à área privatística ou da preferência pela aplicação do regime da responsabilidade do Estado pelos atos daqueles em que delega os seus poderes de autoridade, em nenhuma dessas abordagens será de excluir a situação de pluralidade de autores do ato ilícito em que se resolve a penhora de bens de executados que não figuram como obrigados no título executivo, mas contra quem a execução foi também instaurada, com indicação para penhora, no requerimento executivo, de bens desses executados.*

*II – Tal pluralidade, e verificada a culpa de ambos os agentes implica a responsabilidade solidária pelos danos ocasionados aos executados respetivos.*

*III – A vergonha, vexame, humilhação, grande ansiedade, tristeza, amargura angustia e desespero com a situação dos executados que ficaram impossibilitados de fazer face às suas despesas mínimas de subsistência, tendo que pedir dinheiro emprestado a familiares e amigos, ninguém acreditando terem os AA. sido alvo de penhora de todas as contas bancárias, com remoção de todos os valores, se não fossem devedores, não traduzem simples incómodos, contrariedades e preocupações.”*

**• Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 11/05/2020, proc. nº 1421/12.1T2AVR.P1 (relator Mendes Coelho)**

*I – A prática de alguma conduta pelo agente de execução no âmbito do processo executivo, por acção ou omissão, pela qual seja susceptível de ser responsabilizado, cai no âmbito do regime geral da responsabilidade civil;*

*II – A demora ou protelação injustificada no tempo de prática de actos processuais que só à agente de execução competiam, que, pelo tempo da sua duração, vem a ocasionar a não adjudicação à exequente de bem imóvel dentro de período temporal perfeitamente expectável e adequado e vem a possibilitar que, por causa de tal demora e durante a mesma, ocorra declaração de insolvência de co-executado que acaba por frustrar aquela adjudicação e com isso*

*impedir a satisfação do crédito exequendo no montante correspondente ao preço da adjudicação, faz incorrer tal agente de execução em responsabilidade civil para com a exequente.”*

• **Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 29/09/2021 proc. nº 2462/20.0T8MTS-A.P1 (relatora Lina Baptista)**

*“I – Tendo o Autor intentado acção indemnizatória contra Agente de Execução alegando ser arrendatário de uma fracção autónoma e esta ter promovido a venda de tal imóvel no âmbito de uma acção executiva sem cumprir as disposições legais, estamos perante uma causa de pedir alicerçada em responsabilidade extra-contratual, em que se identifica como autor do acto voluntário ilícito, culposo e causados de danos exclusivamente a Ré.*

*(...)*

*II – (...) o Agente de Execução é um profissional liberal que se limita a exercer algumas funções públicas no processo executivo sob controlo judicial. Assim sendo, a eventual responsabilidade civil do Agente de Execução é uma mera responsabilidade extra-contratual por factos ilícitos, nos termos constantes dos art.ºs 483.º e ss. do Código Civil”*

Os Tribunais administrativos, vieram igualmente pronunciar-se sobre natureza da actuação do Agente de Execução e a conseqüente imputação de responsabilidade.

Assim o Supremo Tribunal Administrativo, veio decidir no seu **Acórdão de 01/02/2018, proferido no proc. nº 018/17 (relatora Teresa de Sousa), a respeito de um conflito de competência**

*“I - No domínio da vigência do Estatuto da Câmara dos Solicitadores aprovado pelo DL nº 88/2003 de 26/4, alterado pela Lei nº 49/2004 de 24/8 e Lei nº 14/2006 de 26/4 e pelo DL nº 226/2008 de 20/11, a responsabilidade civil extracontratual que aos Agentes de Execução for imputada no exercício das respectivas funções profissionais e por causa delas obedece ao regime geral da responsabilidade por factos ilícitos previsto no art. 483º e seguintes do Código Civil, e não ao regime de responsabilidade civil do Estado e demais entidades públicas previsto na Lei nº 67/2007, de 31/12.*

*II - A competência dos tribunais comuns é residual, uma vez que incide sobre “as causas que não sejam atribuídas a outra ordem jurisdicional” - art. 64º do CPC.*

*III - Visto que a responsabilidade exigida à Agente de Execução é fundada numa sua conduta qualificável como privada e, portanto, enquadrável no art. 64º do CPC, são os tribunais comuns os competentes para conhecer da acção proposta.”*

No mesmo sentido, de imputação de responsabilidade civil aquiliana ao Agente de Execução, pelos actos e omissões ilícitos praticados no exercício das suas funções se pronunciou o Tribunal Central Administrativo Sul, nos seguintes Acórdãos:



- **Ac. de 28/06/2018, proc. nº 1039/16.0BELRA (relatora Cristina dos Santos)**

*“1. A responsabilidade civil que aos agentes de execução for imputada, no âmbito do exercício da sua actividade, obedece ao regime geral privado e não ao regime da responsabilidade civil do Estado e demais entidades públicas, previsto no Dec. 48.051, 21.11.67, entretanto substituído pela Lei 67/2007, 31.12.*

*2. O atraso em processo executivo por se ter excedido o prazo julgado razoável é imputável ao Estado apenas e tão só no tocante às fases em que a instância tramitou sob a alçada do Tribunal.”*

- **Ac. de 21/11/2019 proferido no Proc. nº 1184/16.1BELRA (relatora Alda Nunes)**

*“1 – A responsabilidade civil extracontratual que aos agentes de execução for imputada no exercício das respetivas funções profissionais e por causa delas obedece ao regime geral da responsabilidade por factos ilícitos, previsto no art 483º e seguintes do Código Civil, e não ao regime de responsabilidade civil do Estado e demais entidades públicas, previsto na Lei nº 67/2007, de 31/12.”*

- **Ac. de 17/03/22, proc. nº 1273/16.2BELRA (Catarina Vasconcelos)**

*“1 – Não pode ser imputada ao Estado a responsabilidade pelo atraso de um processo executivo durante o período de tempo em que o seu prosseguimento está a cargo do agente de execução.”*

No mesmo sentido o Tribunal Central Administrativo Norte veio decidir no seu:

- **Ac. de 15/02/19, proc. nº 00088/16.2BEBERG-S1 (relator Frederico Macedo Branco)**

*“1 – Atentos os elementos essenciais de caracterização orgânica e funcional dos Agentes de Execução, designadamente, o dever da função ser exercida por profissionais liberais, ainda que supervisionados pela Câmara de Solicitadores, perante quem respondem disciplinarmente por atos cometidos no exercício das suas funções, não sendo designados pelo Tribunal, e apesar de intervirem em processos executivos, e atuarem em nome próprio, não se mostraria adequado chamar o Estado a responder solidariamente com os referidos agentes, em termos de responsabilidade cível extracontratual.”*

Exposta a controvérsia doutrinal e jurisprudencial sobre a natureza da actividade do Agente de Execução e conseqüente imputação da responsabilidade civil pelos actos danosos praticados no exercício da sua actividade, importa analisar os aspectos mais relevantes da sua actividade e do fim visado com a criação desta nova figura, para aferirmos se no exercício das suas funções como auxiliar da justiça e com poderes de autoridade, sobreleva a sua vertente privada, ou pelo contrário se se integra no elenco dos agentes públicos, por cujos actos responde o Estado nos termos da Lei nº 67/2007 de 31 de Dezembro.

## **5. Posição adoptada: em defesa da imputação de responsabilidade civil extracontratual ao agente de execução pelos danos causados pela violação culposa dos seus deveres legais.**

Para a resolução desta questão avultam, desde logo, aspectos que exprimem o propósito de desresponsabilização do Estado pela concreta actuação do Agente de Execução.

### **1. O Agente de Execução é um profissional liberal:**

– A função de agente de execução é exercida por profissionais liberais, cuja actuação é supervisionada pela Comissão para o Acompanhamento dos Auxiliares da Justiça (CAAJ, com as competências atribuídas pela Lei n.º 77/2013, de 21 de Novembro), sujeitos ao poder disciplinar da sua ordem profissional - Ordem dos Solicitadores e Agentes de Execução - perante quem respondem disciplinarmente.

### **2. O agente de execução, enquanto profissional liberal, actua por intermédio da sua própria estrutura operacional, organizada em sede individual ou no âmbito de uma sociedade:**

– O Agente de execução realiza todas as diligências que não são objecto de reserva jurisdicional, por meio da sua própria estrutura operacional, suportando os custos e arrecadando os correspondentes benefícios da actividade profissional que desempenha;

– Pode delegar a execução de actos (nos termos previstos no artº 177 do ESOAE) e de promover, sob sua responsabilidade e supervisão, a execução de diligências materiais no processo executivo que não impliquem a apreensão material de bens, a venda ou o pagamento, por empregado ao seu serviço, devidamente credenciado (cfr. artº 720 nº6 do C.P.C.).

### **3. O Agente de Execução, como profissional liberal suporta os custos da sua actividade e arrecada os respectivos benefícios:**

– O Agente de Execução beneficia de um regime de honorários específico, com indexação aos resultados obtidos (artº 50 nºs 5 a 11 da Portaria n.º 282/2013 de 29/08, alterada pela Portaria nº 239/2020, de 12/10).

### **4. Ao juiz não cabe o poder soberano de ordenar, orientar, ou fiscalizar o solicitador de execução, por no uso da sua competência legal lhe caber actuação oficiosa ou a requerimento das partes:**

– O Agente de Execução, no uso das suas competências desempenha todos os actos materiais da execução, não expressamente atribuídos à secretaria ou da competência do magistrado judicial (artº 719 do C.P.C.), reservando-se a intervenção deste magistrado para a prática dos actos de natureza jurisdicional (artº 202 da Constituição) e quando solicitada a sua intervenção pelas partes (nomeadamente para reclamação dos actos do Agente de Execução) ou pelo próprio Agente de Execução.

### **5. O exercício da sua actividade está subordinado à obrigatoriedade de outorga de um seguro de responsabilidade civil profissional e coberto por um Fundo de Garantia:**

– A obrigatoriedade de constituição de um seguro de responsabilidade civil profissional e a constituição de um Fundo de Garantia, apontam no sentido da inclusão da sua responsabilidade no campo privatístico, mediante a transferência pelo agente de Execução, da responsabilidade que lhe viesse a ser imputada pelas consequências danosas da sua actuação ilícita da sua esfera patrimonial para a da sua seguradora, acautelando-se ao mesmo tempo os lesados, para a eventual insuficiência de património do seu lesante.

### **6. A designação, substituição ou destituição do Agente de Execução, não cabe no âmbito das competências atribuídas ao juiz do processo:**

- O agente de execução é designado pelo exequente de entre os registados em lista oficial (artº 720 nº1 do C.P.C.) no formulário electrónico do requerimento executivo constante do sítio electrónico <http://citius.tribunaisnet.mj.pt>;
- Quando o exequente não designe o agente de execução, é este automaticamente designado no momento do preenchimento do requerimento executivo, de acordo com escala constante de lista oficial (artº 720 nº2 e do C.P.C. e 2 da Portaria n.º 282/2013 de 29/08, alterada pela Portaria nº 239/2020, de 12/10);
- O agente de execução pode declarar não aceitar a designação, nos termos do artº 720 nº8 do C.P.C. e 36 da Portaria nº 282/2013 de 29/08;
- A destituição do Agente de execução compete à CAAJ, comunicada nos termos previstos no artº 40 da Portaria nº 282/2013;
- Acentuando a natureza privatística do estatuto do agente de execução, atribuiu-se ao exequente o poder de proceder à sua livre substituição (artº 720 nº4 do C.P.C.) pois embora se refira que deve o exequente expor o motivo da substituição, não existe nenhum elenco de causas justificativas da substituição, nem cabe ao juiz do processo qualquer apreciação desse motivo.

### **7. O agente de execução não é mandatário de qualquer das partes, nem representa o exequente, devendo exercer os seus deveres com independência e de acordo com as regras legais (artsº 162 nº3, 168 e 169 do EOSAE).**

Por último e, ao contrário da posição defendida por Ricardo Pedro (ob. cit), o elemento teleológico e sistemático apontam para a responsabilização deste Agente de Execução no âmbito da responsabilidade civil aquiliana, pois que se prevê expressamente, no artº 786, nº6 do C.P.C., *a responsabilidade civil em termos gerais* (ou seja, nos termos previstos no artº 483 do C.C.) **do agente de execução pela falta das citações do cônjuge do executado e dos credores aí previstas.**

***Não é assim correcto afirmar-se que do disposto no artº 534, nº3, do C.P.C., que a reparação dos danos resultantes da actuação funcional do agente de execução, terá de ser feita nos termos fixados pelo regime da responsabilidade civil extra-contratual do Estado.***

Em primeiro lugar porque a norma em causa se encontra incluída no capítulo das custas, multas e indemnizações e versa apenas, em concreto, sobre os actos e diligências que não entram na regra geral de custas (no caso da execução nos termos previstos no artº 541 do C.P.C.), por imputáveis ao funcionário ou Agente de Execução. Em segundo lugar porque o próprio funcionário judicial pode exercer as funções de Agente de Execução (cfr. artº 722 do C.P.C.). Em terceiro lugar porque a anulação de *actos do processo* aqui previsto e seus prejuízos, não ser coincidente com as nulidades ou anulabilidades gerais previstas na lei civil e processual.

Assim, salvo o devido respeito por opinião contrária, o preceito é inócuo para a resolução da questão que ora nos ocupa, embora se reconheça que não é um modelo de clareza.

Pelo contrário, os aspectos funcionais da sua actividade, a forma da sua organização, a independência com que actuam e a transferência da sua responsabilidade civil para uma seguradora, para salvaguarda das indemnizações que venham a ser devidas a terceiros lesados pela sua actuação ilícita e danosa, levam-nos a concluir que o Agente de Execução não é um auxiliar ou comitado do Estado, nos termos e para os efeitos do art. 500º, nº1, do Código Civil, nem se enquadram os actos por si praticados no regime previsto na Lei nº67/2007, de 31 de Dezembro de 2007.

A opção pela desjudicialização e desjurisdicionalização de actos materiais da acção executiva não se coaduna com a manutenção da responsabilidade do Estado, nem com a aplicação aos Agentes de Execução do regime de responsabilidade prescrita para os actos da Administração.

Sendo auxiliares da justiça não são agentes públicos, nem funcionários do Estado, nos termos e para os efeitos do artº 1, nº3 e 5 da Lei nº 67/2007 e voltando ao Ac. do STJ de 2013, já mencionado *“Não se compreenderia efectivamente que, transferida para terceiros a competência para a prática de determinados actos, o Estado continuasse a suportar a responsabilidade, por vezes em regime de exclusividade. (...) A não ser que o legislador o assumia inequivocamente, não devem exponenciar-se, por via interpretativa, as situações em que a um certo afastamento do Estado do exercício de determinadas tarefas continue a corresponder igual ou superior risco da actividade, acabando por arcar com os encargos emergentes.”*

Por outro lado, o facto de o artº 162 do EOSAE definir este Agente de Execução como *“o auxiliar da justiça que, na prossecução do interesse público, exerce poderes de autoridade pública no cumprimento das diligências que realiza nos processos de execução”*, não o transforma num oficial público integrado na administração do Estado, o qual, por essa via, responde pelas consequências danosas dos seus actos, mas inculca apenas que este Agente de Execução, profissional privado acua como auxiliar da justiça, com poderes de autoridade, como não poderia deixar de ser, na execução material dos actos tendentes satisfação coerciva do crédito do exequente.

A atribuição destes poderes e a transferência para privados de funções até então cometidas a funcionários públicos, não autoriza por si só, a concluir que o estado pretendeu mantê-los como agentes públicos e (co)responsabilizar-se pelos danos que dessa actuação viesse a resultar.

Não é, aliás, a primeira vez que o Estado transferiu para privados o exercício de funções até então desempenhadas por oficiais públicos, sem que, por essa via, se equacionasse a responsabilização do Estado, pelos actos ilícitos e danosos que viessem a cometer.

Com efeito, pelo D.L. 76-A/2006 de 29/03, atribuiu-se aos Advogados e Solicitadores, poderes, no que se reporta à autenticação e ao reconhecimento presencial de documentos particulares, até então da competência específica de oficiais públicos, nos mesmos termos e sujeitos às mesmas obrigações, com vista a *“facilitar aos cidadãos e às empresas a prática destes actos junto de entidades que se encontram especialmente aptas para o fazer, tanto por serem entidades de natureza pública ou com especiais deveres de prossecução de fins de utilidade pública como por já hoje poderem fazer reconhecimentos com menções especiais por semelhança e certificar ou fazer e certificar traduções de documentos.”* (preâmbulo do respectivo diploma, negrito nosso).

Os Administradores Judiciais (Lei nº 22/2013 de 26/02 e 52, 58 e 59 do CIRE), com regime e funções muito semelhantes às do Agente de Execução (conforme resulta dos artºs 3 a 12 da Lei nº 22/2013), a eles equiparados de acordo com o artº 11 da Lei nº 22/2013<sup>21</sup> e cuja nomeação é da competência do juiz, que fiscaliza a sua actividade, actuam sem que impute a responsabilidade ao Estado, pelos danos decorrentes de actos e/ou omissões ilícitos praticados no exercício das suas funções e dos quais podem resultar danos elevados aos credores do insolvente ou ao próprio insolvente.

O mesmo se dirá dos Notários (D.L. nº 26/2004 de 04/02 e Lei nº 155/2015 de 15/09), actualmente privados, responsabilizados nos termos gerais previstos no artº 483 do C.C.

A atribuição de funções cometidas anteriormente a funcionários públicos a privados, não é caso único, nem dessa atribuição decorre a manutenção de responsabilidade do Estado, principal ou subsidiária, pelos danos que esses privados venham a causar no exercício dessas funções.

Não se vê pois razão, não o referindo expressamente o legislador, para que se entenda de forma diversa para os Agentes de Execução. A responsabilidade do Estado existe realmente e mantém-

---

<sup>21</sup> Que prevê o seguinte:

*“Equiparação aos agentes de execução para efeitos de:*

- i) Direito de ingresso nas secretarias judiciais e demais serviços públicos, designadamente conservatórias e serviços de finanças;*
  - ii) Acesso ao registo informático de execuções nos termos do Decreto-Lei n.º 201/2003, de 10 de setembro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 53/2004, de 18 de março, pela Lei n.º 60-A/2005, de 30 de dezembro, e pelo Decreto-Lei n.º 226/2008, de 20 de novembro;*
  - iii) Consulta das bases de dados da administração tributária, da segurança social, das conservatórias do registo predial, comercial e automóvel e de outros registos e arquivos semelhantes, de acordo com o disposto no artigo 749.º do Código de Processo Civil e a regulamentar por portaria nos termos do n.º 3 desse artigo, na medida necessária ao exercício das competências que lhes são legalmente atribuídas;*
- b) Possuir documento de identificação profissional emitido pelo Ministério da Justiça, nos termos a aprovar por portaria do membro do Governo responsável pela área da justiça, que atesta a qualidade de administrador judicial;*
- c) Distribuição equitativa das nomeações nos processos, a qual deve ser assegurada, preferencialmente, através de meios eletrónicos.”*

se para os actos danosos dos seus funcionários e demais agentes públicos que desempenham funções no processo executivo, verificados os pressupostos de que depende a sua responsabilização, nos termos previstos nos arts 1 e 7 a 10 da lei nº 67/2007.

Nestes termos, a responsabilidade civil por actos do agente de execução, no exercício das suas funções e em violação dos seus deveres legais, que causem danos às partes ou a terceiros, integra-se no instituto da responsabilidade civil extra-contratual, prevista no artº 483 do C.C., cabendo ao lesado, de acordo com o disposto no artº 487 do C.C., o ónus de prova dos factos constitutivos do seu direito: a ilicitude do acto, a sua imputação ao agente, a título de dolo ou culpa, a existência de danos e o nexo de causalidade entre a conduta danosa e os danos verificados<sup>22</sup> e, sujeito o exercício do direito do lesado ao prazo de prescrição de três anos previsto no artº 498 do C.C.<sup>23</sup>

Assim, a competência para a decisão dos pedidos fundados em responsabilidade civil extracontratual dos agentes de execução, cabe aos tribunais comuns e não aos administrativos (cfr. artº 4 nº1 h) do ETAF).

## Conclusão

A actividade do Agente de Execução, embora muito criticada ao início, revelou-se de grande utilidade para cobrança coerciva dos créditos tituladas por documentos executivos, libertando os tribunais e os seus funcionários judiciais dos actos materiais de execução e reservando a actuação do Magistrado para as questões de natureza jurisdicional que se suscitam no âmbito das execuções.

No entanto, apesar das salvaguardas introduzidas pelo legislador, da actuação do Agente de Execução podem resultar danos para o exequente (pela mora no cumprimento de diligências, pela omissão de penhora de bens que respondam pela dívida exequenda, pela preterição de citações e notificações, pelo incumprimento de formalidades essenciais da venda, pela omissão de pagamentos, etc.), para os executados (por penhoras indevidas, pela preterição de citações e notificações, etc) ou até para terceiros (ofendidos com diligências indevidas de penhora em bens que não respondem pela dívida exequenda). Danos que impõem a definição do responsável civil pelo seu ressarcimento, se o Estado no âmbito da Lei nº 67/2007 de 31 de Dezembro, se o Agente de Execução, nos termos gerais da responsabilidade civil aquiliana, assegurada a satisfação das indemnizações devidas por um seguro obrigatório de responsabilidade civil profissional.

Os normativos que regem a actuação do Agente de Execução, profissional liberal que no âmbito da sua própria estrutura operacional, suportando os respectivos custos e auferindo os respectivos rendimentos, com obrigatoriedade de subscrição de um seguro profissional, levam-nos a concluir que não é um agente público, nem se mostra integrado na administração pública,

<sup>22</sup> Neste sentido Ac. do TRE de 14/09/2017, proc. nº 1633/13.0TBSTR.E2.

<sup>23</sup> Neste sentido Ac. do TRP de 28/06/2016, proc. nº 517/14.0T8AMT-A.P1 (relatora Maria de Jesus Pereira).

não sendo este um auxiliar ou comitido do Estado, nos termos e para os efeitos do art. 500º, nº1, do Código Civil, nem se enquadrando os actos por si praticados no regime previsto na Lei nº67/2007, de 31 de Dezembro de 2007.

A opção pela desjudicialização da acção executiva e desjurisdicionalização de actos materiais da acção executiva não se coaduna com a manutenção da responsabilidade do Estado, em regime de solidariedade, nem com a aplicação aos Agentes de Execução do regime de responsabilidade prescrita para os actos da Administração. Sendo auxiliares da justiça (como os Administradores Judiciais, os Notários e os Advogados e Solicitadores) não são agentes públicos, nem funcionários do Estado, nos termos e para os efeitos do artº 1 da Lei 67/2007.

Nestes termos, volvendo ao Ac. do STJ de 2013, já mencionado *“Não se compreenderia efectivamente que, transferida para terceiros a competência para a prática de determinados actos, o Estado continuasse a suportar a responsabilidade, por vezes em regime de exclusividade.”*

Assim, pelos actos e omissões ilícitos que causem danos na esfera jurídica quer do exequente, dos executados ou de terceiros por eles afectados responde o agente de execução, sendo a sua responsabilidade civil de natureza extra contratual (porque não incluída a sua actuação num contrato de mandato celebrado com o exequente), com observância dos requisitos previstos nos artºs 483 e segs. do CC. Para as acções propostas com este objecto se têm de entender competentes os Tribunais Judiciais comuns e não os tribunais administrativos.

## BIBLIOGRAFIA

- 1 **BARATA FIGUEIRA**, “O solicitador de execução. O agente de execução”, em *Maia Jurídica*, ano I, n.º 2.
- 2 **FREITAS, José Lebre de**, *A Acção Executiva, À Luz do Código de Processo Civil de 2013*, 7ª ed./reimpressão, GestLegal, 2022.
- 3 **FREITAS, José Lebre de**, “Papel e Estatuto dos Intervenientes no Processo Executivo”, *Lex* 2003.
- 4 **GERALDES, António Santos Abrantes**, “O Juiz e a Execução”, *Revista Themis*, 2004.
- 5 **GOMES, Manuel Tomé Soares** “Balanço da reforma da acção executiva”, em *Sub Judice*, n.º 29.
- 6 **GOUVEIA, Mariana França**, “Poder Geral de Controlo”, *Sub-Judice*, nº 29, 2004
- 7 **MENDES, João de Castro**, e **SOUSA, Miguel Teixeira de**, *Manual de Processo Civil*, Vol. II, AAFDL, 2022.
- 8 **MINEIRO, Pedro Edgar**, *A Responsabilidade Civil pelo Exercício da Função de Agente de Execução*, Almedina, 2017.
- 9 **PAIVA, Eduardo e CABRITA, Helena** *O Processo Executivo e o Agente de Execução - A Tramitação da Acção Executiva Face às Alterações Introduzidas Pelo Decreto-Lei n.º 226/2008, de 20 de Novembro*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009.
- 10 **PEDRO, Ricardo** “Responsabilidade civil por danos causados pelo agente de execução: qual a jurisdição competente?” *Cadernos de Justiça Administrativa*, Braga, n.118 (Jul-Ago. 2016).

**11 PINTO, Rui**, *Manual da Execução e do Despejo*, Coimbra Editora.

**13 PINTO, Rui**, *A Ação Executiva*, reimpressão, AAFDL, 2020.

**14 RIBEIRO, Virgínio da Costa** “O poder geral de controlo na ação executiva”, *Julgar* nº 18.

**15 SOUSA, Miguel Teixeira de**, “Aspectos Gerais da Reforma da Acção Executiva”, *Cadernos de Direito Privado*, nº4, 2003.

## JURISPRUDÊNCIA

- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 06/07/2011, proc. nº 85/08.1TJLSB.L1.S1.
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 11/04/2013, proc. nº 5548/09.9TVLSNB.L1.S1.
- Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 16/04/2013, proc. nº 397/11.7T2AND.C1.
- Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 27/06/17, proc. nº 522/05.7TBAGN.C1.
- Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 06/04/2017, proc. nº 69/15.3T8ALR-A.E1.
- Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 14/09/2017, proc. nº 1633/13.0TBSTR.E2.
- Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 25-10-2012, proc. 294/10.3TBVCT.G1.
- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 16/11/2017, proc. nº 12597-15.6T8LSB.L1-6.
- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 25-10-2010, proc. nº 2798/07.6TBSTS.
- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 09/07/2015, proc. nº 2742/13.1TBFUN.L1-2.
- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 28/06/2016, proc. nº 517/14.0T8AMT-A.P1.
- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 11/05/2020, proc. nº 1421/12.1T2AVR.P1.
- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 29/09/2021 proc. nº 2462/20.0T8MTS-A.P1.
- Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 01/02/2018 (tribunal de conflitos) proc. nº 018/17.
  
- Acórdãos do Tribunal Central Administrativo Sul:
  - de 26/11/2015, proferido no proc. nº 12257/15;
  - de 28/06/2018, proc. nº 1039/16.0BELRA;
  - de 21/11/2019 proferido no Proc. nº 1184/16.1BELRA;
  - de 17/03/22, proc. nº 1273/16.2BELRA.
- Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte de 15/02/19, proc. nº 00088/16.2BEBERG-S1.



# ■ PARTE II

## RESPONSABILIDADE CIVIL PROFISSIONAL

### 2. RESPONSABILIDADE CIVIL DOS INTERMEDIÁRIOS FINANCEIROS

PEDRO PIMENTA MENDES



CENTRO  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

## 2. RESPONSABILIDADE CIVIL DOS INTERMEDIÁRIOS FINANCEIROS

Pedro Pimenta Mendes\*

1. Introdução
2. A atividade de intermediação financeira
3. Responsabilidade Civil dos Intermediários Financeiros
  - 3.1. Considerações Gerais
  - 3.2. Responsabilidade civil do intermediário financeiro relativamente ao emitente e investidor
4. Conclusão

### 1. Introdução

Como todos sabemos, o estudo das sociedades comerciais reveste cada vez mais importância nos nossos dias. Com o decorrer dos tempos, começam a surgir novos problemas que necessitam ser alvo de profunda reflexão. Um dos problemas que o estudo das sociedades comerciais levanta é, precisamente, o que diz respeito ao seu financiamento.

Ora, o financiamento destas sociedades pode ser obtido com recurso a capitais próprios ou com recurso a capitais alheios. Desta forma, contrair dívidas é um método privilegiado de financiamento.

No entanto, ao contrário do que antes acontecia, a dívida não é mais apenas assumida com recurso a empréstimos bancários. A emissão de obrigações para subscrição dos investidores em geral tem ganho cada vez mais importância<sup>1</sup>.

Assim, os Bancos deixam de ser os financiadores exclusivos e figuram agora junto do público em geral como entidades que asseguram as finanças das sociedades.

Ora, o mercado de capitais funciona como um espaço de encontro da necessidade de obtenção de capitais por parte das empresas e da vontade da utilização das poupanças por parte dos particulares para fazerem investimentos<sup>2</sup>.

Tendo isto em consideração, nestes mercados, atuam vários agentes que têm a finalidade de fazer cumprir os referidos objetivos, ou seja, o financiamento das atividades das entidades emitentes e a obtenção de mais-valias pelos particulares. Desta forma, a figura do intermediário financeiro assume um papel central no mercado de valores mobiliários.

O nosso estudo irá centrar-se no regime da responsabilidade civil da figura do intermediário financeiro. Iremos tratar, concretamente, do problema de saber qual a modalidade ressarcitória

\* Professor Assistente na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Doutorando em Direito Civil. Investigador do Instituto Jurídico da Comunicação.

<sup>1</sup> Vd. Mafalda Miranda Barbosa / José Luís Dias Gonçalves, *Instrumentos Financeiros*, 1ª edição, Coimbra, Gestlegal, 2020, pág. 9.

<sup>2</sup> Vd. Mafalda Miranda Barbosa / José Luís Dias Gonçalves, *Instrumentos Financeiros*, ob. cit., pág. 9.

concretamente em causa quando da atividade de intermediação financeira resulte um dano para o emitente ou investidor.

## 2. A atividade de intermediação financeira

Conforme já se referiu, a intermediação financeira assume um papel preponderante nos mercados de capitais. Esta atividade tem por conteúdo e função permitir e assegurar um acesso ao mercado que tenha esclarecimento, competência e segurança, de modo a alcançar, tanto quanto possível, o “mercado perfeito”<sup>3</sup>.

Neste sentido, o intermediário financeiro é orientado pela tutela dos investidores e consumidores de produtos financeiros. De facto, grande parte da clientela do mercado e muitos investidores são pouco conhecedores da realidade do mercado, pelo que se demonstra necessário o recurso a atividades de intermediação financeira para combater o seu desconhecimento. Esta atividade visa, assim, a segurança dos consumidores. Nas palavras de Pedro Pais de Vasconcelos e Pedro Leitão Pais de Vasconcelos, “a ideia não é a de afastar os consumidores ingénuos, mas antes de os atrair ao mercado, para o que é necessário dar-lhes segurança e tranquilidade quanto ao perigo de perderem as suas poupanças”<sup>4</sup>.

O papel desempenhado por um intermediário financeiro é, então, determinante, pois, funcionando o mercado de capitais como um espaço de encontro entre as necessidades de obter financiamento por parte das empresas e a vontade dos particulares em ver as suas poupanças alocadas a bons investimentos, é este que irá “promover (de forma interessada) a conciliação entre as duas vontades, fazendo com que as poupanças dos potenciais investidores sejam eficientemente afetadas à atividade de quem as procura”<sup>5</sup>.

Deste modo, aos intermediários financeiros cabe conciliar a procura e a oferta dos chamados valores mobiliários.

Porém, o mercado de valores mobiliários qualifica-se tradicionalmente como um “mercado desintermediado”<sup>6</sup>, uma vez que propicia um encontro entre os investidores/aforradores e os emitentes/captadores de fundos. No entanto, apesar de os investidores e captadores de fundos poderem negociar diretamente a transmissão dos valores mobiliários, a qualificação não parece a mais correta, uma vez que, na prática, a colocação e comercialização da generalidade dos instrumentos financeiros acontece, o mais das vezes, através de intermediários financeiros. Para além disso, existem áreas em que é legalmente obrigatória a intervenção de intermediário financeiro<sup>7</sup>.

<sup>3</sup> Cfr. Pedro Pais de Vasconcelos / Pedro Leitão Pais de Vasconcelos, *Direito Comercial*, Vol. I, 2ª edição, Coimbra, Almedina, 2020, pág. 265.

<sup>4</sup> Cfr. Pedro Pais de Vasconcelos / Pedro Leitão Pais de Vasconcelos, *Direito Comercial*, ob. cit., pág. 265.

<sup>5</sup> Cfr. Mafalda Miranda Barbosa / José Luís Dias Gonçalves, *Instrumentos Financeiros*, ob. cit., pág. 27.

<sup>6</sup> Vd. Paulo Câmara, *Manual de Direito dos Valores Mobiliários*, 3ª edição, Coimbra, Almedina, 2016, pág. 357.

<sup>7</sup> Neste sentido, Mafalda Miranda Barbosa / José Luís Dias Gonçalves, *Instrumentos Financeiros*, ob. cit., pág. 27.

Segundo o artigo 293º/1 do Código dos Valores Mobiliários (doravante CVM), são intermediários financeiros em instrumentos financeiros:

- a) As instituições de crédito e as empresas de investimento que estejam autorizadas a exercer atividades de intermediação financeira em Portugal; e
- c) As instituições com funções correspondentes às referidas na alínea a) que estejam autorizadas a exercer em Portugal qualquer atividade de intermediação financeira.

Desta forma, e acompanhando as palavras de Mafalda Miranda Barbosa e José Luís Dias Gonçalves, “os intermediários financeiros são as empresas prestadoras dos serviços que permitem aos investidores atuar nos mercados de capitais”<sup>8</sup>.

### 3. Responsabilidade Civil dos Intermediários Financeiros

#### 3.1. Considerações Gerais

Postas estas considerações, iremos falar mais detalhadamente sobre o tema que nos cumpre tratar.

Em primeiro lugar, cabe saber em que modalidade (ou modalidades) de responsabilidade civil se enquadra a responsabilidade dos intermediários financeiros.

Ora, como todos sabemos, tradicionalmente, podemos distinguir duas grandes modalidades de responsabilidade civil: a responsabilidade civil extracontratual e a responsabilidade civil contratual. Enquanto a primeira resulta, essencialmente, da violação de direitos absolutos, a segunda surge como consequência do incumprimento de uma obrigação em sentido técnico<sup>9</sup>.

Estas duas modalidades têm vários traços distintivos, os quais sinteticamente iremos analisar. Vejamos<sup>10</sup>:

- a) A culpa não se presume na responsabilidade extracontratual (art. 487º/1 CC): o ónus da prova da culpa cabe ao lesado, exceto nos casos dos artigos 491º, 492º e 493º CC que consagram esta presunção. Por outro lado, na responsabilidade contratual existe uma presunção de culpa, prevista no artigo 799º CC;
- b) Em caso de pluralidade passiva, na responsabilidade extracontratual o regime aplicável é o de solidariedade (497º e 507º CC), ao passo que na responsabilidade contratual a regra é a da responsabilidade conjunta, exceto se a obrigação violada tiver natureza solidária (513º CC);

<sup>8</sup> Cfr. Mafalda Miranda Barbosa / José Luís Dias Gonçalves, *Instrumentos Financeiros*, ob. cit., pág. 33.

<sup>9</sup> Vd. Mafalda Miranda Barbosa, *Lições de Responsabilidade Civil*, Cascais, Princípiã, 2018, pág. 405.

<sup>10</sup> Vd. quanto às características que se irão enunciar, vd., p.e., Mário Júlio de Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, 12ª edição (revista e atualizada), Almedina, 2011, pág. 543 e ss; Ana Prata, *Notas sobre Responsabilidade Pré-Contratual*, Almedina, 2002, pág. 198 e ss; Pedro Manuel Pimenta Mendes, *Natureza Jurídica da Responsabilidade Pré-Contratual*, in *Revista de Direito da Responsabilidade*, ano 1, 2019, págs. 876 e ss.

- c) Apesar de alguma discussão sobre a aplicabilidade do artigo 494º relativo à limitação da indemnização em caso de mera culpa do lesante, deve entender-se que é regra privativa da responsabilidade delitual<sup>11</sup>, não constituindo este preceito nenhum aforamento de um princípio geral que o estenda às duas modalidades. Esta tese apoia-se no argumento de que o artigo 494º CC contém uma regra que não se afigura de acordo com as legítimas expectativas do contraente lesado<sup>12</sup>;
- d) Quanto aos prazos de prescrição, vigora na responsabilidade delitual o prazo de 3 anos (artigo 498º CC)<sup>13</sup>, enquanto que para a responsabilidade contratual o artigo 309º CC manda aplicar o prazo ordinário de prescrição que se cifra em 20 anos (prazo este que só não é atendido se diverso for o regime prescricional da obrigação incumprida);
- e) A responsabilidade por facto de terceiro está prevista no artigo 500ºCC quanto à responsabilidade extracontratual<sup>14</sup>. Por outro lado, é o artigo 800ºCC que disciplina esta matéria quanto à responsabilidade contratual, prescindindo do requisito da comissão (dispensando-se, assim, uma relação de subordinação ou dependência entre o devedor e auxiliar);
- f) As regras de capacidade aplicáveis à responsabilidade obrigacional (123º, 127º, 139º e 156º CC) divergem das regras de imputabilidade previstas para a responsabilidade aquiliana (488º CC)<sup>15</sup>.
- g) O regime do momento da constituição do devedor em mora é diverso consoante esta provenha da responsabilidade contratual ou da responsabilidade aquiliana, consagrando-se um regime privativo da última no artigo 805º, nº 3, 2ª parte CC.
- h) Nas obrigações pecuniárias, em caso de mora do devedor, permite-se que o credor obtenha uma indemnização que exceda os juros moratórios previstos nos números 1 e 2 do artigo 806º CC (vd. artigo 806º, nº 3 CC), se o fundamento da dívida se reconduzir à responsabilidade extracontratual.
- i) Quanto ao Direito Internacional Privado são distintas as soluções das normas de conflitos que regulam estas duas modalidades (artigos 41º e 45º CC).

<sup>11</sup> Pelo contrário, Pessoa Jorge entende que este preceito se deve também aplicar no domínio da responsabilidade obrigacional. Este autor invoca as seguintes razões: 1) a circunstância de o dever atingido pelo ato culposo provir de uma obrigação não é motivo para tratar menos favoravelmente o devedor; 2) este artigo aplica-se aos casos de cumulação de responsabilidade obrigacional e delitual; e 3) o argumento sistemático retirado do contexto do artigo é frágil, porque vários artigos da mesma secção se aplicam à responsabilidade obrigacional.

Cfr. Pessoa Jorge, *Ensaio sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil*, Almedina, 1999, pág. 365.

<sup>12</sup> Neste sentido, Mário Júlio de Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, ob. cit., pág. 544; Ana Prata, *Notas*, ob. cit., pág. 199; e Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 10ª edição, Almedina, 2015, págs. 913 e 914.

<sup>13</sup> Parece-nos que este preceito apenas vale para a responsabilidade extracontratual. No entanto, alguns autores dizem que o regime deste artigo se deverá também aplicar à responsabilidade contratual. Para mais desenvolvimentos sobre o problema vd. importantes indicações bibliográficas em Mário Júlio de Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, ob. cit., pág. 544, nota 2.

<sup>14</sup> Este artigo faz depender a responsabilidade da verificação de vários pressupostos: a) Vínculo entre comitente e comissário; b) Prática do ato ilícito no exercício da função; c) Responsabilidade do comissário. Para mais desenvolvimentos cfr. Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, ob. cit., págs. 638 e ss.

<sup>15</sup> Na responsabilidade extracontratual, o agente, se for imputável, será responsável se praticar um ato ilícito, culposo e danoso. Por sua vez, na responsabilidade contratual, o devedor só incorre em responsabilidade se for capaz. Deste modo, o primeiro regime afigura-se mais amplo.

j) Há também diferenças na lei processual civil quanto ao tribunal competente. A competência territorial dos tribunais quanto à responsabilidade obrigacional pertence ao tribunal do domicílio do réu, podendo o credor optar pelo tribunal em que a obrigação deveria ser cumprida quando o réu seja pessoa coletiva ou quando, situando-se o domicílio do credor na área metropolitana de Lisboa ou Porto, o réu tenha domicílio onde o facto ocorreu (artigo. 71º/1 CPC). Se a ação se destinar a efetivar a responsabilidade extracontratual, o tribunal competente é o do lugar onde o facto ocorreu (artigo 71º/2 CPC).

Além das diferenças elencadas existem outras que não se podem ignorar.

No que diz respeito a um plano estrutural, na responsabilidade contratual o contrato já definiu o critério de individualização do sujeito responsável, ao passo que na responsabilidade extracontratual torna-se necessário encontrar critérios de delimitação do sujeito responsável e do círculo de potenciais credores da pretensão indemnizatória<sup>16</sup>.

Quanto ao plano funcional, a responsabilidade obrigacional “procura dar resposta ao interesse do credor que foi preterido com o incumprimento contratual, [*enquanto que*] ao nível da responsabilidade extracontratual tutelam-se bens jurídicos reconhecidos pelo ordenamento jurídico”<sup>17</sup>.

Por último, num plano fundacional/axiológico, a responsabilidade delitual baseia-se numa ideia de liberdade, ao passo que a responsabilidade obrigacional tem por base uma ideia de confiança, normativamente sustentada pelo princípio da boa-fé<sup>18</sup>.

Porém, vários autores vêm romper com o binómio responsabilidade extracontratual/contratual configurado pelo legislador ao autonomizar uma terceira via de responsabilidade. De facto, alguns casos parecem situar-se numa “zona cinzenta”, não configurando uma hipótese de responsabilidade extracontratual propriamente dita nem numa hipótese de responsabilidade contratual. Desta forma, vêm defendendo alguns autores a consagração de um *tertium genus*, ao qual poderiam ser reconduzidas, *v.g.* as hipóteses de responsabilidade pré-contratual, responsabilidade do gestor dos negócios ou responsabilidade pela violação de contratos com eficácia de proteção para terceiros.

Face ao tema central do nosso estudo, não nos iremos pronunciar sobre a bondade de uma terceira via da responsabilidade civil. No entanto, importa apenas dizer que, se em algumas situações, a terceira via de responsabilidade civil corresponde a dados sistemáticos<sup>19</sup>, noutras situações, a defesa de uma terceira via não pode de todo proceder, por estas se reconduzirem à responsabilidade obrigacional, tal como acontece nas hipóteses de responsabilidade pré-contratual.

<sup>16</sup> Cfr Mafalda Miranda Barbosa, *Lições*, ob. cit., págs. 15 e 16.

<sup>17</sup> Cfr. Mafalda Miranda Barbosa, *Lições de Responsabilidade Civil*, ob. cit., pág. 16.

<sup>18</sup> Cfr. Mafalda Miranda Barbosa, *Lições de Responsabilidade Civil*, ob. cit., págs. 19.

<sup>19</sup> Vd. Mafalda Miranda Barbosa / José Luís Dias Gonçalves, *Instrumentos Financeiros*, ob. cit., pág. 47.

Analisemos agora quais as modalidades de responsabilidade civil que podem ser chamadas a depor nas relações entre o intermediário financeiro e emitente ou investidor<sup>20</sup>.

### 3.2. Responsabilidade civil do intermediário financeiro relativamente ao emitente e investidor

Como já foi referido, a responsabilidade civil dos intermediários financeiros levanta alguns problemas quanto à sua qualificação, uma vez que poderá assumir uma natureza obrigacional, delitual ou pré-contratual.

Ora, o intermediário financeiro pode ser responsabilizado perante o emitente e o investidor pelos danos que estes venham a sofrer.

Em primeiro lugar, é importante frisar que a violação de deveres, quer de natureza obrigacional, quer de natureza legal, poderá originar a responsabilidade civil do intermediário financeiro pelos danos que resultam daquela violação.

Neste sentido, o artigo 304º-A do Código dos Valores Mobiliários afirma que “(nº 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 emanado de autoridade pública. (nº 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”. Cumprindo ainda dizer que, para além deste artigo, o Código dos Valores Mobiliários consagra ainda várias cláusulas específicas de responsabilidade civil do intermediário financeiro. Como exemplo, temos os artigos 87º/1, 282º, 288º e 294º-C do Código dos Valores Mobiliários. No entanto, e como bem diz Gonçalo André Castilho dos Santos<sup>21</sup>, “é o artigo 304.º-A, n.º 1, que assume, nesta sede, a função angular de cláusula geral por excelência para efeitos de determinação da responsabilidade civil do intermediário financeiro”.

A pergunta que iremos colocar nesta sede é se este artigo 304º-A/1 CVM se refere à responsabilidade extracontratual, à responsabilidade contratual ou antes a um *tertium genus*, uma terceira via de responsabilidade.

Antes de avançarmos para uma tomada de posição, importa ainda dizer seguinte. O facto de a responsabilidade civil do intermediário financeiro se encontrar consagrada numa lei especial, não invalida a articulação deste regime com os quadros gerais da responsabilidade civil. A consagração da responsabilidade civil na lei especial justifica-se devido à atividade específica desenvolvida pelo intermediário financeiro que poderá potenciar a ocorrência de danos<sup>22</sup>.

<sup>20</sup> Vd. Pedro Manuel Pimenta Mendes, *Natureza Jurídica da Responsabilidade Pré-Contratual*, ob. cit., págs. 862 e ss.

<sup>21</sup> Cfr. Gonçalo André Castilho dos Santos, *A Responsabilidade Civil do Intermediário Financeiro perante o Cliente*, Coimbra, Almedina, 2008, pág. 190.

<sup>22</sup> Vd. Carlos Ferreira de Almeida, *O Código dos Valores Mobiliários e o Sistema Jurídico*, in *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários*, nº 7, 2000, págs. 40 a 42.; e Nádia Reis, *Responsabilidade Civil Aquiliana do Intermediário Financeiro – mito ou realidade?*, in *Revista de Direito das Sociedades*, 4, 2017, pág. 789.



O número 1 do artigo 304º-A CVM responsabiliza os intermediários financeiros pelos danos causados a qualquer pessoa em resultado da violação dos deveres respeitantes à organização e ao exercício da sua atividade, independentemente de existir uma relação contratual entre lesante e lesado.

E, de facto, impende sobre os intermediários financeiros um conjunto amplo de deveres de vária índole.

Ora, o artigo 304º CVM enuncia uma série de princípios a que deve obedecer a atividade de intermediação financeira: princípio da proteção dos interesses dos clientes, princípio da proteção da eficiência do mercado, princípio da atuação de boa-fé, princípio do conhecimento do cliente e princípio do sigilo profissional<sup>23</sup>. Apesar de se enunciarem como princípios, a natureza que cada um reveste não é uniforme: enquanto alguns traduzem verdadeiros princípios normativos (aplicáveis em todas as relações especiais firmadas entre as partes, independentemente da indicação legislativa), como o princípio da boa-fé, outros afiguram-se mais como deveres genéricos que, posteriormente, são concretizados no CVM<sup>24</sup>.

O Princípio da Proteção dos Interesses do Cliente (art. 304º/1 CVM: “os intermediários financeiros devem orientar a sua atividade no sentido da proteção dos legítimos interesses dos seus clientes) é um princípio orientador de toda a atividade de intermediação financeira. Com a abertura dos mercados de capitais ao público e a crescente complexidade e sofisticação dos instrumentos financeiros negociados nestes mercados, surgiu a necessidade de proteção dos investidores, pelo que, na prestação de serviços de intermediação financeira, os intermediários financeiros encontram-se vinculados, mais do que cumprir formalmente os serviços que lhe são solicitados, a orientar a sua atividade no sentido de melhor assistir os seus clientes nas decisões de investimento, nomeadamente de os informar e alertar para os riscos inerentes a estas decisões, e de evitar prejuízos que possa decorrer da sua execução<sup>25</sup>. Para tanto, e como afloramento concreto deste princípio geral, surgem deveres do intermediário financeiro, como, v.g. o dever de evitar ou reduzir eventuais conflitos de interesse e de dar primazia aos interesses do cliente sobre os seus próprios interesses (art. 309º/1/3 CVM) e o dever de avaliar a adequação das decisões de investimento ao perfil dos clientes (arts. 314º e ss. CVM)<sup>26</sup>.

O Princípio da Boa Fé encontra-se previsto no artigo 304º/2 CMV. De acordo com o preceito, “nas relações com todos os intervenientes no mercado, os intermediários financeiros devem observar os ditames da boa fé, de acordo com elevados padrões de diligência, lealdade e transparência”. Ora, é à luz da boa fé e das exigências que ela coloca ao intermediário financeiro que se poderão justificar muitos dos deveres de informação que os oneram. Segundo Mafalda Miranda Barbosa e José Luís Dias Gonçalves, “a profusão de informação a que os intermediários financeiros estão obrigados ultrapassa a mera relação contratual ou pré-contratual. Em rigor,

<sup>23</sup> Vd. José Engrácia Antunes, *Deveres e Responsabilidade do Intermediário Financeiro – Alguns Aspectos*, in *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários*, n.º 56, 2017, pág. 32.

<sup>24</sup> Cfr. Mafalda Miranda Barbosa / José Luís Dias Gonçalves, *Instrumentos Financeiros*, ob. cit., pág. 35.

<sup>25</sup> Vd. José Engrácia Antunes, *Deveres*, ob. cit., pág. 33.

<sup>26</sup> Vd. José Engrácia Antunes, *Deveres*, ob. cit., págs. 33 e 34.

podemos dizer que eles se orientam quer para a proteção do interesse do investidor, quer para a proteção da eficiência do mercado”<sup>27</sup>.

Assim, o intermediário financeiro deve prestar ao investidor toda a informação necessária para proporcionar uma decisão de investimento livre, esclarecida, consciente e fundamentada. Para além disso, apenas a existência e disponibilização de informação tão objetiva, clara e completa quanto possível pode assegurar o regular funcionamento dos próprios mercados e a indispensável confiança dos agentes nesse funcionamento<sup>28</sup>. Neste sentido, nos termos do artigo 312º CVM, o intermediário financeiro deve prestar todas as informações respeitantes:

- (a) ao intermediário financeiro e aos serviços por si prestados;
- (b) à natureza de investidor não profissional, investidor profissional ou contraparte elegível do cliente, ao seu eventual direito de requerer um tratamento diferente e a qualquer limitação ao nível do grau de proteção que tal implica;
- (c) à origem e à natureza de qualquer interesse que o intermediário financeiro ou as pessoas que em nome dele agem tenham no serviço a prestar:
  - i) sempre que as medidas organizativas adotadas pelo intermediário nos termos dos artigos 309.º e seguintes não sejam suficientes para garantir, com um grau de certeza razoável, que serão evitados o risco de os interesses dos clientes serem prejudicados, incluindo as medidas adotadas para mitigar esses riscos; e
  - ii) em qualquer caso, a informação deve ser suficientemente detalhada, tendo em conta a natureza do investidor, para permitir que este tome uma decisão informada relativamente ao serviço no âmbito do qual surge o conflito de interesses e cumprir o disposto na legislação da União Europeia;
- (d) aos instrumentos financeiros e às estratégias de investimento propostas, incluindo se o instrumento financeiro se destina a investidores profissionais ou não profissionais, tendo em conta o mercado-alvo identificado;
- (e) aos riscos especiais envolvidos nas operações a realizar;
- (f) à sua política de execução de ordens, que contém informação sobre os locais de execução e, se for o caso, à possibilidade de execução de ordens de clientes fora de mercado regulamentado ou de sistema de negociação multilateral ou organizado;
- (g) à proteção do património do cliente e à existência ou inexistência de qualquer fundo de garantia ou de proteção equivalente que abranja os serviços a prestar;
- (h) ao custo do serviço a prestar.

Orientados pela proteção do cliente/investidor e pelo princípio geral do conhecimento do cliente, encontram-se os deveres de categorização dos investidores e de adequação.

Quanto ao dever de categorização do cliente, nos termos dos artigos 317º e ss., o intermediário financeiro deve estabelecer, por escrito, uma política interna que lhe permita, a todo o tempo, conhecer a natureza de cada cliente, como investidor não profissional, profissional ou contraparte elegível, e adotar os procedimentos necessários à concretização da mesma”.

<sup>27</sup> Cfr. Mafalda Miranda Barbosa / José Luís Dias Gonçalves, *Instrumentos Financeiros*, ob. cit., pág. 37.

<sup>28</sup> Cfr. José Engrácia Antunes, *Deveres*, ob. Cit., pág. 38.

Segundo Engrácia Antunes, este é um “*dever instrumental* relativamente ao cumprimento de outros deveres legais a que aqueles estão sujeitos em matéria da prestação de serviços de intermediação financeira: isto é especialmente verdade em relação aos deveres de informação – já que a densidade e exigência da informação a prestar pelo intermediário admite variações em função do tipo e perfil dos clientes a quem os serviços são prestados (art. 312.º, nº 2, do CVM), o que naturalmente pressupõe a respetiva categorização prévia – e ao dever de adequação – já que o juízo ou avaliação do carácter adequado dos serviços prestados ou das operações de investimento projetadas, a realizar pelo intermediário financeiro (art. 314.º do CVM), apenas se torna possível após o prévio apuramento da natureza do cliente em matéria de investimento”<sup>29</sup>.

Quanto ao dever de adequação, este encontra-se disciplinado no artigo 314º CVM. Nos termos deste artigo, o intermediário financeiro deve solicitar ao cliente informação relativa aos seus conhecimentos e experiência em matéria de investimento no que respeita ao tipo de instrumento financeiro ou ao serviço considerado, que lhe permita avaliar se o cliente compreende os riscos envolvidos, nos termos previstos na legislação da União Europeia. Se, com base na informação recebida ao abrigo do número 1 do artigo 314º, o intermediário financeiro julgar que a operação considerada não é adequada àquele cliente deve adverti-lo, por escrito, para esse facto, devendo o cliente confirmar, por escrito, que recebeu a advertência em causa. No caso de o cliente se recusar a fornecer a informação referida no n.º 1 ou não fornecer informação suficiente, o intermediário financeiro deve adverti-lo, por escrito, para o facto de que essa decisão não lhe permite determinar a adequação da operação considerada às suas circunstâncias. Segundo Engrácia Antunes, este dever encontra o seu fundamento e razão de ser “no propósito de se assegurar uma correspondência de cada serviço de intermediação financeira prestado à natureza de investidor e ao perfil de risco dos clientes, garantindo dessa forma uma eficiente alocação do património destes aos diferentes instrumentos financeiros disponíveis no mercado: dada a enorme sofisticação e diversidade atuais dos instrumentos financeiros existentes, a vulnerabilidade dos investidores profanos ou não profissionais decorrente dos característicos défices e assimetrias informativos dos mercados, e a posição estratégica dos intermediários financeiros enquanto operadores profissionais do mercado de capitais, pode dizer-se que semelhante dever representa, de algum modo, um desenvolvimento ou extensão do princípio geral do conhecimento do cliente (“*know your customer*”) ao nível de cada concreta operação individual sobre instrumentos financeiros (“*know your security*”)”<sup>30</sup>.

Para além destes deveres, o artigo 305º CVM consagra uma série de deveres de organização interna. Estes deveres são estabelecidos não só em cumprimento do dever de proteção dos interesses do cliente, mas também do princípio da proteção da eficiência do mercado<sup>31</sup>. Desta forma, deve o intermediário financeiro 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, regularidade, continuidade e de eficiência e por forma a evitar procedimentos errados, devendo designadamente cumprir com os requisitos previstos na legislação da União Europeia; dispor de procedimentos de controlo interno

<sup>29</sup> Cfr. José Engrácia Antunes, *Deveres*, ob. Cit., pág. 40.

<sup>30</sup> Cfr. José Engrácia Antunes, *Deveres*, ob. Cit., pág. 42.

<sup>31</sup> Vd. Mafalda Miranda Barbosa / José Luís Dias Gonçalves, *Instrumentos Financeiros*, ob. cit., pág. 43.

adequados, incluindo regras relativas às transações pessoais dos seus colaboradores ou à detenção ou gestão de investimentos em instrumentos financeiros para investimento por conta própria; e adotar sistemas e procedimentos de deteção e comunicação de ordens ou operações que sejam suspeitas de constituírem abuso de mercado<sup>32</sup>.

Voltando ao referido artigo 304º-A CVM, os intermediários financeiros podem ser responsabilizados pela violação de qualquer dever, designadamente dos deveres que acabámos de enunciar.

Porém, nesta sede, não está em causa a violação de deveres específicos que resultam de uma concreta relação de intermediação. Estes deveres são, sim, deveres genéricos respeitantes à organização e ao exercício da atividade dos intermediários financeiros<sup>33</sup>. Estes deveres podem surgir no quadro de uma relação contratual (é por ser assim que o número 2 do artigo 404º-D CVM determina a presunção de culpa do intermediário financeiro 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), mas também podem surgir sem qualquer associação a ela<sup>34</sup>. No entanto, este último dado é apenas relevante para se aferir se se pode chamar à colação mais do que uma modalidade da responsabilidade civil.

Quanto à natureza da responsabilidade civil prevista no número 1 do artigo 404º-A CVM, somos de opinião que este preceito consagra uma hipótese de responsabilidade civil extracontratual. Vejamos:

Um dos pressupostos da responsabilidade civil extracontratual da responsabilidade civil é a ilicitude. A ilicitude comporta três modalidades:

- a violação de direitos absolutos,
- a violação de disposições legais de proteção de interesses alheios
- e o abuso de direito<sup>35</sup>.

<sup>32</sup> A somar a estes deveres, temos ainda, *v.g.* os deveres constantes nos artigos 305º-A a 305º-G e 306º e ss. CVM.

<sup>33</sup> Neste sentido, *vd.* Mafalda Miranda Barbosa / José Luís Dias Gonçalves, *Instrumentos Financeiros*, *ob. cit.*, pág. 53.

<sup>34</sup> Neste sentido, *vd.* Mafalda Miranda Barbosa / José Luís Dias Gonçalves, *Instrumentos Financeiros*, *ob. cit.*, pág. 53.

<sup>35</sup> Somos de opinião que se deve autonomizar uma terceira modalidade de ilicitude: o abuso de direito. Já Vaz Serra, autor do anteprojeto do Código Civil respeitante à responsabilidade civil, afirmava que se deveria fazer uma referência ao abuso de direito em sede da responsabilidade civil, pela importância que o instituto assumia (*Cfr. Vaz Serra, Abuso de Direito (em matéria de Responsabilidade Civil)*, in *Boletim do Ministério da Justiça*, nº 85, 1959, pág. 252). Porém, apesar de a sua posição não ter sido acolhida pelo Código Civil, tal não inviabiliza o aproveitamento do artigo 334º CC para a cobertura de situações danosas em que não ocorre a violação de um direito absoluto. *Cfr. Mafalda Miranda Barbosa, Lições de Responsabilidade Civil*, Cascais, Príncípia, 2018, pág. 183.

Neste sentido depõe Antunes Varela, ao autonomizar o abuso de direito como terceira modalidade de ilicitude. *Vd. Antunes Varela, Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 10ª edição, Coimbra, Almedina, 2015, págs. 544 e ss.. *Vd. Também Sinde Monteiro, Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações*, Coimbra, Almedina, 1989, págs. 180 e 181; e Mafalda Miranda Barbosa, *Lições de Responsabilidade Civil*, *ob. cit.*, págs. 182 e ss.

Ora, o que está em causa no artigo 304º-A/1 CVM é violação de deveres previstos em disposições legais destinadas à proteção de interesses alheios<sup>36</sup>. Na verdade, quando são violados os deveres respeitantes à organização e ao exercício da atividade de intermediação financeira, poder-se-ão lesar os interesses protegidos por essas normas. Conforme refere Mafalda Miranda Barbosa e José Luís Dias Gonçalves, “a delimitação dos credores da pretensão indemnizatória fica, nestas hipóteses, dependente do âmbito de proteção da norma preterida, não tendo de ficar a priori confinada à relação com os investidores e/ou os emitentes das obrigações”.

Outra das questões que cumpre levantar é a seguinte. Sabemos já que existe uma presunção de culpa, estabelecida no número 2 do artigo 404º-A CMV, quando o dano seja causado no âmbito de relações contratuais ou pré-contratuais (chamando-se aqui à colação a responsabilidade obrigacional<sup>37</sup>). Mas acrescenta o artigo o seguinte: a culpa do intermediário financeiro presume-se “em qualquer caso, quando o dano seja originado pela violação de deveres de informação”. Então, quando estejamos perante violação de deveres de informação que extravasam uma relação obrigacional (ou pré-contratual), qual a natureza que se deverá atribuir à responsabilidade civil resultante dessa violação?

Imaginemos o caso<sup>38</sup> em que, por violação dos deveres de organização, designadamente no âmbito dos sistemas informáticos, ocorre um erro que altera a informação dos preços dos instrumentos financeiros divulgada através da página de internet do intermediário financeiro. A nosso ver, tal violação parece integrar a previsão do artigo 304º-A. Esse erro pode, eventualmente, consubstanciar uma verdadeira violação dos deveres de informação, uma vez que, pese embora não exista um dever de informar “quaisquer pessoas”, de acordo com o artigo 7º CVM, “a informação respeitante a instrumentos financeiros, (...) a ofertas públicas de valores mobiliários e a emitentes deve ser completa, verdadeira, atual, clara, objetiva e lícita”.

Com efeito, apesar de agravada com uma presunção de culpa, a natureza da responsabilidade civil subjacente a esta situação não deixa de ser a aquiliana<sup>39</sup>. Na verdade, conforme já ficou assente supra, a responsabilidade obrigacional resulta da violação de uma obrigação em sentido técnico. E, neste caso, inexistente essa obrigação. Assim, o Código dos Valores Mobiliários consagrou um regime especial ao consagrar a presunção de culpa a uma situação de responsabilidade aquiliana, tal como já o tinha feito, por exemplo, nos artigos 491º, 492º e 493º do Código Civil. Isto é, consagrou uma presunção de culpa nas situações de violação do dever de informação, quer tenham ocorrido no âmbito de uma relação contratual, quer extravasem essa relação.

---

Em sentido contrário, vd. v.g. Rabindranath Capelo de Sousa, *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pág. 205, nota 504, e Carneiro da Frada, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, 1ª edição (reimpressão), Coimbra, Almedina, 2018, págs. 164, nota 121 e 237, nota 195.

<sup>36</sup> Vd. Mafalda Miranda Barbosa / José Luís Dias Gonçalves, *Instrumentos Financeiros*, ob. cit., pág. 54; e Nádía Reis, *Responsabilidade Civil Aquiliana*, ob. cit., pág. 793.

<sup>37</sup> Para nós, conforme foi já referido em 3.1., a responsabilidade pré-contratual deve ser reconduzida à responsabilidade obrigacional. Para mais desenvolvimentos, vd. Pedro Manuel Pimenta Mendes, *Natureza Jurídica da Responsabilidade Pré-Contratual*, págs. 862 e ss..

<sup>38</sup> Acompanhamos o caso fornecido por Nádía Reis, *Responsabilidade Civil Aquiliana*, ob. cit., pág. 795.

<sup>39</sup> Neste sentido, vd. Nádía Reis, *Responsabilidade Civil Aquiliana*, ob. cit., pág. 796.

Porém, defendendo nós que o número 1 do artigo 404º-A se refere à responsabilidade extracontratual por via da segunda modalidade de ilicitude, a presunção de culpa sempre decorreria naturalmente da articulação dogmática dos pressupostos ressarcitórios<sup>40</sup>.

Para além do que foi já referido, e como já foi dado também a perceber, o intermediário financeiro pode, do mesmo modo, ser responsabilizado contratualmente. Vejamos:

Imaginemos o caso em que o intermediário financeiro, nas suas relações com a entidade emitente e com o investidor, celebra contratos (por exemplo, no âmbito de transmissão e receção de ordens por conta de outrem, somos conduzidos a um contrato de mandato comercial, com ou sem poderes de representação, ou a um contrato de mediação<sup>41</sup>). Neste caso, na hipótese de ocorrer uma situação de incumprimento, poderá gerar-se responsabilidade contratual. Atente-se, porém, que o incumprimento de que se fala não deve ser entendido em termos estritos<sup>42</sup>. É que o conceito tradicional de obrigação fornece uma visão muito estreita da realidade, encontrando-se já ultrapassado. Uma relação obrigacional simples “compreende o direito subjetivo atribuído a uma pessoa e o dever jurídico ou estado de sujeição correspondente, que recai sobre a outra”<sup>43</sup>. No entanto, no âmbito de uma relação obrigacional descortinam-se outros deveres para além dos deveres de prestar. Deste modo, o conceito de relação simples revela-se insuficiente. Conforme afirma Antunes Varela, “a doutrina moderna das obrigações tem salientado, com razão a complexidade das próprias relações simples. A complexidade assim entendida reflecte-se no vínculo obrigacional em geral e traduz-se na série de deveres, secundários e de deveres acessórios de conduta que gravitam as mais das vezes em torno do dever principal de prestar e até do direito à prestação (principal)”<sup>44</sup>. Pelo que, dentro de uma relação obrigacional complexa existem vários tipos de deveres<sup>45</sup>, tais como os deveres de prestação, os deveres secundários de prestação (os deveres secundários com prestação autónoma e os deveres secundários acessórios da prestação principal) e os deveres acessórios de conduta ou deveres laterais.

Desta forma, muitos dos deveres que oneram os intermediários financeiros devem ser considerados deveres de natureza contratual, cuja violação faz desencadear responsabilidade contratual.

<sup>40</sup> Neste sentido, vd. Mafalda Miranda Barbosa / José Luís Dias Gonçalves, *Instrumentos Financeiros*, ob. cit., pág. 55, nota 84. Quando se fala no ónus de prova da culpa quanto à segunda modalidade de ilicitude (violação de disposições legais de protecção de interesses alheios), existem duas posições diferentes na doutrina, mas que apontam ambas para uma alteração à regra geral da prova da culpa pelo lesante. Uma posição defende a existência de uma verdadeira inversão do ónus *probandi*. Outra posição limita-se a falar de uma presunção simples. Vd. Side Monteiro, *Responsabilidade por Conselhos*, ob. cit., págs. 265 e ss; e Adelaide Menezes Leitão, *Normas de Protecção e Danos Puramente Patrimoniais*, Coimbra, Almedina, 2009, págs. 728 e ss.. Para mais desenvolvimentos, vd. Mafalda Miranda Barbosa, *Lições de Responsabilidade Civil*, ob. cit., págs. 168 e ss. e 175 e ss.

<sup>41</sup> Vd. Mafalda Miranda Barbosa / José Luís Dias Gonçalves, *Instrumentos Financeiros*, ob. cit., pág. 52.

<sup>42</sup> Vd. Mafalda Miranda Barbosa / José Luís Dias Gonçalves, *Instrumentos Financeiros*, ob. cit., pág. 52.

<sup>43</sup> Cfr. Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 10ª edição, Coimbra, Almedina, 2015, pág. 64.

<sup>44</sup> Cfr. Antunes Varela, *Das Obrigações*, pág. 68.

<sup>45</sup> Seguimos a divisão fornecida por Carlos Alberto Mota Pinto. Vd. Carlos Alberto Mota Pinto, *Cessão da Posição Contratual*, Coimbra, Atlântida Editora, 1970, págs. 355 e ss.

Assim, os intermediários financeiros podem ser responsabilizados extracontratualmente, contratualmente e pré-contratualmente. A modalidade de responsabilidade civil que se convoca dependerá do caso concreto e da específica relação que se estabelece entre os sujeitos.

#### 4. Conclusão

A responsabilidade civil dos intermediários financeiros é um tema que assume cada vez mais importância. De facto, a atividade da intermediação financeira passou a revestir um papel central nos mercados financeiros. Ora, grande parte da clientela do mercado e muitos investidores são pouco conhecedores da realidade do mercado, pelo que se demonstra necessário o recurso a atividades de intermediação financeira para combater o seu desconhecimento. Para tanto, cabe aos intermediários financeiros conciliar a procura e a oferta dos chamados valores mobiliários.

Conforme se analisou supra, os intermediários financeiros, no âmbito da sua atividade, têm um leque amplo de deveres que devem cumprir. Assim, é importante conhecer quais as consequências do incumprimento destes deveres, daí se falar da responsabilidade do intermediário financeiro.

A questão que nos debruçamos mais atentamente diz respeito à natureza jurídica da responsabilidade civil que os intermediários financeiros poderão estar sujeitos.

Ora, com o presente trabalho, pudemos concluir que os intermediários financeiros poderão ser responsabilizados extracontratualmente, contratualmente e pré-contratualmente. Tudo dependerá do concreto caso e das relações específicas que se estabeleceram entre intermediário financeiro e emitente ou investidor.

CENTRO  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS



# ■ PARTE II

## RESPONSABILIDADE CIVIL PROFISSIONAL

### 3. A CAUSALIDADE E PROVA DA CAUSALIDADE NA RESPONSABILIDADE CIVIL DO INTERMEDIÁRIO FINANCEIRO

MAFALDA MIRANDA BARBOSA



CENTRO  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

### 3. A CAUSALIDADE E PROVA DA CAUSALIDADE NA RESPONSABILIDADE CIVIL DO INTERMEDIÁRIO FINANCEIRO<sup>1</sup>

Mafalda Miranda Barbosa\*

1. Formulação do problema: o posicionamento jurisprudencial e a necessidade de alterar o ponto de vista de abordagem da questão
2. O problema da causalidade na responsabilidade do intermediário financeiro
  - 2.1. A imprestabilidade das teorias tradicionais
  - 2.2. A causalidade psicológica
  - 2.3. Causalidade como imputação
3. Proposta de solução

#### 1. Formulação do problema: o posicionamento jurisprudencial e a necessidade de alterar o ponto de vista de abordagem da questão

A atuação no quadro dos mercados financeiros, pela sua própria natureza, conduz não raras vezes ao surgimento de prejuízos muitas vezes avultados. Não se estranha, por isso, que se coloque com particular acuidade o problema da eventual responsabilidade civil dos intermediários financeiros. No texto que se segue procuraremos questionar em que medida a causalidade, enquanto pressuposto inultrapassável de procedência de uma pretensão indemnizatória, deve continuar a ser conformada, a este nível, em moldes tradicionais. O problema coloca-se em termos teóricos, mas projeta-se necessariamente em termos práticos, o que é denotado, inclusivamente, pelo tratamento que a jurisprudência lhe dispensa.

Na verdade, são abundantes as decisões dos nossos tribunais superiores que, lidando com o problema da responsabilidade civil do intermediário financeiro, acabam por se centrar no tópico da causalidade, dando particular relevo à matéria probatória.

E, nessa matéria, até pelas dificuldades que vai sentindo, a jurisprudência tem-se mostrado dividida, oscilando entre a exigência da prova da causalidade entre a omissão de informação do intermediário financeiro e o dano verificado e a afirmação de uma presunção de causalidade.

Neste último sentido, veja-se, a título de exemplo, o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 11-2-2020 (Proc. nº 3630/18.0T8CBR.C1, relatora Maria João Areias)<sup>2</sup>. No primeiro sentido,

\* Universidade de Coimbra, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra/University of Coimbra Institute for Legal Research, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Orcid: 0000-0003-0578-4249. Professora Associada com Agregação.

<sup>1</sup> O texto que agora se publica corresponde, com alguns aditamentos, à conferência proferida no Centro de Estudos Judiciários, no dia 13 de outubro de 2022, no âmbito do *Seminário de Responsabilidade Civil: Responsabilidade Civil Profissional*, organizado conjuntamente com a Revista de Direito da Responsabilidade.

<sup>2</sup> Pode aí ler-se que «o nº 2 do artigo 314º do CVM consagra uma presunção de culpa e também de nexó de causalidade entre a violação dos deveres de informação pelo intermediário financeiro e os danos sofridos pelo cliente». Veja-se, também, Ac. TRC 10-7-2018, Proc. nº 2193/16.6T8LRA.C1, relatora Maria João Areias.

também a título de exemplo, pense-se no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 7 de dezembro de 2019 (Proc. nº 906/17.8T8LSB.L1-2, relator Arlindo Crua), onde se pode ler que «na adoção da teoria da causalidade adequada, incumbia à Autora, nos quadros do artigo 563º, do Cód. Civil, a prova do nexó de causalidade entre o facto e o dano, ou seja, que se tivesse sido informada, por completo, da totalidade das características do produto financeiro que lhe foi proposto, nomeadamente da natureza subordinada das Obrigações em venda, o que poderia ter sido efetuado mediante a exibição ou entrega da nota informativa e/ou da informação existente a nível interno, não teria adquirido a Obrigação, mediante a entrega da quantia monetária despendida»<sup>3</sup>.

Apesar da divisão, evidencia-se uma propensão no sentido de se exigir a prova efetiva da causalidade. Contudo, ao fazê-lo, os tribunais portugueses procuram firmar um nexó entre a violação do dever e o investimento, esquecendo-se de distingui-lo do dano propriamente dito, ou seja, esquecendo-se que o prejuízo sofrido pode resultar não do investimento em si, mas do funcionamento posterior do mercado. Por outro lado, ao continuar presa à causalidade adequada, a perspetiva não oferece uma resposta satisfatória para o problema.

Particularmente importante a este ensejo é a consideração do Acórdão de Uniformização de Jurisprudência, do Supremo Tribunal de Justiça, de 6 de dezembro de 2021<sup>4</sup>. O caso conta-se em poucas palavras, embora a factualidade:

A e B intentaram ação declarativa contra o BPN, exigindo o montante de €385 000,00, assim como os juros vincendos desde a citação até integral pagamento. Requereram ainda a condenação da Ré no pagamento do montante de €10 000,00 a título de danos não patrimoniais. Para tanto, alegou que era cliente do BPN, com uma conta de depósitos à ordem, tendo, em 10/4/2006, o gerente da agência do banco com a qual contactava habitualmente dito que existia uma aplicação financeira em tudo idêntica a um depósito a prazo, com capital garantido e rentabilidade assegurada. O seu dinheiro, no montante de €300 000, viria a ser colocado em obrigações SLN 2006, sem que A soubesse, em concreto, o que tal significava, desconhecendo inclusivamente que a SLN era uma empresa. Em rigor, A não possuía qualificação ou formação técnica que lhe permitisse, à data, conhecer os diversos tipos de produtos financeiros e avaliar, por isso, os riscos que lhes são inerentes. Tendo sido assegurado a A que o capital era garantido pelo Banco e que poderia levantar o capital e respetivos juros quando assim o entendesse, sempre esteve convencido de que se tratava de uma aplicação segura, com as características de um depósito a prazo. Mais alega que, caso tivesse percebido que poderia estar a dar ordem de compra de obrigações SLN 2006, produto de risco, e que o capital não era garantido pelo BPN, não consentiria nem autorizaria. Em 2016, altura em que se verificou o prazo de maturidade, o capital investido não foi restituído a A. Por força do incumprimento do BPN, A ficou impedido de usar o seu dinheiro como bem entendesse. Além disso, passaram a viver num estado de

<sup>3</sup> No mesmo sentido, cf. Ac. STJ 6-11-2018, Proc. nº 2468/16.4T8LSB.L1.S1, relator Cabral Tavares; Ac. STJ 9-1-2019, Proc. nº 9659/16.6T8LSB.L1.S1, relator Oliveira Abreu; Ac. TRG 17-1-2019, Proc. nº 5248/17.6T8BRG.G1, relatora Maria Cristina Cerdeira; Ac. STJ 7-11-2019, Proc. nº 1616/17.1T8LRA.C1.S1; Ac. STJ 21-2-2019, Proc. nº 2340/16.8T8LRA.C2.S1, relator Ilídio Sarracão Martins.

<sup>4</sup> Proc. nº1479/16.4T8LRA.C2.S1-, relator Pedro de Lima Gonçalves.

constante preocupação e ansiedade, com receio de não reaverem o dinheiro e de enfrentarem dificuldades financeiras para gerir a sua vida.

O tribunal de 1ª instância julgou a ação improcedente, tendo sido, então, interposto recurso. O Tribunal da Relação, por seu turno, julgou a apelação parcialmente procedente, tendo o BPN interposto, por seu turno, recurso para o Supremo Tribunal de Justiça. Este, considerando inverificado o incumprimento do dever de informação e, complementarmente, indemonstrado o nexo de causalidade entre a conduta da Ré e o dano alegado pelos Autores, concedeu a revista, revogando o acórdão recorrido e absolvendo a Ré dos pedidos.

A, inconformada com a decisão contida no acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, interpôs recurso extraordinário para o Pleno das Secções Cíveis do Supremo Tribunal de Justiça com vista à uniformização de jurisprudência e à revogação daquele Acórdão, nos termos dos artigos 688º s. do Código de Processo Civil, invocando, como fundamento, a contradição entre o Acórdão recorrido e o Acórdão STJ de 25 de outubro de 2018, proferido no processo nº 2581/16.8T8LRA.C2.S1.

Entre outras questões, o Supremo Tribunal de Justiça haveria de decidir se o intermediário financeiro que não informa investidores-clientes não profissionais sobre o risco em que, em abstrato, podem vir a incorrer, decorrente do incumprimento do emitente de obrigações, viola ou não os deveres legais de informação que sobre si impendem, designadamente nos termos do artigo 312º, nº 1, al. e), do CVM; e a quem compete a prova dos pressupostos de responsabilidade civil do intermediário financeiro.

Naquilo que nos importa, para a análise que nos propusemos estabelecer, restringir-nos-emos ao tópico da causalidade.

A este propósito, considera o STJ que “mesmo que uma dada situação seja configurada como facto ilícito (por exemplo, a prestação, por omissão, de informação errónea, nomeadamente no que concerne à concreta identificação ou às características do produto e a natureza subordinada), essas circunstâncias poderiam não ser causais da subscrição efetuada e consequente dano. Ora, se a culpa se presume, mas a presunção não abrange o nexo de causalidade, este terá de ser alegado e comprovado, pois como decorre do artigo 563.º do Código Civil, a obrigação de indemnizar só ocorre em relação aos danos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não houvesse lesão”.

Mais acrescenta que “incumbe ao cliente (investidor) a prova do nexo de causalidade entre o facto e o dano, ou seja, que se tivesse sido informado, por completo, da concreta identificação, natureza e características do produto financeiro que lhe foi proposto, bem como da sua natureza, não as teria adquirido, pois cabe a quem invoca o direito à indemnização alegar e demonstrar o nexo causal entre o facto ilícito e o dano, que também não se presume, nos termos do disposto no nº1 do artigo 342º do Código Civil. isto é assim porque não encontramos no regime do CVM norma aplicável à violação do dever de informação de indemnizar que consagre uma solução distinta da consagrada no Código Civil em sede da respetiva matéria já indicada”.

E conclui, então, em termos de uniformização de jurisprudência que “o nexo de causalidade deve ser determinado com base na falta ou inexatidão, imputável ao intermediário financeiro, da informação necessária para a decisão de investir” e que “para estabelecer o nexo de causalidade entre a violação dos deveres de informação, por parte do intermediário financeiro, e o dano decorrente da decisão de investir, incumbe ao investidor provar que a prestação da informação devida o levaria a não tomar a decisão de investir”.

O acórdão uniformizador de jurisprudência conheceu diversos votos de vencido. Não nos debruçando sobre todos eles – pelo âmbito que apresentam – importa, ainda, assim destacar alguns segmentos argumentativos que nos parecem particularmente relevantes.

Assim, dá-se nota da declaração do Senhor Conselheiro Bernardo Domingos, que, aproximando-se da formulação sugerida pelo Senhor Conselheiro João Bernardo e da posição do Senhor Conselheiro Nuno Pinto de Oliveira, no tocante ao segmento uniformizador, propôs algo como: “nos contratos de intermediação financeira, uma vez demonstrada, pelo cliente, a violação dos deveres de informação por parte do intermediário, este responderá pelos danos resultantes da perda de capital, a menos que os produtos que intermediou encerrem, por natureza, esse risco ou que, relativamente aos outros, demonstre ter o cliente agido totalmente esclarecido de que, ainda assim, a perda de capital poderia ocorrer”.

O Senhor Conselheiro Nuno Pinto de Oliveira sustenta, no tocante à questão da causalidade, que:

“os termos em que está redigido o nº 4 do segmento uniformizador causam ou podem causar a impressão de que deve exigir-se do investidor uma prova direta e uma prova indireta de um processo psíquico hipotético (daquilo que teria decidido, se tivesse sido devidamente informado) e os termos em que está redigido o nº 3 em nada contribuem para a desfazer. Ora os deveres de esclarecimento ou de informação do intermediário financeiro destinam-se a dar ao investidor uma oportunidade de decidir de forma consciente, livre e responsável e, ainda que não se destinassem a dar ao investidor uma oportunidade de decidir, sempre a prova direta de que o investidor não teria tomado a decisão de investir, ou de que teria tomado uma decisão de investir de conteúdo distinto, é uma prova impossível. Em termos práticos, a afirmação de que, ainda que haja violação de deveres de esclarecimento e informação, o cliente tem o ónus da prova de que a violação de deveres é condição sine qua non da decisão de investir, significaria que a violação de deveres de esclarecimento ou de informação, ainda que seja ilícita e que seja imputável ao intermediário financeiro por dolo ou por culpa grave, não seria nunca facto constitutivo de um dever de indemnizar”.

Daí que sustente que:

“O problema da impossibilidade da prova poderia resolver-se em Portugal como se resolveu na Alemanha ou na Itália através de uma presunção fáctica ou normativa de que a decisão de investir foi condicionada pela violação dos deveres do intermediário financeiro. O contra-argumento de que “não é essa a solução que o legislador consagrou neste tema específico não pode ser razoavelmente sustentado: ainda que as disposições

do direito alemão ou do direito italiano sejam semelhantes, sejam em tudo semelhantes, às disposições do direito português, o Supremo Tribunal Federal alemão e a *Corte di cassazione* italiana desenvolveram critérios sistemática e teleologicamente adequados de distribuição do risco da falta de prova. O facto de terem sido violados deveres de esclarecimento ou de informação lesa o direito do investidor de decidir consciente e livremente, através de uma ponderação pessoal dos prós e dos contras daí que, de acordo com o fim de proteção da disposição infringida ou violada, deva colocar-se a cargo do intermediário financeiro o ónus de provar que, ainda que tivesse cumprido o seu dever de informação que não tivesse incorrido no comportamento ilícito o investidor teria a mesma conduta. Em todo o caso, mesmo que não quisesse chamar-se para aqui uma presunção sempre o problema se poderia resolver como se resolveu em França através da reconstrução do dano do investidor como dano da perda de uma chance ou de uma oportunidade de decidir sobre o investimento, não concluindo nenhum contrato, ou concluindo um contrato de conteúdo distinto”.

Por seu turno, a Senhor Conselheira Maria Clara Sottomayor explana detidamente sobre o problema causal, em termos que importa acompanhar:

“A tese do acórdão que fez vencimento, rejeitando a presunção legal de causalidade e impedindo ao julgador o recurso à presunção normativa do comportamento conforme à informação, deixa os investidores não profissionais sujeitos a uma prova diabólica e, na prática, dependentes da aleatoriedade do que for a pré-compreensão do julgador, o que não deve suceder num Estado de Direito, em que as decisões judiciais devem decorrer apenas da lei e não do subjetivismo judiciário. O nexos de causalidade tem sido o requisito da responsabilidade civil mais obscuro e complexo, porque se situa no mundo das conexões naturalísticas, as quais são, por vezes, inacessíveis ou não demonstráveis de forma cabal, sobretudo quando incidem sobre o comportamento humano. A prova da causalidade surge, pois, como a mais controversa para o resultado de uma lide. São de louvar os esforços da doutrina e da jurisprudência na criação de construções dogmáticas ou jurídico-práticas destinadas a facilitar a prova do nexos de causalidade, para que este pressuposto da responsabilidade civil não se converta numa prova diabólica ou quase impossível para o lesado: a) a tese do escopo da norma violada, que tem em conta a finalidade das normas – no presente caso, a tutela informativa do cliente ou a tese do bem jurídico que aqui se reporta à tutela da formação da vontade negocial do cliente e da sua autodeterminação; b) a tese das esferas de risco, que propõe a flexibilização, em geral, do nexos de causalidade, por referência a esferas de risco, partindo da pergunta “é possível aquele dano integrar-se no risco gerado por aquele comportamento?”, remetendo para um critério de possibilidade; c) todas as variantes da teoria da causalidade adequada, que baseiam o nexos de causalidade num juízo de probabilidade ou numa formulação negativa. A doutrina e a jurisprudência, como reconhece o Acórdão que fez vencimento, sempre foram muito ricas neste aspeto e criaram instrumentos variados para facilitar o ónus da prova ao lesado. Se na ciência jurídica já há muito são aplicadas presunções, de facto ou normativas, para a prova do nexos causal, por maioria de razão, devem estas presunções ser aplicadas em relação à responsabilidade do intermediário financeiro. Julgo, pois, que, a esta luz, não resulta

compreensível nem lógica a exclusão da doutrina do comportamento conforme à informação, a que procede o presente Acórdão uniformizador nos seus fundamentos, e que tem sido utilizada na responsabilidade médica, área em que se discute também, de forma intensa, a questão do nexo de causalidade. Esta doutrina poderia consistir aqui num contributo importante para a jurisprudência, até porque assenta numa presunção de racionalidade dos cidadãos e das suas opções, à qual é perigoso os tribunais fugirem. Corre-se o risco de os tribunais, para indagarem se o investidor teria ou não subscrito os produtos financeiros, caso soubesse da informação correta, acabarem por julgar a personalidade ou o modo de ser do sujeito – por exemplo, é ambicioso, descuidado ou precipitado? – o que considero inaceitável”.

Do mesmo modo, a Senhor Conselheira Maria João Vaz Tomé, após apurada análise do problema da causalidade, na sua dupla vertente de causalidade fundamentadora e preenchedora da responsabilidade, considera que os melhores termos da uniformização passariam por entender que, “perante a violação ilícita e culposa de deveres de informação, por parte do intermediário financeiro, e a ocorrência de danos que aqueles visam prevenir, o artigo 31º, nº 2 (correspondente ao artigo 304º-A, nº 2, na redação atualmente em vigor), do CVM, contém uma presunção de comportamento conforme à informação, dispensando o cliente-investidor da prova da causalidade que intercede entre o fundamento da responsabilidade invocado e o dano patrimonial por si sofrido, correspondente ao prejuízo que o cumprimento correto daqueles deveres visa prevenir (perturbação de decisão esclarecida e fundamentada do investidor-cliente)”.

Sabendo-se, de antemão, que os tribunais seguirão a posição uniformizadora consagrada, importa, não obstante, sublinhar que, não tendo o acórdão o valor de um anterior assento, é possível contraditar em concreto a solução dogmática nele expendida, desde que para tanto se cumpra fundadamente um ónus de contra-argumentação.

Ora, o que resulta do acórdão é, aos nossos olhos, a incompreensão do verdadeiro sentido da causalidade, a implicar, por isso, que o coletivo se tenha enredado em questões atinentes à prova que, de outro modo, poderiam ser superadas. Aliás, os votos de vencido que expusemos explicitam bem os termos do problema, pese embora não tenham conseguido, nas soluções que propuseram, dar o salto no sentido da superação de uma visão causal do requisito com que se lida. As tentativas de tutela da posição do investidor lesado passam, na generalidade das posições expendidas, pela construção de soluções ao nível probatório, pela interpretação dos preceitos do CVM, no sentido de deles extrair uma presunção de causalidade, ou, inclusivamente, pela proposta de autonomização de um novo dano, o dano da perda de chance, numa posição que denota a natureza híbrida da categoria, a ser tratada muitas vezes como um expediente para contornar problemas probatórios em matéria de causalidade.

Do nosso ponto de vista, a adequada compreensão do problema da responsabilidade do intermediário financeiro – no que respeita ao segmento da causalidade – terá de necessariamente coenvolver uma recompreensão do próprio pressuposto. Na verdade, o busílis do problema não radica na repartição do ónus da prova, mas no correto entendimento acerca



da própria causalidade, até porque sua perspectivação à luz de uma visão imputacional não deixará incólume a questão probatória, garantido a adequada tutela do investidor lesado.

De resto, as teorias tradicionais em matéria de causalidade não se mostram aptas a solucionar o problema. A causalidade adequada, se já se mostra, como veremos, falha em geral, no quadro da responsabilidade por informações, torna-se totalmente imprestável. E o certo é que, independentemente da recondução da responsabilidade do intermediário financeiro ao núcleo de relevância da responsabilidade contratual ou da responsabilidade extracontratual<sup>5</sup>, num esforço de simplificação, podemos dizer que muitas das situações desencadeadoras de uma pretensão indenizatória a este nível podem-se qualificar como hipóteses de responsabilidade por informações.

Importa, por isso, refletir acerca do problema da causalidade no seio da responsabilidade do intermediário financeiro.

## 2. O problema da causalidade na responsabilidade do intermediário financeiro

### 2.1. A imprestabilidade das teorias tradicionais

Nessa necessária reflexão, a primeira nota que importa sublinhar é que as tradicionais teorias causais não se mostram aptas a solucionar a questão indenizatória.

Na verdade, já em geral, a causalidade adequada mostra-se falha na missão que tenta cumprir<sup>6</sup>: é imprestável quando se lida com omissões, quando se lida com situações de causalidade dita psicológica; torna-se ambivalente quando se pondera qual o momento determinante para a aferição da adequação, qual o grau de conhecimentos exigidos e qual o grau de probabilidade

<sup>5</sup> Mafalda Miranda BARBOSA/José Luís Dias GONÇALVES, *Instrumentos financeiros. Valores mobiliários. Valores monetários. Derivados de Crédito. Produtos de bancassurance*, Gestlegal, 2020, 26 s.

<sup>6</sup> Para uma análise desenvolvida de todos eles, 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*, Princípiã, 2013, 698 s. Veja-se, também, *inter alia*, Florence G'SELL-MACREZ, *Recherches sur la notion de causalité*, Université Paris I – Pantheon – Sorbonne, 2005, 100. A autora aduz certamente que ficam por resolver algumas questões, como sejam: a) a identificação do fator relevante; b) saber qual o momento determinante para a determinação do potencial causal do facto delitual (cf. p. 101); c) grau de conhecimentos exigidos (cf. p. 102); d) determinação dos eventos tipo, já que a imputação causal se faz sob a forma de um processo de pensamento que contém uma série de abstrações e, como tal, os eventos-tipo identificados pelo juiz devem poder ser os termos de uma regularidade causal geral (cf. p. 103 e 104, onde a autora esclarece, ademais, em consonância com o que já tínhamos sustentado, que “quanto maior a generalização do resultado, mais aumenta a possibilidade de produção dele”); e) identificação das generalizações que fundam a imputação causal, de maneira a avaliar a frequência relativa da ocorrência dos tipos de eventos identificados; f) oscilação entre um critério de probabilidade objetiva e do aumento de probabilidades (sendo certo que é mais fácil estabelecer a causalidade com apelo ao segundo – cf. p. 106); g) confluência de diversos fatores causais a apontar no sentido de uma probabilidade relativa (cf. p. 108); K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, II, Halbband 1, *Besonderer Teil*, 13. Auflage, München: Verlag C. H. Beck, 1986, 440, sublinhando que, contra a doutrina da adequação, se aduziu que a imputação é reduzida, por meio dela, a uma escala quantitativa, dependente da frequência estatística da ocorrência dos danos sequenciais; Günther BERNERT, “Die Leeformel von der Adäquanz”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 169 Band, Heft 5/6, 1969, 421-442.

que se reclama; torna-se quase aporética quando se debate qual o grau de pormenorização na descrição dos relata; não oferece um critério suficientemente seguro para lidar com algumas situações de pluri-causalidade. Além disso, a causalidade adequada parece não prescindir de um juízo de condicionalidade alicerçado na *conditio sine qua non*, que por sua vez se mostra contraditória com o sentido não determinístico do fluir dos acontecimentos e se mostra imprestável sempre que nos confrontamos com hipóteses de causalidade cumulativa não necessária ou de causalidade alternativa incerta. Acresce que, entre as suas diversas formulações, a causalidade adequada vai oscilando entre um juízo de tipo probabilístico-estatístico, que quadra mal com a intencionalidade especificamente jurídica, e um juízo próximo da previsibilidade que, não só nos encaminha para a culpabilidade, como não permite resolver todos os problemas com que a este nível somos confrontados<sup>7</sup>.

Estas falhas tornam-se particularmente visíveis quando lidamos com a responsabilidade dos intermediários financeiros. Estando em causa a omissão de informações relevantes ou a prestação de informações falsas, o juízo de probabilidade a que a causalidade adequada nos conduz pouco nos adiantará. Se perspetivarmos o nexa a edificar em termos de ligação entre o comportamento do agente e o prejuízo económico advindo, ele só pode ser edificado por meio da consideração intermédia do comportamento da vítima, que faz o investimento. Ao procurarmos destrinçar este liame com base numa ideia de probabilidade assente em tipos (tipo de comportamento, tipo de dano), chegamos à conclusão que a resposta tenderá a ser positiva, o que conduziria à prescindibilidade do juízo de adequação em concreto e, conseqüentemente, ao incremento da importância do critério da *conditio sine qua non*. Não é à toa, na verdade, que a jurisprudência frisa a necessidade de se provar que sem a omissão da informação o sujeito não teria feito o investimento. E se também a causalidade adequada nos enreda em considerações espúrias acerca do modo de agir humano, pressupondo-o como determinístico, a condicionalidade sem a qual mostra-se nestas hipóteses de causalidade psicológica totalmente falha. Por outro lado, ao impor-se a recondução do prejuízo económico ao comportamento do intermediário financeiro, mesmo que através da consideração da decisão de investimento, o jurista ver-se-á enredado em problemas vários, quando concorram para a concretização do risco de investimento outros fatores que não a omissão de informação.

---

<sup>7</sup> Cf., a este ensejo, o acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 10 de Setembro de 2013, considerando que “o dever geral de diligência (definido de modo a evitar a lesão de direitos alheios) não abrange todas as lesões possíveis, mas apenas as que se mostrem previsíveis, pois só se pode evitar o que se pode prever. Uma associação não responde pelo dano sofrido por um menor na sequência da explosão de um engenho pirotécnico encontrado no seu campo de futebol, porque nada faria prever que isso pudesse acontecer”.

Apela-se, aqui, a uma ideia de previsibilidade. Esta não pode ser aceite como critério de determinação do nexa de imputação. Na verdade, se dirigida aos danos subsequentes, ela não seria operativa, a não ser que fosse entendida em termos tão amplos que deixasse de funcionar como o filtro que deveria ser; se dirigida aos danos eventuais, ela não acrescenta praticamente nada em relação à culpa.

A verdade é que, a partir do momento em que a culpa, ao nível do direito civil, se afere em abstrato, somos forçados a concluir que, se nos focarmos para a formulação do juízo de prognose, na ótica do agente a probabilidade tenderá a convergir com a previsibilidade.

Note-se que, no modelo imputacional por nós proposto (cf. Mafalda Miranda BARBOSA, *Do nexa de causalidade ao nexa de imputação*, 890 s.), também fazemos apelo a uma ideia de previsibilidade. Simplesmente, esta dirige-se à esfera de risco/responsabilidade que é edificada e não a cada um dos danos eventuais concretamente experimentados.

## 2.2. A causalidade psicológica

Uma vez que o comportamento que diretamente desencadeia a lesão não é levado a cabo pelo pretense responsável, mas pelo próprio lesado ou com o consentimento deste, isto significa que entre a conduta do agente e a lesão intermedeia o comportamento da vítima.

Em qualquer das situações referidas anteriormente, estamos no domínio do que, além-fronteiras, se cunhou por causalidade psicológica – o comportamento do pretense lesante levou (intencionalmente ou não) o lesado a agir –, embora aquela apresente um âmbito de relevância conceptual mais amplo do que o que vai intencionado pelos casos de responsabilidade por informações. Dito de outro modo, a causalidade (chamada de) psicológica não se esgota nesta constelação problemática, não obstante encontre nela um campo privilegiado. O que a caracteriza é o facto de, entre a primeira causa e o resultado, interceder uma decisão livre, tida como segunda causa. O cerne do problema reside, pois, na dúvida que se concita acerca da conformação da primeira causa como causa *tout court*, por se constatar a influência psicológica que exerceu sobre o segundo agente, afetando-lhe a vontade<sup>8</sup>.

Winiger<sup>9</sup> ensina que a causalidade psíquica supõe que várias pessoas estão envolvidas no mesmo facto, podendo estas encontrar-se numa relação de oposição entre si (como quando uma é vítima da influência de outra) ou numa relação de cooperação (colocando-se aqui o problema da indução ou incitamento que envolve problemas de concurso de responsabilidade). Sublinha, também, que há formas e intensidades diversas de influência psicológica. Apresenta, assim, uma taxonomia de situações:

- 1) *slightest influence*, onde se incluem os casos de *simply excitement* (ex. da pessoa que observou um acidente de viação e socorre a vítima que foi lesada pelo carro, sendo

<sup>8</sup> A este propósito, Dieter MEDICUS, *Bürgerliches Recht*, 21 Auflage, Carl Heymanns Verlag, Köln, Berlin, München, 2007, 409, distinguindo os casos de *psychisch Kausalität* das situações de *vermittelter Kausalität*. Cf., porém, Till RISTOW, *Die psychische Kausalität im Deliktsrecht*, *Europäische Hochschulschriften*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2003, 17. Definindo a *psychischen Kausalität* como aquela que surge nos casos “bei denen der Schaden nicht durch die direkten physischen Auswirkungen des Verhaltens einer Person eintritt, sondern über den Umweg einer psychischen Komponente entsteht, nämlich das willentliche Handeln einer weiteren Person”, diz que ela é muitas vezes conhecida como *psychisch vermittelte Kausalität*, sendo o problema também conhecido por *novus actus interveniens* no quadro do preenchimento da responsabilidade (*Haftungsausfüllung*). Acerca da questão do *novus actus interveniens*, v., ainda, entre outros, Gert BRÜGGEMEIER, *Haftungsrecht. Struktur, Prinzipien, Schutzbereich zur Europäisierung des Privatrechts*, Springer, Berlin, Heidelberg, New York, 2006, 30 s.

Cf., igualmente, Ulrich MAGNUS, “Remarks on Psychic Causation”, *European Tort Law, Liber amicorum for Helmut Koziol*, Ulrich MAGNUS E Jaap SPIER (ed.), Peter Lang, Frankfurt am Main, Berlin, Bern, Bruxelles, New York, Oxford, Wien, 2000, 169 s. No seu estudo, o autor diz-nos o que pode ser identificado por *psychic causation* (“a causalidade ocorre como reação a um ato ou omissão de outra pessoa”, estando, portanto, em causa uma situação em que a causalidade se pretende estabelecer sem que haja intervenção física e direta do pretense lesante. Adianta o autor que algumas decisões jurisprudenciais tratam o problema sob a égide do *novus actus interveniens* ou da vítima ou de terceiro. Mais acrescenta que, em muitas hipóteses, a vontade do terceiro ou da vítima é influenciada pelo lesante numa extensão tal que exclui a autonomia do segundo comportamento – cf. p. 170).

<sup>9</sup> B. WINIGER, “Comparative report: damage caused by psychological influence”, B. WINIGER, H. KOZIOL, B.A. KOCH, R. ZIMMERMANN (ed.), *Digest of European Tort Law*, vol. 1: *essential cases on natural causation*, Wien, New York, Springer, 2007, 193 s.

atingida por outro automóvel), os casos de *simples tentação* (como o caso do rapaz que se põe a brincar com o vidro que encontra no recreio) e os *casos de sedução* (ex. da promessa de casamento como meio para obter o consentimento para relações sexuais); 2) *slight influence*, onde encontramos *formas de imitação* (alguém encoraja outro, pelo exemplo que dá ou não, a adotar um determinado tipo de comportamento) e os *casos particulares de perseguição*;

3) *stronger influence* (casos de incitamento para a prática de um ato perigoso ou ilícito);

4) *strongest influence* (uma pessoa atuou às ordens de alguém que lhe solicitou para executar determinada atividade perigosa. Também se integram aqui os casos de explícita provocação e de intimidação);

5) casos particulares de influência psicológica que dizem respeito à *errada ou insuficiente informação*, como as situações de não cumprimento do dever de informação por parte dos médicos.

Por seu turno Lange e Schiemann<sup>10</sup>, bipartem a análise do problema em dois grandes segmentos:

1) *freie Handlungen des Verletzten* – comportamento livre do lesado, integrando aqui situações como os:

- a) *Nothilfefälle*<sup>11</sup> e ponderando-se, no seu seio, questões tão importantes como a procedência ou não de uma pretensão de acordo com o regime da gestão de negócios, de acordo com o § 677 BGB; a diferença valorativa da inserção da questão na responsabilidade pelo risco ou por factos ilícitos; a existência de um dever de comportamento tendente a não serem criadas situações sociais de emergência; a putativa existência de obrigações morais e legais de intervenção em face do perigo; e a aplicabilidade do § 254 BGB;
- b) os b) *Fluchtfälle* (casos de fuga)<sup>12</sup>, considerando que a fuga é um ato ilícito quando a pessoa provocou o lesado e não se mostra desproporcionada em relação ao significado da situação, ficando a responsabilidade do que foge ao aumento do risco, mas não cobrindo os normais riscos do tráfego<sup>13</sup>; os c) *Selbstschädigung des Verletzten, Verhalten des Verletzten und Folgeschäden*<sup>14</sup>, considerando que o critério da provocação se aplica também quando o dano se concretiza por uma reação potencialmente perigosa do lesado, mobilizando-se o § 254 BGB quando a lesão surge como uma compreensível resposta, embora não ótima do ponto de vista económico; e

2) *Eingriffe Dritter* – intervenção de um terceiro, considerando, a este propósito, que a delimitação da responsabilidade desses terceiros e o âmbito do risco do lesado não é baseada

<sup>10</sup> Hermann LANGE/Gottfried SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts, Schadensersatz*, 3. Aufl., Mohr, Tübingen, 2003, 131 s. e 142 s.

<sup>11</sup> Hermann LANGE/Gottfried SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts, Schadensersatz*, 132.

<sup>12</sup> Hermann LANGE/Gottfried SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts, Schadensersatz*, 134 s.

<sup>13</sup> Pondera-se, também, o facto de muitas normas que tornam a fuga ilícita servirem para protecção de outros interesses que não a salvaguarda daquele que persegue e de as condutas impróprias deverem ser valoradas à luz do § 254 BGB.

<sup>14</sup> Hermann LANGE/Gottfried SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts, Schadensersatz*, 136.

só na adequação e que o comportamento do terceiro não exclui a responsabilidade quando lhe foi dada a ocasião para o evento ou mesmo quando tenha atuado negligentemente. Excluem-se, porém, as situações de negligência grosseira do terceiro.

A doutrina tem, assim, procurado cindir as hipóteses assimiláveis pela intencionalidade normativa da categoria dogmática por si chamada à colação entre os casos *Zweipersonenverhältnissen* (segundo causador do dano e lesado identificam-se) e os *Dreipersonenverhältnissen* (o segundo causador do dano e o lesado são pessoas distintas)<sup>15</sup>.

<sup>15</sup> Stephan Philipp FORST, *Grenzen deliktischer Haftung bei psychisch Vermittelter haftungsbegründender Kausalität*, 31 s. Sobre o ponto, v. Till RISTOW, *Die psychische Kausalität im Deliktsrecht*, 17. O autor distingue mais do que um tipo de casos, a convocar, segundo o seu entendimento, problemas diversos: a) casos em que o segundo agente causador do dano lesa os seus próprios interesses, nos quais a questão que se suscita é a de saber se o primeiro agente é responsável ou se, sendo o primeiro agente responsável, vai ou não haver uma repartição da indemnização segundo os critérios do § 254º BGB; b) casos em que o primeiro agente sofre através de um segundo agente danos, colocando-se o problema de saber se ele tem de suportar esse dano, se o agente é responsável ou se o segundo é responsável mas o dever de indemnizar fica limitado pela contribuição culposa do primeiro agente; c) casos em que o bem jurídico lesado pertence a um terceiro, passando o problema a ser o de saber se é responsável o primeiro agente, o segundo ou os dois solidariamente (§ 840, 421 e ss. BGB); e LANGE/SCHIEMANN, *Handbuch*, 131 s., que classificam as situações de *psychisch vermittelte Kausalität freie Handlung des Verletzten e Eingreifen Dritter*.

Acerca das *Zwei-Personen-Verhältnissen*, veja-se, novamente, Till RISTOW, *Die psychische Kausalität*, 45 s. Ristow apresenta, dentro delas, inúmeras situações. Acompanhemos, também, a sua taxonomia: a) *Dazwischentreten zur Hilfeleistung* – intervenção para socorro (segundo o testemunho do autor – cf. p. 71 e ss. –, tradicionalmente, aplica-se a estes casos o critério da provocação – *Herausforderungskriterium* –, desenvolvido para os casos de prestação de socorro e salvamento – *Nothilfe und Rettungsfälle* –, mas que pode ser mobilizado para qualquer situação que envolva ajuda – *Hilfeleistung*. O segundo agente intervém para impedir uma situação danosa ou perigosa. Ora, tem-se entendido que não é socialmente inadequado o surgimento do auxílio, sobretudo quando avulta uma obrigação moral para agir. Ristow acaba por mostrar-se cético relativamente a algumas destas ideias. Em primeiro lugar, diz-nos que “é duvidoso que alguém possa gerar uma emergência socialmente adequada, uma vez que a noção de emergência em si mesma contém uma ideia de inadequação social”, ao que acresce que “é discutível a ideia de criação de uma obrigação moral de agir, porque, estando em causa uma situação que pode provocar graves lesões para o próprio, essa obrigação claudica”. Também a invocação do interesse público não colhe a aceitação do autor, porquanto a finalidade da responsabilidade civil esteja distante dele. Por isso, sustenta que a melhor formulação é a que aponta para o confronto entre o comportamento do primeiro e do segundo agente – o fundamento da responsabilidade radicaria, assim, na “produção socialmente inadequada de uma situação de perigo. Não obstante, há que estabelecer limites, que Ristow nos dá a conhecer a págs. 74 e ss. Na verdade, ações totalmente despropositadas do segundo agente, designadamente quando há uma desproporção entre o risco gerado e a intervenção daquele ou quando se denota a irracionalidade que é incorrer em perigo quando a causa de ajuda é fútil); b) *Dazwischentreten bei Autoritätsstellung des Erstverursachers* – intervenção pela posição de autoridade do primeiro agente (cf. p. 76 e ss., onde o autor explica que aqui a atuação do segundo agente não é motivada pela criação de um especial perigo por parte do primeiro agente, mas por uma confiança neste que se manifesta através da ação do segundo, que tem um *deficit* de conhecimentos que o impede de avaliar a situação. Há que ponderar aqui a própria ideia de autorresponsabilidade do segundo agente, falando-se, por vezes, de *Herdenreaktion* – v., a propósito, também citado por Ristow, ZIMMERMANN, “Herausforderungsformel und Haftung für fremde Willensbetätigung nach § 823 I BGB”, *Juristenzeitung*, 1980, 13); c) *Dazwischentreten bei Eingriffspflichten des Zweitverursachers* – intervenção obrigatória do segundo agente (cf. p. 91 e ss. – neste grupo, “a intervenção do segundo agente não foi motivada pelo perigo criado para os bens jurídicos de uma pessoa, nem por uma especial autoridade do primeiro agente. Antes o segundo sujeito sente, pela sua posição institucional, que tem a obrigação de intervir. É o que acontece sempre que o segundo agente pertence ao corpo policial. Fundamental, para que haja imputação, é que tenha havido provocação – *herausgefordertes Dazwischentreten* –, não sendo suficiente que o comportamento tenha sido solicitado.

E tem procurado soluções. Reconhecendo a impossibilidade de se lidar com as hipóteses do ponto de vista das teorias tradicionais, e partindo da ideia de liberdade humana<sup>16</sup>, Forst apresenta dois modelos imputacionais. De um lado o modelo da causalidade mediata ou indireta (*mittelbaren Verursachung*); de outro, o modelo da causa negligente (*fahrlässing Verursachung*). Baseia-se o primeiro não só no pano de fundo fundamentador anunciado (a liberdade de autodeterminação do sujeito), como também na demarcação das áreas de responsabilidade dos sujeitos envolvidos no caso *sub iudice*. Congruentemente, o princípio da responsabilidade direta ou pessoal reclama a comparabilidade das vontades em jogo<sup>17</sup>. Ou, numa perspetiva dogmaticamente densificada, o caso com que o jurista se confronta só se tornará problemático se e quando a atuação do segundo agente se basear num ato de vontade livre. De outro modo, discernir-se-á uma instrumentalização de um ser humano no sentido de pôr em marcha um determinado resultado. Inexistirá um dos eventuais e pretensos polos de imputação delitual, pela falência liminar do fundamento em que ela se predica. Simplesmente, o traçar da fronteira entre a atuação livre do segundo agente e a heterodeterminação da sua vontade não pode ser feita segundo uma ótica naturalista, pelo que é, afinal, aí que repousa o busílis da questão que com a transposição da noção de autor mediato – colhida de empréstimo do congénere penalista – se procura resolver<sup>18</sup>. Nas palavras de Forst, “o modelo do causador mediato deve ser forjado no seio da doutrina do escopo da norma violada”, estando em causa “um cotejo de esferas de

Fundamental, ainda, parece ser, pelo diálogo encetado pelo autor a págs. 119 e ss., o cotejo de esferas de risco e responsabilidade, ao ponto de, e centrando-se exclusivamente na atuação policial, dizer que os agentes de autoridade incorrem num âmbito mais vasto de risco do que as outras pessoas, o que implica que só em casos extremos falha a responsabilidade por o perseguidor ter incorrido em riscos absolutamente inadequados, abrindo-se as portas à repartição de responsabilidade segundo o §254º BGB. Note-se, porém, que – cf. p. 122 –, de acordo com outra perspetiva, o risco da perseguição situa-se na esfera profissional do perseguido); d) *Dazwischentreten bei gegenständlichen Gefahrenkontrollpflichten des Erstverursacher* – intervenção pelo concreto dever de controlo do perigo do primeiro agente (cf. p. 126 – trata-se de situações em que o primeiro agente deteve o controlo sobre uma concreta fonte de perigo e viola um dever de conduta, sendo o segundo agente quem produz diretamente o dano).

Acerca das situações que envolvem um terceiro, cf. p. 145 e ss. A este ensejo, Till Ristow apresenta uma taxonomia análoga à que curámos em cima. Assim, fala de a) *Dazwischentreten bei Unterlassung einer hinreichenden Sicherheitsvorkehrung durch den Erstverursacher* – intervenção pela omissão de uma disposição de segurança pelo primeiro agente; b) *Dazwischentreten bei Beeinträchtigung einer bestehenden Sicherheitsvorkehrung durch den Erstverursacher* – o primeiro agente estava onerado com uma disposição de segurança relativamente aos bens jurídicos do lesado e viola-a; o segundo agente aproveita-se da preterição da obrigação para lesar o bem jurídico de um terceiro (cf. p. 172 e ss.); c) *Dazwischentreten bei Konstellation, die den Zwei-Personen-Verhältnissen entsprechen* – intervenção em constelações que correspondem às *Zwei-Personen-Verhältnissen* – p. 183 e ss.

<sup>16</sup> Cf. Stephan Philipp FORST, *Grenzen deliktischer Haftung bei psychisch Vermittelter*, 123. Note-se que, não obstante a louvável ancoragem na liberdade humana, o enfoque é sobretudo colocado na ausência de determinismo, e bem assim de heterodeterminação do sujeito, com o se dá lustro a uma liberdade entendida em termos voluntaristas. O acento tónico é, de facto, colocado na vontade livre. Saliente-se, ainda, que o princípio precipuamente mobilizado é, posteriormente, objeto de escarpelização por Stephan Forst. Como decorrência da liberdade de vontade, fala o insigne jurista do: 1) princípio da responsabilidade própria (p. 124); 2) princípio do domínio ou do controlo (p. 126), com o qual Forst pretende chamar para o epicentro das suas lucubrações, ainda e sempre em sintonia com o pressuposto valorativo de que parte, a ideia de controlabilidade do decurso causal, pela qual se contornaria a eficácia determinista das leis da natureza. Interpretação possível do critério leva-o a aproximar-se de uma ideia de adequação social (p. 127). É com base nestes axiomas que Stephan Forst idealiza dois modelos de solução do problema.

<sup>17</sup> Cf. Stephan Philipp FORST, *Grenzen deliktischer Haftung bei psychisch Vermittelter*, 128.

<sup>18</sup> Cf. Stephan Philipp FORST, *Grenzen deliktischer Haftung bei psychisch Vermittelter*, 129.

risco”<sup>19</sup>. Para tanto e enquanto desenvolvimento do postulado de que se parte, o essencial da valoração que se entetece encontra raízes na existência ou não de uma vontade livre dos sujeitos envolvidos. Excluindo-se a autodeterminação do segundo agente, a responsabilidade remontará ao primeiro. Inversamente se passam as coisas se o seu ato for totalmente livre<sup>20</sup>. Situações haverá, porém, em que se afigura justo responsabilizar o primeiro agente ainda que a liberdade de vontade do segundo não se apresente coartada de algum modo. É por isso que Stephan Philipp Forst complementa o modelo da *mittelbaren Verursachung* com o também pré-anunciado modelo da *fahrlässing Verursachung*<sup>21</sup>. Ponto inicial da tentativa de perscrutar a viabilidade da imputação do dano ao primeiro agente, não obstante a constatação do carácter livre do comportamento do segundo, é agora a qualidade subjetiva da conduta daquele. Sendo ela dolosa, poucas dúvidas restarão; sendo negligente, o grau de complexidade com que o jurista terá de lidar aumenta. Imprescindível é, aí, a dilucidação da preterição de especiais deveres de atuação diligente, já que, “se uma ação levada a cabo em contravenção com esse dever de diligência dá origem a um curso de acontecimentos, não se pode rejeitar a responsabilidade pela lesão ocorrida invocando a vontade livre do segundo agente que intervém posteriormente na relação causa-efeito”<sup>22</sup>. Sendo inviável elencar, *a priori*, os deveres a que nos referimos, sempre se dirá que a nota da excecionalidade derrama aqui a sua influência. Isto é, na medida em que a responsabilização do primeiro agente por uma conduta do segundo quebra a regra da responsabilidade pessoal e direta, há que ser especialmente cautelosos na adjudicação dessa

<sup>19</sup> Cf. Stephan Philipp FORST, *Grenzen deliktischer Haftung bei psychisch Vermittelter*, 131. Considera o autor que, se o segundo agente atua de forma não autónoma, não mais terá de suportar o risco específico da sua conduta, o qual só pode ser imputado ao primeiro agente. Segundo a taxonomia apresentada por Forst, essa liberdade sairia excluída quando o segundo agente tinha obrigação de agir; quando o primeiro agente cria uma situação diante da qual o segundo passa a ter a obrigação de atuar, sob pena de se sujeitar a determinadas sanções ou efeitos nefastos. Do mesmo modo, sugere-se haver uma constrição da liberdade humana sempre que uma ação seja autorizada (p. 135) e bem assim sempre que o primeiro agente detenha em relação ao segundo uma posição de autoridade (p. 137), ou possua um nível cognitivo ou um grau de competência superior aos detidos por este que desequilibre o jogo de forças envolventes, ao ponto de se considerar fundadamente que a liberdade do segundo agente se afigura coartada (p. 138). Inversamente, excluir-se-á a responsabilidade, a montante, do primeiro lesante sempre que o segundo incorra em excesso. No que se refere ao carácter culposo ou não da conduta do segundo agente, Philipp Forst denuncia uma incompreensão genérica do modelo por parte da doutrina. Sustenta que a valoração tem de ser feita independentemente do juízo de culpabilidade (p. 140). Quanto ao ponto, veja-se também, embora noutra perspectiva, ZIMMERMANN, “Herausforderungsformel und Haftung für fremde Willensbetätigung nach §823 I BGB”, 10 s.; ID., “Der Sebstmord als Gefährdungssachverhalt-Aufwendungs-oder Sachensersatz für den Retter”, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ)*, 1979, 103 s., considerando aplicáveis as regras atinentes à provocação aos casos de tentativas de suicídio seguidas de salvamento; Nils JANSEN, *Die Struktur des Haftungsrechts*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2003 575 e ss.; H. LANGE/G. SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts*, 131 s.

<sup>20</sup> Numa perspetiva completamente diversa, cf., a este ensejo, DEUTSCH, «Regreßverbot und Unterbrechung des Haftungszusammenhangs im Zivilrecht – Bemerkung zum Urteil des VI. Zivilsenats des BGH v. 16. 2. 1972», *Juristenzeitung*, 27, Heft 18, 1972, 551 s.

<sup>21</sup> Cf. Stephan Philipp FORST, *Grenzen deliktischer Haftung bei psychisch Vermittelter*, 142.

<sup>22</sup> Cf. Stephan Philipp FORST, *Grenzen deliktischer Haftung bei psychisch Vermittelter*, 145-146. Nota prestimosa na concretização do critério é a consideração do padrão de referência na delimitação dos deveres de atuação diligente aqui mobilizados. Imputação subjetiva e objetiva entram novamente em confronto, para remeter para aquela a ótica do indivíduo e restringir (ou ampliar, consoante o prisma) a segunda de acordo com a valoração de um observador ideal, de acordo com o estado dos conhecimentos no momento da prática do ato (cf. p. 146).

obrigação de ressarcimento<sup>23</sup>. Para tanto adianta Forst dois elementos: a previsibilidade objetiva da violação do bem jurídico<sup>24</sup> e a evitabilidade da lesão. O primeiro remete-nos para o núcleo predicativo da adequação e para a probabilidade que ela encerra, que deixa de ser elemento fundante da imputação para passar a ser um mero filtro auxiliar do juízo de valoração entretecido<sup>25</sup>. O segundo cumpre a missão de trazer para o seio da indagação causal o princípio do controlo da coisa pelo agente<sup>26</sup>.

Forst salienta, como não poderia deixar de o fazer, a liberdade humana e é na sua eleição fundamentante que vai ancorar todas as lucubrações subsequentes. É ela que, entre as outras potencialidades que encerra, permite a colocação da ideia de controlo da ação no epicentro dos modelos teóricos por si forjados. Na verdade, a desvelação do sentido livre do agir humano, arredando a conduta de cada um do determinismo da *res natura*, torna equacionável a responsabilidade pelo controle causal originário. De um certo prisma, garante ainda a tematização da culpa. E garante a inteligibilidade da assunção do risco. Quanto ao ponto, pensamos, contudo, que se deve ir mais longe. De um lado, a liberdade que se convoca não pode ser encarada como a mera ausência da inexorabilidade do acontecer. Ela matiza-se positivamente e nessa positividade assumida conduz à compreensão das pontes que se entretecem entre humanos, incapazes de viver no isolamento. Cremos ser essa a nota que justifica a necessidade de complementação do primeiro modelo do controlo da conduta com os desvios autorizados pelo modelo da negligência a que aportamos pela lição do autor. Há, porém, que rodear o discurso de cautelas. É óbvio que a atuação culposa do agente abre espaço a um domínio de risco pelo qual deve responder. Não o negamos, nem o poderíamos negar. Simplesmente, ainda que a assunção culposa daquele fundamente a responsabilidade e oriente

<sup>23</sup> Cf. Stephan Philipp FORST, *Grenzen deliktischer Haftung bei psychisch Vermittelter*, 147. Cf., sobre o ponto, Martín García-Ripoll MONTJANO, *Imputación objetiva, causa próxima y alcance de los daños indemnizables*, Editorial Comares, Granada, 2008, 148 s., questionando o alcance dos danos indemnizáveis quando se produz a intervenção danosa de um terceiro e o problema da proibição de regresso.

<sup>24</sup> Sobre o ponto, v., também, Johann NEETHLING, “Delictual Liability for psychological lesions in South African Law”, *European Tort Law, Liber Amicorum for Helmut Koziol*, edited by Ulrich MAGNUS e Jaap SPIER, Peter Lang, Frankfurt am Main, Berlin, Bern, Bruxelles, New York, Oxford, Wien, 209 s.

<sup>25</sup> Cf. Stephan Philipp FORST, *Grenzen deliktischer Haftung bei psychisch Vermittelter*, 148. Para um aprofundado confronto entre o modelo proposto por Forst e a doutrina da causalidade adequada, cf., p. 157 s. Sistematizando diferenças mais ou menos evidentes, diríamos que há pontos de contacto entre ambas: ideia de probabilidade; padrão de referência ancorado no observador ótimo, embora aqui com a sutileza das divergências doutrinárias constatadas; ponto de vista tendencialmente objetivo. Contudo, pensamos não incorrer em nenhuma imprecisão se adiantarmos que o ponto de partida do autor é diverso. Não se inicia o percurso dialógico a partir do resultado, mas da comprovação fundada de uma obrigação de atuação diligente que, em concreto, foi preterida. A aparente tenuidade da diferença granjeará um peso específico incomensurável, porque a alteração do *prius* não só permitirá estabelecer uma consonância quantas vezes perdida entre o estrato do direito que é e do direito que deve ser, como comportará consequências práticas incontornáveis, ao nível substantivo como adjetivo.

<sup>26</sup> Cf. Stephan Philipp FORST, *Grenzen deliktischer Haftung bei psychisch Vermittelter*, 149. Continuando o cotejo com o primeiro modelo por si apresentado, Stephan Forst mostra que, ao contrário do constatado ao nível do modelo da *mittelbaren Verursachung*, estando em causa a negligência do primeiro causante, o problema tem de ser equacionado noutros termos. Chamada à colação é a ideia da proporcionalidade da intervenção no processo causal, podendo acontecer que o dever do primeiro agente seja de tal modo amplo que se estenda para ter de cobrir ações do segundo, ainda que ele atue manifestamente de forma excessiva – cf. p. 151. Para uma análise do papel que a culpa do segundo causador do dano aqui desempenha, cf., ainda, p. 153 s.



o juízo imputacional, convém lembrar duas notas não despidiendas. Se nos confrontamos com o problema da causalidade, tal deve-se em parte à teleologia primária da responsabilidade civil que o reclama, e em parte à percepção não autista da complexidade do fluxo causal no mundo. Donde o mesmo risco que se controla e que negligentemente se abraça, se bem justificando a imputação, há de levar-nos, numa força de sentido oposto, à consideração dos limites dela. Posto que, se é certo que a vontade humana livre o controla em certa medida, escapará à mesma o exato desenrolar dos eventos subsequentes, já que, de outro modo, seria afinal o determinismo – que abandonamos – que estaríamos, em última instância, a advogar. O risco colora a realidade, o fluir do mundo, no qual o ser se insere. Um risco que ele pode controlar, nisso se distanciando as sociedades hodiernas das sociedades primitivas, quem sabe se mais perigosas. Mas um risco que não deixa de também ser caracterizado pela complexidade da interação das forças naturais, para além das humanas<sup>27</sup>.

Parece residir aqui a insuficiência denotada na lição de Stheban Forst. À imputação estribada em aspetos axiológicos há de, pois, associar-se a nota ontológica e sociológica, que garante a transposição entre o plano do dever-ser e o plano do ser. Ora, no modelo proposto pelo jurista alemão, a preocupação que agora nos ocupa parece ser resolvida pela mobilização da doutrina da *conditio sine qua non*. Tememos, contudo, que ela crie mais dificuldades do que solucione problemas e conduza às aporias já diagnosticadas *supra*. Ao que acresce a impossibilidade de cumprir um desiderato imputacional ou não viesse ela imbuída do determinismo e naturalismo que, em simultâneo, se recusa.

As soluções propostas pelos autores para os problemas que envolvem a ideia de causalidade psicológica, ao mesmo tempo que vincam as inconcludências das doutrinas tradicionais para se lidar com muitos dos problemas que o mundo contemporâneo coloca, não nos parecem suficientes para garantir uma resposta materialmente justa e normativamente adequada. O principal problema que se denota passa pela falta de congruência dos modelos propostos que, se superam uma visão determinística da causalidade, não logram, contudo, ultrapassar as dificuldades a que somos conduzidos pela necessidade de comprovação da condicionalidade de que ainda se parte em muitos deles.

### 2.3. Causalidade como imputação

Entendemos, por isso, que se deve propor uma nova visão acerca da causalidade.

Tal mutação radica em dois pontos fundamentais. Vejamos.

- a) *A diferenciação entre a causalidade fundamentadora da responsabilidade e a causalidade preenchedora da responsabilidade*

<sup>27</sup> Cf. Günter HAEGER, “Umweltschäden – ein Prüfstein für die Wandlungs- und Leistungsfähigkeit des Deliktsrecht”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1986, 1961-1971, considerando que os tradicionais esquemas causalistas não logram obter resposta satisfatória para lidar com os problemas a que somos conduzidos pelas sociedades atuais, multicomplexas.

Se, tradicionalmente, o nexo de causalidade era entendido de forma unívoca, estabelecendo a ligação entre a conduta ilícita e culposa e os danos sofridos pelo lesado, embora os autores acabassem por evidenciar – de forma mais ou menos clara – que este liame era chamado a cumprir uma dupla função (ao mesmo tempo que seria entendido como um pressuposto da responsabilidade, era visto como um problema atinente ao cálculo da indemnização<sup>28</sup>), hoje, fruto da boa influência de além-fronteiras, a doutrina portuguesa passou a distinguir dois nexos de causalidade. Melhor dizendo, o nexo de causalidade comunga, naquela que nos parece ser a melhor visão do problema, de uma natureza binária. Lado a lado concorrem a causalidade fundamentadora da responsabilidade e a causalidade preenchedora da responsabilidade. A primeira liga o comportamento do agente à lesão do direito ou interesse protegido<sup>29</sup>; a segunda liga a lesão do direito ou interesse protegido aos danos consequenciais (segundo dano) verificado. A bifurcação a que se alude é análoga à estabelecida no quadro do ordenamento jurídico germânico, onde os autores distinguem a *haftungsbegründende Kausalität* da *haftungsausfüllende Kausalität*<sup>30</sup> e acaba por ser conexas com cisões estabelecidas no quadro de outros ordenamentos jurídicos.

<sup>28</sup> Entre nós, abordando unitariamente o problema, Pereira COELHO, “O nexo de causalidade na responsabilidade civil”, 113 a 115. Tradicionalmente o problema da causalidade era tratado ao nível da obrigação de indemnizar. Tal corresponde à estrutura sistemática das diversas codificações e, entre nós, respeita a orientação expandida nos trabalhos preparatórios do diploma mãe em matéria de direito civil – cf. Vaz SERRA, “Obrigação de indemnização. Colocação. Fontes. Conceito e espécies de dano. Nexos causais. Extensão do dever de indemnizar. Espécies de indemnização. Direito de abstenção e de remoção”, *Boletim do Ministério da Justiça*, nº84, 1959, 5 a 301, 7.

<sup>29</sup> Problematizar-se-á, portanto, sempre que a nossa perspectiva se centre na lesão de um direito subjetivo absoluto, seja ela uma lesão primária ou subsequente à prévia lesão de outro direito absoluto.

<sup>30</sup> Cf. TRAEGER, *Der Kausalbegriff im Straf und Zivilrecht*, Elwert, Malburg, 1904, 219; ESSER/SCHMIDT, *Schuldrecht I Allgemeiner Teil*, Teilband 1, 8 Aufl., 1995, 210 (cf. também pág. 521, afirmando que o nexo de causalidade cumpre uma função positiva de imputação e uma função negativa de delimitação dos danos); LARENZ, *Lehrbuch*, I, 432; ENNECCERUS-LEHMANN, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Recht der Schuldverhältnisse*, 15 Aufl., Mohr, Tübingen, 1958, 60; Ulrich MAGNUS, “Causation in german tort law”, *Unification of Tort Law: causation*, J. SPIER (ed.), *Principles of European Tort Law*, vol. 4, European Centre of Tort and Insurance Law, Kluwer Law International, London, Boston, 2000, 63; Gert BRÜGGEMEIER, *Haftungsrecht. Struktur, Prinzipien, Schutzbereich zur Europäisierung des Privatrechts*, Springer, Berlin, Heidelberg, New York, 2006, 545 s.; FIKENTSCHER, *Schuldrecht*, 9 Aufl., De Gruyter, Berlin, New York, 1997, 290-292 (Cf., também, FIKENTSCHER/HEINEMANN, *Schuldrecht*, 10 Aufl., De Gruyter, Berlin, 2006, 299 s.); Erwin DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht*, 2. völlig neugestaltete end erw. Aufl., Carl Heymanns Köln, Berlin, Bonn, München, 1996, 84 (considerando, ademais, que a causalidade fundamentadora da responsabilidade não necessita de ser adequada, não tendo de se verificar o requisito da adequação também ao nível das disposições de proteção de interesses alheios); Hermann LANGE/Gottfried SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts. Schadenersatz*, 3 Aufl., Mohr, Tübingen, 2003, 77 s.; Hennig LÖWE, *Der Gedanke der Prävention im deutschen Schadensersatzrecht. Die Flucht in den Geldersatz immaterieller Schäden. Zugleich eine Besprechung der Caroleine – Urteil des Bundesgerichtshofs und des Draehmpaehl – Urteil des Europäischen Gerichtshofs*, Peter Lang, Europäische Hochschulschriften, Reihe II, Rechtsissenschaft, Frankfurt, Berlin, Bern, Bruxelles, New York, Oxford, Wien, 1999/2000, 106, 115 e 230 s.; Hans STOLL, *Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht. Eine Darstellung auf rechtsvergleichender Grundlage*, C.F. Müller, Heidelberg, 1993, 392 s.; Cees Van DAM, *European Tort Law*, 270 s.; B. WINIGER/H. KOZIOL/B.A.KOCH/R. ZIMMERMANN (eds.), *Digest of European Tort Law*, vol. 1, *Essential Cases on Natural Causation*, Springer, Wien, New York, 2007, 7 e 593 s.; KRAMER, “Schutzgesetze und adäquate Kausalität”, *Juristenzeitung*, 31, Heft 11/12, 1976, 338 s., onde, estabelecendo-se a mesma distinção, o autor fala de *Folgeschäden* como sinónimo de *haftungsausfüllende Kausalität*; GOTZLER, *Rechtmässiges Alternativverhalten im haftungsbegründenden Zurechnungszusammenhang*, Beck, München, 1977, 101 s.; Fritz LINDENMAIER, „Adäquate Ursache und nächste Ursache. Zur Kausalität im allgemeinen bürgerlichen Recht und in den Allgemeinen Deutschen Seeversicherungsbedingungen“, *Festschrift für Wüstendörfer*,

A nitidez da cisão pode esbater-se em face de determinadas formas de desvelação da ilicitude, mas afigura-se tanto mais imprescindível quanto mais vincada seja a predicação daquela ilicitude no resultado<sup>31</sup>. A distinção afigura-se, muito importante, designadamente em certos casos de responsabilidade por informações. Pense-se, por exemplo, nas hipóteses de responsabilidade por violação do consentimento informado. A, médico, viola o dever de esclarecimento em relação ao paciente, omitindo os possíveis efeitos de uma cirurgia, recomendada, mas não imprescindível. Poderá ser responsabilizado por que danos? Se em causa estiver a lesão da integridade física do paciente, ainda que não haja violação das *leges artis*, para além da regra que impõe o dever de informação, o problema diz respeito à fundamentação da responsabilidade, podendo-se considerar, de acordo com o modelo que propomos, que o médico chamou a si uma esfera de risco/responsabilidade pela qual terá de responder. Se em causa não estiver qualquer lesão da integridade física, mas o paciente entender que quer ser compensado, por exemplo, pela perda de rendimentos durante o tempo de recuperação de uma cirurgia que não era imprescindível, então a questão diz respeito ao preenchimento da responsabilidade, a convocar outros critérios de resolução, quais sejam os que se ligam à análise do âmbito de proteção que é desenhado pelo conteúdo do direito subjetivo lesado.

---

*Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht und Konkursrecht*, Hundertdreuzehnter Band (113), 1950, 207 s., em especial pág. 214 s. (distinguindo a dupla função da causalidade: *haftungsauslösender Kausalität* e *haftungsbegründende Kausalität*); Ulrich HUBER, „Normzwecktheorie und Adäquanztheorie. Zugleich eine Besprechung des Urteils des BGH v. 7.6.1968“, *Juristenzeitung*, 21, 1969, 678; GREGOR CHRISTANDL, „BGH, 12 febbraio 2008, VI ZR 221/06 (OLG Saarbrücken) – Responsabilità medica: causalità e onere della prova nel diritto tedesco“, *Persona e Danno*, [www.personaedanno.it/cms/data/articoli/010849.aspx](http://www.personaedanno.it/cms/data/articoli/010849.aspx); Hein KÖTZ/Gerhard WAGNER, *Deliktsrecht*, 11. neu bearbeitete Auflage, Verlag Franz Vahlen, München, 2010, 59; Stephan Philipp FORST, *Grenzen deliktischer Haftung bei psychisch Vermittelter haftungsbegründender Kausalität*, Rechtswissenschaftliche Forschung und Entwicklung, München, 2000, 25-26.

<sup>31</sup> Entre nós, com grande desenvolvimento (bem como com uma extensa lista de referências bibliográficas), cf. Paulo Mota PINTO, *Interesse contratual negativo* 640 s., 924 s., nota 1834, 928 s., nota 2605 [a quem devemos importantes referências bibliográficas na matéria]; e, com importância nuclear no modelo de responsabilidade civil que propomos e na conceção de causalidade, Mafalda Miranda BARBOSA, *Do nexa de causalidade ao nexa de imputação. Contributo para a compreensão da natureza binária e personalística do requisito causal ao nível da responsabilidade civil extracontratual*, Princípiã, 2013; Mafalda Miranda BARBOSA, *Responsabilidade civil extracontratual: novas perspetivas em matéria de nexa de causalidade*, Princípiã, 2014; Mafalda Miranda BARBOSA, *Lições de responsabilidade civil*, Princípiã, 2017; Mafalda Miranda BARBOSA, “*Haftungsbegründende Kausalität* e *haftungsausfüllende Kausalität* Causalidade fundamentadora e causalidade preenchedora da responsabilidade”, *Revista da Faculdade de Direito e Ciência Política da Universidade Lusófona do Porto*, nº10, 2017, 14-36.

No quadro da doutrina portuguesa, veja-se, igualmente, Carneiro da FRADA, *Contrato e deveres de proteção*, Coimbra Editora, Coimbra, 1994, 337, *Teoria da confiança*, 304; e *Direito Civil/Responsabilidade civil. O método do caso*, Almedina, Coimbra, 2006, 100; Brandão PROENÇA, *A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputação do dano extracontratual*, Almedina, Coimbra, 1997, 429-430; Cunha GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em comentário ao Código Civil Português*, Coimbra, 1929, XII, 441; Ribeiro de FARIA, *Direito das Obrigações*, vol. I, reimpressão, Almedina, Coimbra, 2003, 507; Pitta e CUNHA, *Omissão e dever de agir em direito civil. Contributo para uma teoria geral da responsabilidade civil por omissão*, Almedina, Coimbra, 1999, 50; Gomes da SILVA, *O dever de prestar e o dever de indemnizar*, Lisboa, 1944, 65 s.; Ana Perestrelo OLIVEIRA, *Causalidade e imputação na responsabilidade civil ambiental*, Almedina, Coimbra, 2007, 67, n. 157 [não considerando a distinção, refere-se, contudo, expressamente a ela]; Pedro de ALBUQUERQUE, *Responsabilidade processual por litigância de má fé, abuso de direito e responsabilidade civil em virtude de actos praticados no processo*, Almedina, Coimbra, 2006, 143, n. 426 [em sentido crítico].

b) *A compreensão da causalidade como nexo de imputação*

A responsabilidade deixa, nesta perspetiva, de ser entendida exclusivamente do ponto de vista dogmático, mas a ser compreendida do ponto de vista ético-axiológico<sup>32</sup>. Esta é uma exigência metodológica: na interpretação que se faça de uma norma ou instituto jurídico, haveremos de a remeter para o caso e para os princípios normativos em que se louva. Ora, o princípio com que nos confrontamos é o princípio da responsabilidade, a chamar à colação a ideia de pessoa livre e responsável, absolutamente diversa do indivíduo dessolidário e solipsista. A pessoa, ao agir, porque é livre, assume uma *role responsibility*, tendo de, no encontro com o seu semelhante, cumprir uma série de deveres de cuidado. Duas hipóteses são, então, em teoria, viáveis: ou a pessoa atua investida num especial papel/função ou se integra numa comunidade de perigo concretamente definida e, neste caso, a esfera de risco apta a alicerçar o juízo imputacional fica *a priori* desenhada; ou a esfera de risco/responsabilidade que abraça não é suficientemente definida para garantir o acerto daquele juízo. Exige-se, por isso, que haja um aumento do risco, que pode ser comprovado, exatamente, pela preterição daqueles deveres de cuidado (deveres no tráfego). Estes cumprem uma dupla função. Por um lado, permitem desvelar a culpa (devendo, para tanto, haver previsibilidade da lesão e exigibilidade do comportamento contrário tendo como referente o homem médio); por outro lado, alicerçam o juízo imputacional, ao definirem um círculo de responsabilidade, a partir do qual se tem de determinar, posteriormente, se o dano pertence ou não ao seu núcleo. A culpabilidade não se confunde com a “causalidade”. Pode o epicentro da imputação objetiva residir na imputação subjetiva firmada, sem que, contudo, os dois planos se confundam. Condicionam-se dialeticamente, é certo, não indo ao ponto de se identificar. O condicionamento dialético de que se dá conta passa pela repercussão do âmbito de relevância da culpa em sede de imputação objetiva. Isto é, a partir do momento em que o agente atua de forma dolosa, encabeçando uma esfera de risco, as exigências comunicadas em sede do que tradicionalmente era entendido como o nexo de causalidade atenuam-se. Acresce que, ainda que a previsibilidade releve a este nível, o ponto de referência dela será diferente. Assim, a previsibilidade de que se cura deve ser entendida como cognoscibilidade do potencial lesante da esfera de risco que assume, que gera ou que incrementa. Ela não tem de se referir a todos os danos eventos. Designadamente, não terá de se referir aos danos subsequentes ou àqueles que resultem do agravamento da primeira lesão. Por isso, quando afirmamos que, ao nível da primeira modalidade de ilicitude, a culpa tem de se referir ao resultado, acompanhamos, entre outros, autores como Lindenmaier, Von Caemmerer ou Till Ristow, para sustentar que a previsibilidade que enforma a culpa deve recuar, no seu ponto referencial, até ao momento da edificação da esfera de risco que se passa a titular. Assim, para que haja imputação objetiva, tem de verificar-se a *assunção de uma esfera de risco*, donde a primeira tarefa do julgador será a de procurar o germen da sua emergência. São-lhe, por isso, em princípio, imputáveis todos os danos que tenham a sua raiz naquela esfera, donde, *a priori*, podemos fixar dois polos de desvelação da imputação: um negativo, a excluir a responsabilidade nos casos em que o dano se mostra impossível (*impossibilidade do dano*), ou por falta de objeto, ou por inidoneidade do meio; outro positivo, a afirmá-la diante de situações de *aumento do risco*. Exclui-se a imputação quando o risco não foi criado (*não criação do risco*), quando haja

<sup>32</sup> Cf., para maiores desenvolvimentos, Mafalda Miranda BARBOSA, *Do nexo de causalidade ao nexo de imputação*, 890 s. e 1130 s., bem como a demais bibliografia aí citada e que aqui damos por reproduzimos. Repristinamos algumas das conclusões a que, naquela investigação, chegámos.

*diminuição do risco* e quando ocorra um *facto fortuito ou de força maior*. Impõe-se, ademais, a ponderação da problemática atinente ao *comportamento lícito alternativo* e, ainda que na indagação da pertinência funcional da lesão do direito à esfera de responsabilidade que se erige e assume esta seja mais ampla que o círculo definido pela culpa, há que ter em conta, no juízo imputacional, uma ideia de *controlabilidade* do dado real pelo agente, entendida no sentido da evitabilidade do evento lesivo, com o que se exclui a possibilidade de indemnização dos danos que resultem de acontecimentos fortuitos ou de casos de força maior.

Num segundo momento, haveremos de operar com esta esfera de risco um cotejo com outras esferas de risco, abrindo-se o segundo patamar da indagação “causal” do modelo que edificamos. Este segundo patamar terá lugar depois de se constatar que o dano-lesão pertence ao núcleo da esfera edificada. Para tanto, é necessário que haja possibilidade do dano e que ele se integre dentro dos eventos que deveriam ser evitados com o cumprimento do dever. Só depois faz sentido, confrontar a esfera titulada pelo potencial lesante com outras esferas de risco/responsabilidade.

Contemplando, *prima facie*, a *esfera de risco geral da vida*, diremos que a imputação deveria ser recusada quando o facto do lesante, criando embora uma esfera de risco, apenas determina a presença do bem ou direito ofendido no tempo e lugar da lesão do mesmo. O cotejo com a esfera de risco natural permite antever que esta absorve o risco criado pelo agente, porquanto seja sempre presente e mais amplo que aquele. A pergunta que nos orienta é: um evento danoso do tipo do ocorrido distribui-se de modo substancialmente uniforme nesse tempo e nesse espaço, ou, de uma forma mais simplista, trata-se ou não de um risco a que todos – indiferenciadamente – estão expostos?

O confronto com a *esfera de risco titulada pelo lesado* impõe-se de igual modo. São a este nível ponderadas as tradicionais hipóteses da existência de uma predisposição constitucional do lesado para sofrer o dano. Lidando-se com a questão das debilidades constitucionais do lesado, duas hipóteses são cogitáveis. Se elas forem conhecidas do lesante, afirma-se, em regra, a imputação, exceto se não for razoável considerar que ele fica, por esse especial conhecimento, investido numa posição de garante. Se não forem conhecidas, então a ponderação há de ser outra. Partindo da contemplação da esfera de risco edificada pelo lesante, dir-se-á que, ao agir em contravenção com os deveres do tráfego que sobre ele impendem, assume a responsabilidade pelos danos que ali se inscrevam, pelo que haverá de suportar o risco de se cruzar com um lesado dotado de idiosincrasias que agravem a lesão perpetrada. Excluir-se-á, contudo, a imputação quando o lesado, em face de debilidades tão atípicas e tão profundas, devesse assumir especiais deveres para consigo mesmo.

A mesma estrutura valorativa se mobiliza quando em causa não esteja uma dimensão constitutiva do lesado, mas sim uma conduta dele que permita erigir uma esfera de responsabilidade, pelo que, também nos casos de um comportamento não condicionado pelo seu biopsiquismo, a solução alcançada pelo cotejo referido pode ser intuída, em termos sistemáticos, a partir da ponderação aqui posta a nu. Há que determinar nestes casos em que medida existe ou não uma atuação livre do lesado que convoque uma ideia de autorresponsabilidade pela lesão sofrida. Não é outro o raciocínio encetado a propósito das

debilidades constitucionais dele, tanto que a imputação só é negada quando se verifique a omissão de determinados deveres que nos oneram enquanto pessoas para salvaguarda de nós mesmos.

Não se estranha, por isso, que o pensamento jurídico – mormente o pensamento jurídico transfronteiriço – tenha gizado como critério guia do decidente o *critério da provocação*. Tornam-se, também, operantes a este nível ideias como a autocolocação em risco ou a heterocolocação em risco consentido. Igualmente relevante serão os *critérios da autoridade e do déficit informacional*. Significa isto que, naquelas situações em que exista um dever de informação que é preterido, o risco que correria por conta do lesado pode ser avocado pelo lesante, que assim se torna responsável por ele. É o que sucede, por exemplo, na hipótese da responsabilidade por violação das regras do consentimento informado, mas é também o que ocorre quando o intermediário financeiro viola os seus deveres de informação, condicionando com isso a aquisição de um produto financeiro por parte do investidor, o que se vem a revelar um investimento desastroso. Os critérios mostram-se, igualmente, relevantes nas hipóteses de difusão de informação por pessoas notoriamente conhecidas ou influentes numa área de atividade.

Havendo essa atuação livre do lesado, temos que ver até que ponto os deveres que oneravam o lesante tinham ou não como objetivo obviar o comportamento do lesado. Tido isto em mente, bem como a gravidade da atuação de cada um, poderemos saber que esfera de risco absorve a outra ou, em alternativa, se se deve estabelecer um concurso entre ambas.

O juízo comparatístico encetado e justificado não dista sobremaneira pelo facto de a titularidade da segunda *esfera de risco*, concorrente com aquela, vir *encabeçada por um terceiro*. A triangular assunção problemática a que nos referimos leva implícita uma prévia alocação imputacional, posto que ela envolve que, a jusante, se determine que o comportamento dele não é simples meio ou instrumento de atuação do primeiro lesante. Donde, afinal, o que está em causa é a distinção entre uma autoria mediata e um verdadeiro concurso de esferas de risco e responsabilidade, a fazer rememorar a lição de Forst, embora não a acolhamos plenamente. O segundo agente, que causa efetivamente o dano sofrido pelo lesado, não tem o domínio absoluto da sua vontade, ou porque houve indução à prática do ato, ou porque não lhe era exigível outro tipo de comportamento, atento a conduta do primeiro agente (o nosso lesante, a quem queremos imputar a lesão). Neste caso, ou este último surge como um autor mediato e é responsável, ou a ulterior conduta lesiva se integra ainda na esfera de responsabilidade por ele erigida e a imputação também não pode ser negada.

Maiores problemas se colocam, portanto, quando existe uma atuação livre por parte do terceiro que conduz ao dano. Há, aí, que ter em conta alguns aspetos. Desde logo, temos de saber se os deveres do tráfego que coloram a esfera de risco/responsabilidade encabeçada pelo lesante tinham ou não por finalidade imediata obviar o comportamento do terceiro, pois, nesse caso, torna-se líquida a resposta afirmativa à indagação imputacional. Não tendo tal finalidade, o juízo há de ser outro. O confronto entre o círculo de responsabilidade desenhado pelo lesante e o círculo titulado pelo terceiro – independentemente de, em concreto, se verificarem, quanto a ele, os restantes requisitos delituais – torna-se urgente e leva o jurista decidente a ponderar se

há ou não consunção de um pelo outro. Dito de outro modo, a gravidade do comportamento do terceiro pode ser de molde a consumir a responsabilidade do primeiro lesante. Mas, ao invés, a obliteração dos deveres de respeito – deveres de evitar o resultado – pelo primeiro lesante, levando à atualização da esfera de responsabilidade a jusante, pode implicar que a lesão perpetrada pelo terceiro seja imputável àquele. Como fatores relevantes de ponderação de uma e outra hipótese encontramos a intencionalidade da intervenção dita interruptiva e o nível de risco que foi assumido ou incrementado pelo lesante. Entre ambas, pode também estabelecer-se o devido concurso<sup>33</sup>.

### c) Consequências do entendimento proposto

As consequências do entendimento proposto são claras. Para além das vantagens na obtenção de uma resposta que se procura que seja normativamente fundada e materialmente justa, elas projetam-se em sede de repartição do ónus da prova (entendendo-se, a partir daqui, que o lesado tem de provar a ocorrência do evento lesivo e o envolvimento do comportamento do lesante na história do surgimento do dano. Mas não mais. Na verdade, ao ser tratada como uma questão imputacional, a causalidade passa a ser compreendida como uma questão normativa, dependente, portanto, de um juízo do julgador) e em matéria do que anteriormente era entendido por condicionalidade. Na verdade, para a constatação do envolvimento do evento lesivo na história do surgimento do dano, não temos de recorrer a um qualquer teste assente na condicionalidade, redunde ele na pura *conditio sine qua non*, ou aproxime-nos ele de um *but-for test* ou de um *NESS-test* de que fala a doutrina e jurisprudência anglo-saxónica. Pelo contrário, podemos chegar à conclusão que a ideia de condicionalidade, como juízo prévio à causalidade, é prescindível a este nível. No mais, sempre que se enfrentem problemas atinentes à causalidade cumulativa, designadamente atinentes à causalidade alternativa incerta, podemos concluir que o ordenamento jurídico viabiliza a responsabilização solidária dos diversos sujeitos.

## 3. Proposta de solução

A transposição destas ideias para a responsabilidade do intermediário financeiro não é difícil. Ao violar as regras dispostas pelo legislador, o sujeito avoca para si os riscos do investimento que, habitualmente, correm por conta do investidor. Assume, assim, uma esfera de risco e chama a si todos os prejuízos patrimoniais funcionalmente ligados àquele investimento. A ligação entre a conduta defeituosa e a tomada de decisão por parte do investidor presume-se, não porque a probabilidade a tal nos conduza, mas porque o resultado que os deveres (máxime os deveres de informação) visam evitar é exatamente uma tomada de decisão não consciente e autónoma e essa, diante da omissão ou adulteração de dados, surge inexoravelmente<sup>34</sup>. Repare-

<sup>33</sup> Para outros desenvolvimentos, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, *Do nexa de causalidade ao nexa de imputação*, cap. XVIII.

<sup>34</sup> Cf. Heinz-Dieter ASSMANN, “Civil liability for the prospectus”, *Direito dos valores mobiliários*, vol. VI, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, 182, considerando que em causa, na diretiva sobre o prospeto, está a necessidade de acautelar ao investidor uma adequada apreciação do próprio investimento. Acerca da diretiva dos prospetos, cf. Paulo CÂMARA, “A diretiva dos prospetos: contexto, conteúdo e confronto com o direito positivo nacional”, *Estudos em memória do Prof. Doutor António Marques dos Santos*, I, Almedina, Coimbra, 1083-1114.

se que do que se cura não é de uma ligação tipo causa-efeito<sup>35</sup>. O que se pretende é saber se o resultado (preliminar) – ausência de uma decisão livre por parte do investidor – se inscreve ou não no círculo de responsabilidade do lesante e, a partir do momento em que se constata que há falhas na informação, essa conclusão é inequívoca<sup>36</sup>.

Não bastará, contudo, olhar para a esfera de risco assumida pelos responsáveis. Esta terá de ser cotejada com outras esferas de risco. Sendo o mercado financeiro um mercado de risco e sujeitando-se sempre o investidor a uma *álea*, o que importa saber é se haverá outro fator que possa ser responsável pela quebra de preços ou pelo não pagamento do empréstimo obrigacionista. O risco geral do investimento afastará a imputação aos responsáveis, do mesmo modo que o risco encabeçado pelo investidor (que conhecedor das condições de investimento toma a decisão) determinará a exclusão da responsabilidade. Dir-se-á que o investidor não estará protegido contra um risco que sempre existiria, ou seja, o investidor não está protegido contra um risco a que estaria substancialmente exposto mesmo que o ato ilícito – o defeito da conduta do intermediário financeiro – não existisse e desde que esse risco se distribua de modo substancialmente uniforme no tempo e no espaço<sup>37</sup>.

---

<sup>35</sup> O problema é, portanto, normativo e dispensa um tratamento da questão probatória nos moldes clássicos. Sobre o tema, cf., com mais desenvolvimento e em geral, Mafalda Miranda BARBOSA, *Do nexa de causalidade ao nexa de imputação*, 1071 s.

Refira-se, ainda, que se a causalidade adequada se mostra imprestável em geral, neste campo atinente a um tipo de responsabilidade por informações, ela afigura-se absolutamente inoperante, exceto se se considerasse que o homem é um ser que age deterministicamente, o que é uma pura ficção.

<sup>36</sup> A ilicitude envolve, assim, uma presunção de causalidade, entendida aqui como imputação.

<sup>37</sup> Cf. Pietro TRIMARCHI, *Causalità e danno*, Giuffrè Editore, Milano, 1967, 57 s. e Mafalda Miranda BARBOSA, *Do nexa de causalidade ao nexa de imputação*, 967 s.



# ■ PARTE II

RESPONSABILIDADE CIVIL  
PROFISSIONAL

**4. A LEGES ARTIS E  
INTERMEDIÇÃO  
FINANCEIRA**

**JOSÉ LUÍS DIAS GONÇALVES**



CENTRO  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS



REVISTA  
DE DIREITO DA  
RESPONSABILIDADE

CENTRO  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

#### 4. LEGES ARTIS E INTERMEDIÇÃO FINANCEIRA<sup>1</sup>

José Luís Dias Gonçalves\*

- I. Introdução
- II. A intermediação financeira
  - II.1. Noção e regime jurídico
  - II.2. Os deveres do intermediário financeiro
- III. A responsabilidade civil do intermediário financeiro
  - III.1. Enquadramento
  - III.2. Em especial: o pressuposto da ilicitude e as *leges artis*

A referência às *leges artis* em Direito remete-nos quase instintivamente para a responsabilidade médica. Aliás, pesquisando num motor de busca na internet<sup>2</sup> o termo *leges artis*, os primeiros resultados dizem respeito precisamente a entradas relativas a responsabilidade civil e penal decorrente de atos médicos.

Recorrendo à definição oferecida pelo acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 8 de abril de 2010 – que é, aliás, a quarta entrada da pesquisa – as *leges artis* “reconduzem-se a normas escritas (não jurídicas) de comportamento, fixadas ou aceites por certos círculos profissionais e análogos e destinadas a conformar as actividades respectivas dentro de padrões de qualidade, designadamente, a evitar o desenvolvimento de perigo ou a ocorrência de danos que tais ofícios são naturalmente hábeis a produzir”. Ou seja, estamos perante um corpo de normas (não legais) de cariz técnico que regulam uma determinada profissão ou atividade.

Desta definição resulta que as *leges artis* não se circunscrevem ao domínio da prática médica, podendo identificar-se a existência de um tal corpo de normas em outras áreas ou círculos profissionais, tais como a construção civil ou a auditoria, para recorrer apenas a dois exemplos. Mas poderemos afirmar a existência de um corpo de normas de natureza não legal que regula a atividade dos intermediários financeiros? E, em caso afirmativo, qual a sua relevância jurídica? Assumindo uma resposta positiva à primeira questão, como melhor veremos *infra*, desde já adiantamos que as mesmas poderão ter grande relevância na afirmação do preenchimento do requisito da ilicitude no domínio da responsabilidade civil do intermediário financeiro.

Ora, tal como tivemos já oportunidade de referir em texto anterior<sup>3</sup>, a responsabilidade civil dos intermediários financeiros – a par da responsabilidade civil dos auditores e das autoridades

\* Advogado, Coordenador no Departamento Jurídico da CMVM, Doutorando em Direito Civil na FDUC (As posições expressas no presente texto não vinculam a Comissão do Mercado de Valores Mobiliários.).

<sup>1</sup> O presente texto serviu de base à apresentação feita no II Seminário de Direito da Responsabilidade – Responsabilidade Profissional, organizado pelo Centro de Estudos Judiciários e pela Revista de Direito da Responsabilidade, que teve lugar em Lisboa, nos dias 13 e 14 de outubro de 2022. O registo video da intervenção pode ser encontrado em <http://www.justicativ.com/site/arquivo.php?cat=1533>.

\* Advogado, Coordenador no Departamento Jurídico da CMVM, Doutorando em Direito Civil na FDUC (As posições expressas no presente texto não vinculam a Comissão do Mercado de Valores Mobiliários.).

<sup>2</sup> Pesquisa realizada no dia 13 de outubro de 2021, através do motor de busca *google*.

<sup>3</sup> Cfr. José Luís Dias GONÇALVES, “A responsabilidade civil dos intermediários financeiros – breves apontamentos”, Revista de Direito da Responsabilidade, Ano 3, 2021, 854-879.

reguladoras do setor financeiro –, reveste, na atualidade nacional, uma importância singular, fruto dos *colapsos* vividos no setor bancário português no passado recente<sup>4</sup>. Em todos estes casos, houve investidores que registaram perdas nos seus investimentos (seja em ações emitidas pelos próprios intermediários financeiros, seja em instrumentos de dívida emitidos por estes ou por entidades com eles relacionadas, seja ainda em instrumentos financeiros comercializados pelos intermediários financeiros) e que, em resultado dessa perda, vieram a demandar judicialmente os bancos em questão bem como, muitas vezes, os respetivos administradores, e, ainda, os auditores e as autoridades reguladoras com competências de supervisão sobre os mesmos<sup>5</sup>. Daí que encontremos, nos últimos anos, abundante jurisprudência dos Tribunais superiores sobre a matéria da responsabilidade civil dos intermediários financeiros.

Ora, no quadro da responsabilidade civil do intermediário financeiro – tal como posto em evidência na referida jurisprudência – assume especial relevância – entre outras questões – o preenchimento do requisito da ilicitude, sendo que neste contexto poderão assumir relevância as denominadas *leges artis*, mormente o desrespeito das mesmas por parte dos intermediários financeiros.

Assim, começaremos por recortar o conceito de intermediação financeira, procurando identificar as *leges artis* neste domínio, para depois proceder ao seu enquadramento na dogmática da responsabilidade civil do intermediário financeiro, em termos necessariamente sucintos, atento o propósito do presente estudo.

## I. A intermediação financeira

### II. 1. Noção e regime jurídico

O mercado de capitais funciona como um espaço de encontro, a cada momento, da necessidade de obtenção de capitais por parte das *empresas*, por um lado, e da vontade de canalização das poupanças para o investimento, por parte dos *particulares*, por outro lado. Tendo em conta que o objetivo é o do financiamento a médio e longo prazo<sup>6</sup>, no mercado (ou nos mercados) de capitais atuam vários agentes com vista à prossecução dos referidos objetivos: o financiamento das atividades das entidades emittentes através da emissão de valores mobiliários, por um lado, e, por outro lado, a obtenção de mais-valias (seja através da potencial distribuição regular de dividendos ou de outros rendimentos, seja ainda através da mera venda especulativa dos

<sup>4</sup> Também ao nível internacional existiram numerosos casos, num passado recente, de instituições financeiras que passaram por dificuldades, *maxime* no decurso da crise de 2007-2010, com necessidade de intervenção pública, em diferentes formatos. V., sobre este assunto, A. Menezes Cordeiro, *Manual de Direito Bancário*, 4ª Edição, Almedina, Coimbra, 2010, 131 ss..

<sup>5</sup> Cfr. José Luís Dias GONÇALVES, “A responsabilidade civil do auditor/revisor oficial de contas perante investidores da sociedade auditada”, *Revista de Direito da Responsabilidade*, Ano 1, 2019, 1047-1076, e “A responsabilidade civil das autoridades reguladoras do setor financeiro por omissão dos poderes de supervisão: a imputação dos danos sofridos por clientes e investidores da entidade supervisionada”, *Revista de Direito da Responsabilidade*, Ano 1, 2019, 179-205.

<sup>6</sup> No que respeita à satisfação de necessidades de financiamento de curto prazo, temos o *mercado monetário* – cf. Mafalda Miranda BARBOSA/ José Luís Dias GONÇALVES, *Instrumentos Financeiros*, Gestlegal, Coimbra, 2020, 15 ss..

instrumentos financeiros adquiridos), por parte dos particulares (famílias e empresas), que vêm naqueles instrumentos uma forma de investimento.

Neste contexto, assumem um papel determinante os denominados *intermediários financeiros*, cuja função é, precisamente, promover (de forma interessada) a conciliação entre as duas vontades de sentido oposto, mas convergente, fazendo com que as poupanças dos (potenciais) investidores sejam eficientemente afetadas à atividade de quem as procura – cabe-lhes, pois, relacionar e conciliar a oferta e a procura de valores mobiliários<sup>7-8</sup>.

Note-se que, ainda que o mercado de valores mobiliários seja qualificado como um mercado *desintermediado*<sup>9</sup>, ou seja, como um mercado em que os oferentes e os adquirentes de valores mobiliários se podem encontrar e diretamente negociar a transmissão dos valores mobiliários, tal afirmação só teórica e parcialmente é correta, já que, na prática, a colocação e comercialização da generalidade dos instrumentos financeiros ocorre, em larga medida, através de intermediários financeiros<sup>10</sup>.

O papel da intermediação financeira afigura-se, nesta medida, fundamental. Contudo, à semelhança do que sucede com os valores mobiliários, o nosso ordenamento jurídico não oferece uma definição de intermediação financeira, nem tão-pouco de intermediário financeiro, elencando antes as atividades e serviços que (apenas) podem ser prestados por intermediários financeiros. São estes serviços:

- (i) a receção, transmissão e execução de ordens por conta de outrem,
- (ii) a gestão de carteiras por conta de outrem,
- (iii) a tomada firme e colocação (com ou sem garantia) de oferta pública de distribuição,
- (iv) a negociação por conta própria,
- (v) a consultoria para investimento e
- (vi) a gestão de sistema de negociação multilateral e de sistema de negociação organizado (OTF).

<sup>7</sup> Para completar o quadro das entidades que fazem parte da estrutura subjetiva do mercado de capitais há que fazer uma referência às instituições de organização do mercado, que o administram, regulam, fiscalizam e supervisionam – as entidades gestoras e a Comissão do Mercado de Valores Mobiliários.

<sup>8</sup> A nosso ver, é este o cerne da atividade dos intermediários financeiros, e não o de “propiciar decisões de investimento informadas, em ordem a defender o mercado e a prevenir a lesão dos interesses dos clientes” – na expressão do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 7 de novembro de 2019 (Rel. Cons. Oliveira Abreu). No entanto, sublinha-se, ainda que não corresponda ao “objetivo essencial” da atividade dos intermediários financeiros, dúvidas não há que a formação de decisões de investimento informadas e a prevenção de lesões dos interesses patrimoniais dos clientes investidores não deixarão de figurar como corolário dos deveres a que os intermediários financeiros estão vinculados.

<sup>9</sup> Paulo CÂMARA, *Manual de Direito dos Valores Mobiliários*, 4ª Edição, Almedina, Coimbra, 2018, 357.

<sup>10</sup> Referindo que a importância da intermediação financeira pode medir-se através de três dimensões distintas: a sofisticação dos mercados de instrumentos financeiros; a intermediação obrigatória em determinados mercados e sistemas de negociação; e o papel dos intermediários na organização e exercício da titularidade mobiliária, v. Paulo Câmara, *Manual de Direito dos Valores Mobiliários*, 381-382.

Estamos aqui perante serviços e atividades de intermediação que podemos designar por *principais*, existindo ainda os designados *serviços auxiliares* dos serviços e atividades de investimento, identificados no artigo 291º do Código dos Valores Mobiliários (CdVM)<sup>11</sup>.

Podemos afirmar que os intermediários financeiros são, assim, as empresas prestadoras dos serviços que permitem aos investidores atuar nos mercados de capitais. Atenta a sua própria denominação, os intermediários financeiros exercem, pois, uma função de intermediação no mercado financeiro<sup>12</sup>, o que significa que a sua existência se justifica essencialmente pelos elevados custos de transação que implicaria a tentativa de compatibilização direta entre a vontade de investimento dos sujeitos e a vontade de captar esses mesmos investimentos por parte das entidades emitentes. A qualificação de tais empresas como intermediários financeiros, no entanto, não se efetua por referência a um conjunto de características institucionais comuns – como sucede com a caracterização das instituições financeiras que encontramos no Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (RGICSF) –, mas antes por referência a concretas atividades, *maxime*, as atividades de intermediação que referimos *supra*<sup>13</sup>.

Tal como salienta PAULO CÂMARA, apesar da existência, entre nós, de um Código dos Valores Mobiliários – o qual contém um Título dedicado à intermediação financeira (Título VI – artigos 289.º a 351.º) – a verdade é que o Direito dos Valores Mobiliários pode ser caracterizado como sendo marcado por uma “acentuada dispersão de fontes”<sup>14</sup>.

No específico domínio da intermediação financeira, como igualmente sublinha PAULO CÂMARA, “a pedra angular do regime jurídico (...) é representada pela Diretiva n.º 2014/65/EU, de 15 de maio de 2014 (DMIF II)”, a qual teve como propósito, para além de promover uma maior harmonização e coerência do regime mobiliário europeu, um incremento da proteção dos investidores<sup>15</sup>.

<sup>11</sup> São serviços auxiliares (i) o *registo e depósito de valores mobiliários*, (ii) a concessão de crédito para a realização de operações em instrumentos financeiros, (iii) a elaboração de estudos de investimento e análise financeira e outras formas de *consultoria geral*, (iv) a consultoria sobre estruturas de capital, estratégia industrial, fusão e aquisição de empresas, (v) a *assistência* em oferta pública de valores mobiliários e (vi) serviços de câmbios e alugueres de cofre, quando relacionados com operações sobre instrumentos financeiros. Podemos agrupar estes serviços auxiliares em serviços auxiliares de primeiro grau e de segundo grau, consoante os serviços relevem autonomamente (caso do registo e depósito ou da assistência a oferta pública) ou a sua caracterização como serviço auxiliar resulte da sua conexão com outros serviços de investimento (caso da concessão de crédito, da realização de estudos ou dos serviços de câmbios e aluguer de cofres - cf. Paulo Câmara, *Manual de Direito dos Valores Mobiliários*, 366-367).

<sup>12</sup> Intermediação esta que não é reconduzível a uma só figura jurídica em concreto, antes deve ser entendida em termos mais abrangentes como integrando negócios jurídicos tão distintos como a “ (...) prestação de serviços, a mediação ou mandato mas também outros que são exercidos pelos intermediários financeiros por sua própria conta”, Carlos Ferreira de ALMEIDA, «As transacções de conta alheia no âmbito da intermediação no mercado de valores mobiliários», *Direito dos Valores Mobiliários*, AAVV, Lisboa, Lex, 1997, 292.

<sup>13</sup> Neste aspeto, o CdVM e o RGICSF adotam diferentes pontos de vista no que diz respeito à qualificação das empresas sujeitas à sua regulamentação. É que no CdVM “(...) as instituições são simplesmente designadas por intermediários financeiros, acentuando-se, deste modo, o tipo de atividades que, deste ponto de vista, as caracteriza” – ficam sujeitas ao seu regime as empresas que prestarem *atividades de intermediação*. Por sua vez, o RGICSF “(...) encara as instituições em si mesmas, na totalidade das suas atribuições, como entes cuja criação e funcionamento devem obedecer a regras comuns” – cf. Fernando Conceição NUNES, *Os intermediários financeiros*, Direito dos Valores Mobiliários, AAVV, vol. II, Coimbra Editora, 2000, 98 e 99.

<sup>14</sup> Paulo CÂMARA, *Manual de Direito dos Valores Mobiliários*, 64.

<sup>15</sup> Paulo CÂMARA, *Manual de Direito dos Valores Mobiliários*, 383-384.

A DMIF II – transposta em Portugal pela Lei n.º 35/2018, de 20 de julho –, tal como o designado MIFIR (Regulamento (EU) n.º 600/2014 do Parlamento Europeu e do Conselho de 15 de maio de 2014) integram, no modelo *multiestratificado* de fontes de origem comunitária, as designadas fontes de nível I. Complementando estas fontes de nível I, temos instrumentos legislativos (de nível II), designadamente Regulamentos Delegados<sup>16</sup>. Ainda no domínio das fontes normativas, importa salientar os Regulamentos aprovados pela CMVM, ao abrigo das suas competências regulamentares<sup>17</sup>.

No entanto, para além das fontes de natureza legal, integram ainda o quadro normativo vigente, atos de fonte não normativa (que poderíamos apelidar de “quase-normativos” ou *soft law*), entre os quais avultam, por um lado, as orientações (*guidelines*) e Q&A emitidos por organismos internacionais, tais como a ESMA (*European Securities Markets Regulators*) e a IOSCO (*International Organization of Securities Commissions*), e, por outro lado, os fenómenos de autorregulação, que frequentemente redundam na aprovação e adoção de códigos de conduta por parte dos agentes do mercado<sup>18</sup>. São de salientar, neste domínio as orientações (*guidelines*) e Q&A aprovadas pela ESMA no contexto da aplicação da DMIF II e MIFIR<sup>19</sup>.

Ora estes instrumentos consagram, em suma, um corpo de normas (não legais) de cariz técnico que regulam a atividade do intermediário financeiro, podendo, nessa medida ser qualificadas como *leges artis* da atividade. Neste contexto, a sua observância, por parte dos intermediários financeiros, assume relevância no cumprimento dos deveres que a Lei faz impender sobre estes profissionais.

## II.2. Os deveres do intermediário financeiro

Sobre os intermediários financeiros impendem um conjunto amplo de deveres., desde logo de fonte legal. O artigo 304º do CdVM enuncia uma série de princípios a que deve obedecer a atividade de intermediação financeira: o princípio da proteção dos interesses do cliente, o princípio da proteção da eficiência do mercado, o princípio da boa-fé, o princípio do conhecimento do cliente (*know your customer*) e o princípio do sigilo profissional<sup>20</sup>. Pese embora a sua enunciação como princípios, a natureza de cada um deles não se mostra uniforme. Na verdade, enquanto alguns traduzem verdadeiros princípios normativos – aplicáveis em todas as relações especiais firmadas entre as partes, independentemente da indicação legislativa –, como o princípio da boa-fé, outros afiguram-se mais como deveres genéricos que, posteriormente,

<sup>16</sup> Os mais relevantes sendo o Regulamento Delegado (UE) 2017/593 da Comissão de 7 de abril de 2016, o Regulamento Delegado (UE) 2017/565 da Comissão de 25 de abril de 2016, e o Regulamento Delegado (UE) 2017/567 da Comissão de 18 de maio de 2016. Encontramos ainda, num nível inferior, contendo normas técnicas de regulamentação diversos outros Regulamentos Delegados e Regulamentos de Execução - Paulo CÂMARA, *Manual de Direito dos Valores Mobiliários*, 384-386.

<sup>17</sup> Paulo CÂMARA, *Manual de Direito dos Valores Mobiliários*, 386. Ver também

<https://www.cmvm.pt/pt/Legislacao/Legislacaonacional/Regulamentos/Pages/Regulamentos.aspx?pg>.

<sup>18</sup> Paulo CÂMARA, *Manual de Direito dos Valores Mobiliários*, 85-87.

<sup>19</sup> Para uma identificação destes instrumentos, cf. Paulo CÂMARA, *Manual de Direito dos Valores Mobiliários*, 387.

<sup>20</sup> Engrácia ANTUNES, “Deveres e responsabilidades do intermediário financeiro – alguns aspetos”, *Caderno do Mercado de Valores Mobiliários*, 56, 2017, 32 s. Veja-se, igualmente, Fazenda MARTINS, “Deveres dos intermediários financeiros, em especial os deveres para com os clientes e o mercado”, *Caderno do Mercado de Valores Mobiliários*, 7, 2000, 330 s.

são concretizados no CdVM<sup>21</sup>. No que concerne ao «princípio» *know your customer*, a doutrina tem vindo a sublinhar que, implicando “uma postura ativa na recolha de informação” relativamente ao conhecimento e experiência financeiros do cliente, à sua situação financeira e aos objetivos do investimento<sup>22</sup>, deve ser entendido como um dever instrumental em relação ao cumprimento de outros deveres<sup>23</sup>.

Afirmar que a atuação dos intermediários financeiros se deve pautar pela proteção do interesse dos seus clientes implica que, mais do que cumprir as prestações a que estão obrigados, os intermediários financeiros devem acautelar os riscos a que os investidores se expõem, com o intuito de evitar prejuízos que possam resultar da execução das ordens que lhes são dirigidas<sup>24</sup>. É neste quadro que o intermediário financeiro deve cumprir uma série de deveres, tais como os deveres de evitar conflitos de interesses (o intermediário financeiro deve adotar uma política que permita identificar eventuais conflitos de interesses e atuar de modo a evitar ou a reduzir ao mínimo o risco da sua ocorrência, nos termos dos artigos 309º e seguintes do CdVM), os deveres de evitar a intermediação excessiva, nos termos do artigo 310º do CdVM, os deveres de informação, de categorização dos investidores e de adequação.<sup>25</sup> Se o princípio em questão – ou os deveres em que ele se consubstancia – pode ser analisado à luz da atuação conforme à boa fé<sup>26</sup>, importa sublinhar que a sua intencionalidade supera a dos concretos deveres que emergem por força da boa-fé.

De referir, porém, que o princípio da boa-fé, não obstante constituir um princípio normativo que opera sempre que estejamos diante de uma relação especial entre sujeitos determinados, ao atuar em concreto e, portanto, ao ter em conta a especialização do intermediário financeiro no setor, faz agravar o padrão de sindicância da culpa, que deixa de se referir ao *bonus pater familias* para se predicar num elevado padrão de diligência<sup>27</sup>.

É também à luz da boa-fé e das exigências que ela coloca ao intermediário financeiro que se poderão justificar muitos dos deveres de informação que os oneram. Repare-se, contudo, que a profusão de informação a que os intermediários financeiros estão obrigados ultrapassa a mera relação contratual ou pré-contratual. Em rigor, podemos dizer que eles se orientam quer para a proteção do interesse do investidor, quer para a proteção da eficiência do mercado.

Assim, o intermediário financeiro deve prestar ao investidor toda a informação necessária para proporcionar uma decisão de investimento esclarecida e fundamentada. Designadamente, nos termos do artigo 312º, n.º 1, do CdVM, deve prestar todas as informações relativas ao

<sup>21</sup> Sobre o ponto, cf. Engrácia ANTUNES, “Deveres e responsabilidades do intermediário financeiro – alguns aspetos”, 33.

<sup>22</sup> Engrácia ANTUNES, “Deveres e responsabilidades do intermediário financeiro – alguns aspetos”, 35.

<sup>23</sup> Nesse sentido, Engrácia ANTUNES, “Deveres e responsabilidades do intermediário financeiro – alguns aspetos”, 35 e Fazenda MARTINS, “Deveres dos intermediários financeiros, em especial os deveres para com os clientes e o mercado”, 344.

<sup>24</sup> Cf. a este propósito Fazenda MARTINS, “Deveres dos intermediários financeiros, em especial os deveres para com os clientes e o mercado”, 337, considerando que é este dever que está em causa quando o intermediário financeiro, tomando conhecimento de factos que possam justificar a modificação ou a revogação da ordem ou instrução, deve sustar na sua execução.

<sup>25</sup> Engrácia ANTUNES, “Deveres e responsabilidades do intermediário financeiro – alguns aspetos”, 33.

<sup>26</sup> Engrácia ANTUNES, “Deveres e responsabilidades do intermediário financeiro – alguns aspetos”, 34.

<sup>27</sup> Nesse sentido, Engrácia ANTUNES, “Deveres e responsabilidades do intermediário financeiro – alguns aspetos”, 36.



intermediário financeiro e aos serviços por si prestados; à natureza de investidor profissional, não profissional ou contraparte elegível do cliente, ao seu eventual direito de requerer um tratamento diferente e a qualquer limitação ao nível do grau de proteção que tal implica; à origem e à natureza de qualquer interesse que o intermediário financeiro ou as pessoas que em nome dele agem tenham no serviço a prestar, sempre que as medidas organizativas adotadas pelo intermediário nos termos dos artigos 309.<sup>o</sup> e seguintes não sejam suficientes para garantir, com um grau de certeza razoável, que serão evitados o risco de os interesses dos clientes serem prejudicados; aos instrumentos financeiros e às estratégias de investimento propostas; aos riscos especiais envolvidos nas operações a realizar; à sua política de execução de ordens e, se for o caso, à possibilidade de execução de ordens de clientes fora de mercado regulamentado ou de sistema de negociação multilateral ou organizado; à proteção do património do cliente e à existência ou inexistência de qualquer fundo de garantia ou de proteção equivalente que abranja os serviços a prestar; ao custo do serviço a prestar. A profundidade e a extensão de tais informações ficam, nos termos do nº 2 do mesmo preceito, dependentes do grau de conhecimento e experiência dos clientes que pretendam subscrever os instrumentos financeiros referidos, devendo ser tanto maiores quanto menor for o grau de conhecimentos e de experiência do cliente.

A informação sobre o custo do serviço e do instrumento deve abranger informação relacionada com os serviços de investimento e os serviços auxiliares, nomeadamente os custos do serviço de consultoria para investimento, do instrumento financeiro recomendado ou vendido ao investidor e modo de pagamento, incluindo a terceiros; e agregar todos os custos e encargos que não resultem do risco de mercado subjacente ao instrumento ou serviço, de modo a permitir ao investidor conhecer o custo total e o respetivo impacto sobre o retorno do investimento, podendo a informação ser dividida por categoria de custos a pedido do cliente.

Claramente orientados pela proteção do cliente/investidor e pelo princípio *know your customer* estão os deveres de *adequação e de categorização dos investidores*. O intermediário financeiro deve, nos termos do artigo 317.<sup>o</sup> do CdVM, estabelecer, por escrito, uma política interna que lhe permita, a todo o tempo, conhecer a natureza de cada cliente, como investidor não profissional, profissional ou contraparte elegível, e adotar os procedimentos necessários à concretização da mesma. Consoante explicita ENGRÁCIA ANTUNES, trata-se de “um dever instrumental relativamente ao cumprimento de outros deveres legais a que aqueles estão sujeitos em matéria da prestação de serviços de intermediação financeira: isto é especialmente verdade em relação aos deveres de informação – já que a densidade e exigência da informação a prestar pelo intermediário admite variações em função do tipo e perfil dos clientes (...) e ao dever de adequação”<sup>28</sup>. Continuando a acompanhar os ensinamentos do autor, podemos afirmar que se trata de um dever que tem consequências no grau de proteção dispensado ao cliente, sendo de sublinhar que este pode solicitar uma categorização diversa<sup>29</sup>.

<sup>28</sup> Engrácia ANTUNES, “Deveres e responsabilidades do intermediário financeiro – alguns aspetos”, 40

<sup>29</sup> Engrácia ANTUNES, “Deveres e responsabilidades do intermediário financeiro – alguns aspetos”, 41

Por outro lado, estão obrigados a cumprir deveres de adequação<sup>30</sup>. Nos termos do artigo 314º do CdVM, o intermediário financeiro deve solicitar ao cliente informação relativa aos seus conhecimentos e experiência em matéria de investimento no que respeita ao tipo de instrumento financeiro ou ao serviço considerado, que lhe permita avaliar se o cliente compreende os riscos envolvidos. Se, com base na informação recebida, o intermediário financeiro julgar que a operação considerada não é adequada àquele cliente deve adverti-lo, por escrito, para esse facto, devendo o cliente confirmar, por escrito, que recebeu a advertência em causa. No caso do cliente se recusar a fornecer a informação solicitada ou se não fornecer informação suficiente, o intermediário financeiro deve adverti-lo, por escrito, para o facto de que essa decisão não lhe permite determinar a adequação da operação considerada às suas circunstâncias. Se o intermediário financeiro, para proceder ao juízo de adequação, deve solicitar ao cliente informação relativa aos seus conhecimentos e experiência em matéria de investimento no que respeita ao tipo de instrumento ou ao serviço em causa, no caso da consultoria para investimento, deve também indagar sobre a sua situação financeira, incluindo a capacidade para suportar perdas, os objetivos de investimento, e a tolerância ao risco, nos termos do artigo 314º-A do CdVM, devendo abster-se de proferir qualquer juízo de adequação na ausência destes elementos<sup>31</sup>. No mais, se em face de um relatório de adequação desfavorável o cliente insistir em realizar o investimento, avoca para si todo o risco que lhe é inerente, sem qualquer possibilidade de responsabilização do intermediário.

Não só em cumprimento do dever de proteção dos interesses do cliente, mas também do princípio da proteção da eficiência do mercado, o artigo 305º do CdVM consagra uma série de deveres de organização interna. Entre outros, 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, regularidade, continuidade e eficiência e por forma a evitar procedimentos errados; dispor de procedimentos de controlo interno adequados, incluindo regras relativas às transações pessoais dos seus colaboradores ou à detenção ou gestão de investimentos em instrumentos financeiros para investimento por conta

<sup>30</sup> Cf. Paulo CÂMARA, “O Dever de Adequação dos Intermediários Financeiros”, *Estudos em Honra do Prof. Doutor J. Oliveira Ascensão*, II, Almedina, Coimbra, 2008, 1307 s. e Engrácia ANTUNES, “Deveres e responsabilidades do intermediário financeiro – alguns aspetos”, 42 s.

<sup>31</sup> De acordo com as orientações da ESMA, “ao determinarem as informações que devem ser recolhidas, as empresas devem também ter em conta a natureza do serviço a prestar. Na prática, isto significa que no caso da prestação de serviços de consultoria para investimento, as empresas devem recolher informações suficientes que lhes permitam avaliar a capacidade do cliente para compreender os riscos e a natureza de cada um dos instrumentos financeiros que tencionam recomendar a esse cliente; no caso da prestação de serviços de gestão de carteiras, tendo em conta que as decisões de investimento serão tomadas pela empresa em nome do cliente, o nível de conhecimentos e experiência que o cliente deve ter relativamente a todos os instrumentos financeiros suscetíveis de constituírem a carteira pode ser menos aprofundado do que no caso da prestação de um serviço de consultoria para investimento. No entanto, mesmo em tais situações, o cliente deve, pelo menos, compreender os riscos globais inerentes à carteira e possuir uma compreensão geral dos riscos associados a cada tipo de instrumento financeiro suscetível de ser incluído na carteira. As empresas devem ter uma compreensão e conhecimentos muito claros sobre o perfil de investimento do cliente”.

Mais referem que “o âmbito do serviço pedido pelo cliente pode igualmente influir sobre o nível de pormenor das informações recolhidas sobre esse cliente. Por exemplo, as empresas devem recolher mais informações sobre os clientes que requerem consultoria para investimento que abranja toda a sua carteira financeira do que sobre os clientes que solicitam aconselhamento específico quanto à melhor forma de investir um determinado montante que representa uma parte relativamente pequena da suacarteira total”, do mesmo modo que pode ter influência a natureza específica do cliente, as suas necessidades específicas – ESMA, *Orientações relativas a determinados aspetos dos requisitos da DMIF II em matéria de adequação*, 2018, 14.

própria; adotar sistemas e procedimentos de deteção e comunicação de ordens ou operações que sejam suspeitas de constituírem abuso de mercado, as quais, aliás, devem ser comunicadas à CMVM, nos termos do artigo 304º-D.

Deve, igualmente, cumprir os deveres constantes nos artigos 305º-A a 305º-G do CdVM.

Além disso, o intermediário financeiro deve, também, assegurar uma clara distinção entre os bens pertencentes ao seu património e os bens pertencentes ao património de cada um dos clientes e adotar todas as medidas adequadas para salvaguardar os direitos desses clientes esses bens, nos termos dos artigos 306º e seguintes do CVdM.

A doutrina tem proposto diversos critérios de sistematização dos deveres que oneram os intermediários financeiros. A este propósito, Fazenda MARTINS distingue os deveres que incidem sobre as relações contratuais e as relações pré-contratuais, dentro dos quais inclui o dever de proteção dos interesses dos clientes, a atuação de modo a evitar conflitos de interesses e a proibição de intermediação excessiva, e os deveres de defesa e proteção do mercado<sup>32</sup>. A grande diferença passa pelo facto de, no tocante aos primeiros, aos referidos deveres corresponderem posições jurídicas ativas; ao invés, no que respeita aos últimos, essa corresponsabilidade inexistente. O dado pode ser particularmente importante para efeitos de responsabilização do intermediário financeiro.

Tal como referido *supra*, as *leges artis* assumem relevância na concretização ou modelação dos deveres legais impostos aos intermediários financeiros, em especial os deveres de informação, de adequação e os relativos à prevenção de conflitos de interesses, podendo, consequentemente, relevar no domínio da responsabilidade civil do intermediário financeiro perante os seus clientes (investidores).

### III. A responsabilidade civil do intermediário financeiro

#### III.1. Enquadramento

Em primeiro lugar, coloca-se o problema de saber qual a modalidade ressarcitória concretamente em causa nos casos de responsabilidade civil do intermediário financeiro. Na determinação da(s) modalidade(s) ressarcitória(s) concretamente em causa, haverá que ter em conta quer os diversos sujeitos que se relacionam com e por meio de um intermediário financeiro, quer os níveis de distinção entre as diversas modalidades de responsabilidade.

Tradicionalmente, podemos distinguir duas grandes modalidades de responsabilidade civil: a responsabilidade extracontratual e a responsabilidade contratual. Enquanto a primeira resulta da violação de direitos absolutos; a segunda surge como consequência do incumprimento de uma obrigação em sentido técnico. Distinguem-se, por isso, a diversos níveis. Em primeiro lugar, ao nível do regime jurídico aplicável. Por outro lado, quando a lei se refere à responsabilidade contratual, já definiu o critério de individualização do sujeito responsável. É o próprio contrato

<sup>32</sup> Fazenda MARTINS, *op. cit.*

que o faz. Diversamente, ao nível da responsabilidade extracontratual, é necessário encontrar critérios de delimitação do sujeito responsável e do círculo de potenciais credores da pretensão indemnizatória. O pressuposto da distinção é a existência de uma obrigação em sentido técnico. É a partir dessa constatação e da particularidade de o dano resultar no âmbito desse acordo negocial que se desencadeia um regime especial de responsabilidade. Também no plano funcional as diferenças são evidentes: enquanto ao nível da responsabilidade contratual se procura dar resposta ao interesse do credor que foi preterido com o incumprimento contratual, ao nível da responsabilidade extracontratual tutelam-se bens jurídicos reconhecidos pelo ordenamento jurídico. Percebe-se, então, que contratualmente se define *a priori* o obrigado à indemnização – aquele que se vinculou, no puro exercício da sua autonomia privada, a satisfazer aquele interesse legítimo do credor. A indemnização resultante da responsabilidade contratual inscreve-se ainda e sempre no plano de satisfação do interesse do credor. A responsabilidade contratual e extracontratual diferenciam-se, ainda, no plano axiológico: a responsabilidade extracontratual baseia-se numa ideia de liberdade (positivamente entendida, que implica o chamamento do sujeito, visto como pessoa, à sua responsabilidade – pelo outro e perante o outro), a responsabilidade contratual alicerçar-se-á (a par de uma ideia de liberdade) numa ideia de confiança assente na vinculatividade negocial<sup>33</sup>.

Alguns autores autonomizam uma terceira via de responsabilidade civil. De facto, há determinadas situações que não configuram uma hipótese de responsabilidade extracontratual (por não estar em causa a violação de direitos absolutos), mas também não traduzem, na sua pureza, uma hipótese de responsabilidade contratual. É neste contexto que certos autores, para fazer face a estas situações de “terra de ninguém, entre o delito e o contrato”, propõem que se fale de uma terceira via de responsabilidade civil. Para estes autores, a dicotomia delitual/contratual deixaria de ter correspondência perfeita com os dados sistemáticos, sendo necessário autonomizar um *tertium genus*, para o qual seriam reconduzidas as hipóteses de responsabilidade pré-contratual ou responsabilidade pela *culpa in contrahendo*, responsabilidade pela confiança, responsabilidade pela violação de deveres decorrentes da boa-fé (numa relação contratual), responsabilidade do gestor de negócios, responsabilidade nas obrigações nascidas de quase-contratos, responsabilidade pela violação de contratos com eficácia de proteção para terceiros<sup>34</sup>. Não sendo este o local nem o momento adequado para nos pronunciarmos sobre a bondade de uma terceira via de responsabilidade civil, importa, não obstante, considerar que, se ela corresponde, em muitos casos, a dados sistemáticos, haverá

<sup>33</sup> Para mais desenvolvimentos, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, *Lições de Responsabilidade Civil*, Príncipia, 2017

<sup>34</sup> Sobre a terceira via da responsabilidade civil, cf. autores como Carneiro da FRADA, *Contrato e deveres de proteção*, Separata do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1994, 80 s; *Uma terceira via da responsabilidade civil*, 85 e Teoria da confiança e responsabilidade civil, Almedina, Coimbra, 2004, 111, nota 220; Batista MACHADO, “Tutela da confiança e venire contra factum proprium”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 117º ano, Coimbra, 1985, 377 e “A Cláusula do Razoável”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 119º, 619; Menezes LEITÃO, “Responsabilidade civil do gestor”, 68 s; CANARIS, “Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione”, *Revista Critica del Diritto Privato*, Anno, I, nº3, Setembro de 1983; Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Almedina, Coimbra, 1989, 525 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 XIV, 150; Menezes CORDEIRO, *Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais*, Lex, Lisboa, 1999, 444 e 488. Na doutrina estrangeira, veja-se, ainda e *inter alia*, CASTRONOVO, “L’obbligazione senza prestazioni ai confini tra contratto e torto”, *Le ragioni del diritto, Scritti in onore di Luigi Mengoni, I, Diritto Civile*, Milano, 1995, 166 s e 233, criticando a terceira via de responsabilidade civil, apesar de defender uma ideia de responsabilidade pela confiança.

situações que julgamos que possam ser reconduzidas à responsabilidade contratual. Assim, por exemplo, nas situações de responsabilidade geradas pela violação de deveres de conduta no âmbito de uma relação obrigacional<sup>35</sup>.

O intermediário financeiro poderá ser responsável perante o investidor pelos danos que este venha a sofrer. Esta responsabilidade pode ser de variada índole: desde logo, podemos estar diante de responsabilidade contratual. Na verdade, entre o intermediário financeiro e o emitente e entre o intermediário financeiro e o investidor são, em regra, celebrados contratos.

Podem estar em causa diversos serviços – *v.g.*, a transmissão e receção de ordens por conta de outrem, a execução de ordens por conta de outrem, a gestão de carteiras por conta de outrem, a tomada firme e colocação com ou sem garantia em oferta pública de distribuição. Ora, ao falar-se de transmissão e receção de ordens por conta de outrem, estamos a referir-nos a uma realidade que nos conduz ou a um contrato de mandato comercial, com ou sem poderes de representação, ou a um contrato de mediação; ao falar-se de gestão de carteiras por conta de outrem, estamos perante um contrato nos termos do qual o intermediário se obriga a administrar um património financeiro do investidor, com o objetivo de incrementar a sua rentabilidade, tratando-se no fundo de um contrato que pode ser reconduzido ao mandato comercial, com ou sem representação, traduzindo-se numa relação jurídica duradoura cuja concretização implica a prática de ulteriores atos de comércio. Já no caso de colocação com ou sem garantia em oferta pública de distribuição, se a colocação for simples, o intermediário financeiro assume a obrigação de meios de envidar os seus melhores esforços para distribuir os valores mobiliários que fazem parte da oferta pública; se se tratar de uma colocação com garantia, o intermediário financeiro assume a obrigação de adquirir, para si ou para terceiro, parte ou a totalidade dos valores mobiliários objeto da oferta que o público não tenha subscrito, havendo, portanto, a obrigação de obter um determinado resultado. No caso de estarmos diante de uma colocação com tomada firme, o intermediário financeiro adquire *a priori* os valores mobiliários do emitente para que, posteriormente e nos termos acordados com este, os coloque, ele mesmo, junto do público.

Ocorrendo uma situação de incumprimento por parte do intermediário financeiro, pode gerar-se responsabilidade contratual. Repare-se que esta responsabilidade pode avultar quer por referência a investidores, quer por referência a emitentes.

Tenha-se em conta que o incumprimento a que aludimos não deve ser entendido em termos estritos. Sendo a relação creditícia entendida como uma relação obrigacional complexa, ela é integrada por múltiplos deveres que ultrapassam os deveres principais de prestação. Muitos dos deveres (embora não todos, como vimos) que oneram os intermediários financeiros podem ser considerados deveres de índole contratual, cuja preterição faz desencadear responsabilidade contratual – em causa estaria uma hipótese de cumprimento defeituoso ou de violação positiva do contrato, consoante os casos, de todo o modo reconduzível ao âmbito de relevância da contratualidade e, conseqüentemente, geradores de responsabilidade contratual.

<sup>35</sup> Sobre o ponto, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, *Lições de responsabilidade civil*, cit.

A responsabilidade contratual pode, ainda, emergir por outra via: na verdade, subjacente a uma particular relação de intermediação financeira pode existir uma relação corrente de negócios entre o intermediário financeiro e o seu cliente. A violação de determinados deveres decorrentes da boa-fé pode justificar, por si, independentemente das vicissitudes inerentes ao concreto ato de intermediação, uma pretensão indemnizatória procedente. Repare-se que estes deveres decorrentes da boa-fé de que falamos agora estão já, em algumas hipóteses, concretizados pela lei, conforme explicitado *supra*. Outros desses deveres previstos no CVM, podendo integrar uma relação obrigacional complexa em que se traduza uma relação corrente de negócios, vão para além do que seria imposto pela boa-fé, podendo ainda assim assumir relevância ao nível contratual.

Mas, a responsabilidade do intermediário financeiro pode, contudo, ser também qualificada como extracontratual.

Em causa está, em primeiro lugar, a previsão do artigo 304º-A CVM, nos termos do qual “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 emanado de autoridade pública”. Em causa está a violação de alguns dos deveres que por nós foram anteriormente especificados. Não se trata, agora, da violação de específicos deveres emergentes de uma concreta relação de intermediação, mas de deveres genéricos respeitantes à organização e exercício da sua atividade. Tais deveres podem surgir, é certo, no quadro de uma relação contratual – tanto que o nº 2 determina que a culpa se presume quando o dano seja causado no âmbito de relações contratuais ou pré-contratuais, bem como sempre que resulte da violação de deveres de informação –, mas podem também surgir sem associação a ela. Independentemente deste dado – que é relevante apenas para determinar em que medida se podem chamar à colação mais do que uma modalidade responsabilizatória, na medida em que se aceita a ideia de concurso de fundamentos de uma mesma pretensão indemnizatória –, podemos dizer que o que está aqui em causa é a previsão de uma hipótese de responsabilidade por violação de deveres previstos em disposições legais de proteção de interesses alheios. Nessa medida, a responsabilidade em causa é extracontratual. Entende-se que assim seja: a especial posição que ocupam os intermediários financeiros no mercado de valores mobiliários determina que assumam uma esfera de responsabilidade em face dos investidores com quem se relacionam, mas, mais alargadamente, em face do mercado em geral. A delimitação dos credores da pretensão indemnizatória fica, nestas hipóteses, dependentes do âmbito de proteção da norma preterida, não tendo de ficar *a priori* confinada à relação com os investidores e/ou os emitentes das obrigações.

Os intermediários financeiros podem, assim, ser responsabilizados contratualmente, pré-contratualmente e extracontratualmente<sup>36</sup>. A possibilidade de se mobilizar cada um dos regimes de responsabilidade concretamente em causa fica dependente da particular hipótese concreta, dos sujeitos que se vinculam por meio dela e dos danos que possam avultar. Em qualquer dos casos, a concretização dos diversos deveres que oneram os intermediários financeiros é

<sup>36</sup> Cf. Acórdão STJ 10-1-2013, Proc. nº 89/10.4TVPRT.P1.S1, relator Tavares de Paiva

fundamental para, dentro do âmbito de relevância da contratualidade ou fora dela, se recortar uma esfera de responsabilidade civil. É por isso que, independentemente da concreta modalidade de responsabilidade civil que possa estar em causa, se verifica uma convergência de regras, por exemplo no tocante à prova da culpa. Não obstante, as especificidades de cada uma das modalidades continuam a ser determinantes em muitos outros aspetos.

### III.2. Em especial: o pressuposto da ilicitude e as *leges artis*

No quadro da apreciação dos pressupostos de procedência de uma pretensão indemnizatória no quadro da responsabilidade civil do intermediário financeiro, avulta, desde logo, o requisito da ilicitude. No quadro da responsabilidade contratual, a ilicitude redundará na violação de deveres contratuais do intermediário financeiro. Como vimos *supra*, os deveres *contratuais* do intermediário financeiro devem ser compreendidos no quadro da *relação obrigacional complexa*, abrangendo não apenas o concreto clausulado do contrato de intermediação financeira concretamente em casa, mas também o complexo de deveres previstos no CdVM e demais regulamentação aplicável.

Neste quadro, podemos convocar as *supra* identificadas *leges artis*, que poderão funcionar, neste domínio, enquanto *mediador de ilicitude*<sup>37</sup>, isto é, enquanto elemento que permite densificar a violação do dever por parte do intermediário financeiro. Pense-se, por exemplo, no dever de informação que impende sobre o intermediário financeiro: a aferição da violação, pelo intermediário financeiro dos comandos legais (v.g. os artigos 312.º e 7.º do CdVM), *importados* para a relação contratual à luz da referida *relação obrigacional complexa*, pode fazer-se, por exemplo, por apelo às *leges artis* consagradas, por exemplo nas *guidelines* ou orientações da ESMA, no sentido de aferir a conformidade da atuação do intermediário com os *standards* da profissão fixados naqueles instrumentos. O mesmo valendo, quanto à possível violação das regras relativas aos conflitos de interesses, atendendo, neste caso, às orientações em matérias de vendas cruzadas (*MiFID II guidelines on cross-selling practices*, ESMA/2016/574).

Nos casos em que esteja em causa a responsabilidade extracontratual, a primeira modalidade desta – a violação de direitos de natureza absoluta – está obviamente afastada no caso vertente, na medida em que os direitos dos investidores que poderão ser lesados em virtude da atuação do intermediário financeiro não serão direitos absolutos<sup>38</sup>.

<sup>37</sup> V., no domínio da responsabilidade criminal (e contraordenacional), Frederico de Lacerda da Costa PINTO, “A responsabilidade criminal dos auditores, as normas de conduta profissional e a informação no sistema financeiro”, in *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários*, n.º 55, dezembro 2016, 192-201; Teresa Pizarro BELEZA/ Frederico de Lacerda da Costa PINTO, “O papel das normas de conduta profissional na responsabilidade criminal dos auditores”, in *Homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva*, UCP Editora, Lisboa, 2020, 2777-2794.

<sup>38</sup> Sobre a primeira modalidade da ilicitude, v. João de Matos Antunes VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, *Cit.*, pp. 533 ss.; Mário Júlio de Almeida COSTA, *Direito das Obrigações*, *Cit.*, pp. 562 ss.; Inocêncio Galvão TELLES, *Direito das Obrigações*, *Cit.*, pp. 214 ss.; António Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil VIII (Direito das Obrigações)*, Almedina, 2017 (reimpressão), pp. 445 ss.; Mafalda Miranda BARBOSA, *Lições de Responsabilidade Civil*, Principia, 2017, pp. 146 ss..

Resta, assim, a *segunda* modalidade da ilicitude prevista no artigo 483º, n.º 1, do Código Civil: a violação de disposições legais de proteção de interesses alheios<sup>39</sup>.

Ora, adiantando razões, para que uma determinada norma possa ser classificada como disposição legal de interesses alheios, temos de estar perante uma norma em sentido formal e material, que tenha por finalidade, ainda que não unicamente, a proteção de interesses particulares, sendo que o interesse do lesado que é afetado há-de reconduzir-se ao âmbito de proteção da norma<sup>40</sup>. Ora, não será difícil encontrar no CVM de proteção de interesses alheios cuja violação pelo intermediário financeiro permitirá a sua responsabilização<sup>41</sup>.

Também neste contexto, pelas mesmas razões e na mesma medida *supra* explicitada, as *leges artis* da intermediação financeira poderão e deverão funcionar como *mediadoras de ilicitude*.

Por fim, não deixaremos de referir que este apontado papel e relevância das *leges artis* poderão ter também importantes reflexos no preenchimento dos demais pressupostos da responsabilidade civil, como sejam a culpa e o nexo de causalidade, o que, no entanto, extravasa o âmbito do presente estudo<sup>42</sup>.

---

<sup>39</sup> Sobre a segunda modalidade da ilicitude, v. João de Matos Antunes VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, *Cit.*, pp. 536 ss.; Mário Júlio de Almeida COSTA, *Direito das Obrigações*, *Cit.*, pp. 562 ss.; Jorge Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações*, *Cit.*, pp. 237 ss.; Inocêncio Galvão TELLES, *Direito das Obrigações*, *Cit.*, pp. 214 ss.; António Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil VIII (Direito das Obrigações)*, Almedina, 2017 (reimpressão), pp. 448 ss.; Mafalda Miranda BARBOSA, *Lições de Responsabilidade Civil*, Principia, 2017, pp. 165 ss..

<sup>40</sup> V., por todos, Mafalda Miranda BARBOSA, *Lições de Responsabilidade Civil*, *Cit.*, pp. 167-168.

<sup>41</sup> Para a identificação de normas de proteção de interesses alheios no CdVM, v. Adelaide Menezes LEITÃO, *A responsabilidade civil por violação de normas de proteção no âmbito do Código de Valores Mobiliários*, Responsabilidade Civil – Cinquenta Anos em Portugal, Quinze Anos no Brasil, Volume II, Instituto Jurídico, 2013, pp. 7-25.

<sup>42</sup> Sobre os requisitos da culpa e nexo de causalidade na responsabilidade civil do intermediário financeiro cf. José Luís Dias GONÇALVES, “A responsabilidade civil dos intermediários financeiros – breves apontamentos”, 871-879.



# ■ PARTE II

## RESPONSABILIDADE CIVIL PROFISSIONAL

### 5. NOTAS SOLTAS SOBRE RESPONSABILIDADE NO ÂMBITO DA EMPREITADA DE CONSTRUÇÃO

RUI MOREIRA



C E N T R O  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

## 5. NOTAS SOLTAS SOBRE RESPONSABILIDADE NO ÂMBITO DA EMPREITADA DE CONSTRUÇÃO

Rui Moreira\*

1. Empreitada e Empreitada de consumo
  - 1.1. Distinção
    - 1.1.1. Ónus de alegação
    - 1.1.2. O facto resulta apenas da discussão da causa: essencial ou complementar?
2. Defeitos e faltas de conformidade
  - 2.1. Noção
  - 2.2. Exemplos
  - 2.3. Defeitos aparentes ou ocultos
  - 2.4. Essencialidade da denúncia
  - 2.5. Defeitos não denunciados e indemnização
3. Incumprimento e Incumprimento definitivo (algumas hipóteses)
  - 3.1. Expulsão do empreiteiro pelo dono da obra
  - 3.2. Abandono da obra
  - 3.3. Omissão da reparação dos defeitos
4. Direitos decorrentes do incumprimento
  - 4.1. Empreitadas comuns e empreitadas de consumo
    - 4.1.1. Direitos para o dono da obra, em caso de incumprimento. Em especial, a resolução do contrato e a indemnização
    - 4.1.2. O regime no caso das empreitadas de consumo
    - 4.1.3. Prazos de caducidade e garantia
5. Outras responsabilidades
  - 5.1. Responsabilidade de outros intervenientes
    - 5.1.1. Fiscal ou director técnico, contratado pelo dono da obra
  - 5.2. Responsabilidade por danos causados a terceiros na execução da obra. Responsabilidade do empreiteiro. Responsabilidade do dono da obra

### 1. Empreitada e Empreitada de consumo

#### 1.1. Distinção

Segundo a definição constante do art. 1207.º do Código Civil, empreitada é o contrato pelo qual uma das partes se obriga em relação à outra a realizar certa obra, mediante um preço.

Trata-se, portanto, de uma obrigação de resultado: o objecto é uma obra e não a prestação de um serviço ou o desenvolvimento de uma actividade. O trabalho ou a actividade têm de se materializar numa obra.

A obra é frequentemente uma construção, uma criação. Mas pode ser apenas uma reparação, a modificação ou a demolição de uma coisa pré-existente.

O contrato fica cumprido quando a obra é entregue em conformidade com o que foi convencionado, sem vícios que excluam ou reduzam o seu valor, ou a sua aptidão para o uso normal desse tipo de coisas ou para o uso previsto no contrato (art. 1208.º do Código Civil).

\* Juiz Desembargador no Tribunal da Relação do Porto.

De entre as empreitadas comuns destacam-se as empreitadas de consumo.

Nestas, o dono da obra é um consumidor final, que destina a obra a uso não profissional.

A definição consta da Lei de Defesa do Consumidor (Lei n.º 24/96, de 31 de Julho) – artigo 2.º, n.º 1:

*“Considera-se consumidor todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma actividade económica que vise a obtenção de benefícios.”*

Mas é discutível que todas as empreitadas contratadas por um consumidor final sejam empreitadas de consumo.

O Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8/04 (que transpõe para a ordem jurídica nacional a Directiva n.º 1999/44/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Maio, sobre certos aspectos da venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas), após a sua revisão de 2008, previa que o seu regime – de índole proteccionista para com o consumidor – era também *“aplicável, com as necessárias adaptações, aos bens de consumo fornecidos no âmbito de um contrato de empreitada ou de outra prestação de serviços ...”* (art. 1.º-A, n.º 2).

Este diploma foi revogado pelo Decreto-Lei n.º 84/2021, de 18/10, que transpõe as Directivas (UE) 2019/771 e (UE) 2019/770 e entrou em vigor em 1/1/2022, sendo aplicável a contratos celebrados após a sua entrada em vigor. Porém, no que aqui interessa, é idêntico o seu âmbito de aplicação: *“... aos bens de consumo fornecidos no âmbito de um contrato de empreitada ou de outra prestação de serviços ...”* (art. 3.º, nº 1, al. b)).

Do texto destas normas parece resultar, então, que o respectivo regime só será aplicável a empreitadas que incluam o fornecimento de bens de consumo, ou a sua produção ou criação.

A *contrario*, o regime não seria aplicável a empreitadas que tivessem por objecto apenas a reparação, a manutenção ou a destruição/demolição de uma coisa. Nestas, a legislação aplicável seria apenas o Código Civil e a Lei de Protecção de Consumidor, sendo caso disso.<sup>1</sup>

Certo é, porém, que desde a alteração da redacção original do Decreto-Lei n.º 67/2003 (pelo Decreto-Lei n.º 84/2008, de 21 de Maio), que veio precisamente aditar aquela norma do art. 1.º-A onde se refere o fornecimento de bens no âmbito de contratos de empreitada, a jurisprudência maioritária bem como alguma doutrina<sup>2</sup> vêm defendendo que este regime

<sup>1</sup> Cf. João Cura Mariano, *Responsabilidade Contratual do Empreiteiro pelos Defeitos da Obra*, 4.ª ed., págs. 205-206, citando neste sentido Calvão da Silva, Paulo Mota Pinto e Pedro Romano Martinez.

<sup>2</sup> Cf. Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*, vol. III, 10.ª edição, pág. 562.

deve ser igualmente aplicável às situações em que a obra consiste apenas na reparação, manutenção ou remodelação de um imóvel pré-existente.

Isto essencialmente por duas razões: por um lado, sob pena de se esvaziar o sentido da novidade legislativa trazida pelo Decreto-Lei n.º 84/2008; por outro lado, por inexistir qualquer razão válida para distinguir o regime aplicável em função de a obra compreender uma construção nova ou apenas uma intervenção numa obra pré-existente. Neste sentido, vejamos, entre outros, o Ac. do TRL de 21/10/2021, proc. n.º 225/20.2T8LNH.L1-2, onde se cita diversa outra jurisprudência, ou o Ac. do TRP de 8/05/2014, proc. 298/11.9TBPFR.P1 (ambos em *dgsi.pt*).

Sendo esta a tendência da jurisprudência e não tendo havido, no texto do Decreto-Lei n.º 84/2021, de 18/10, qualquer alteração no sentido da definição de outra solução, parece não ser descabido continuar a acolhê-la.

Nesta tese, essencial para a aplicação do regime mais proteccionista do consumidor é que se esteja perante uma relação de consumo, o que se verifica sempre que o empreiteiro exerça a sua actividade com carácter profissional e o dono da obra seja um consumidor, visando ela fins não profissionais. Indiferente se torna a natureza da obra.

De referir, a este propósito, que é controverso que uma pessoa colectiva possa ser qualificada como consumidor, como sujeito de uma relação de consumo. A questão é discutida em diversos cenários, como por exemplo o da discussão sobre o direito de retenção do promitente comprador de uma fracção, quando ele é uma pessoa colectiva.

Também no âmbito de um contrato de empreitada em que o dono da obra é uma pessoa colectiva a tendência é a de rejeitar a possibilidade da sua regulação pelo regime da empreitada de consumo. A obra pretendida, directa ou indirectamente, há-de reconduzir-se ao desenvolvimento da actividade da pessoa colectiva.

A Directiva n.º 1999/44/CE, cuja transposição para a ordem jurídica nacional o Decreto-Lei n.º 67/2003 operou, referiu “*consumidor*” como pessoa singular.

A Lei de defesa de Consumidor e o Decreto-Lei n.º 67/2003 definem consumidor sob a expressão “*Todo aquele que...*”.

O Decreto-Lei n.º 84/2021 reafirma a qualidade de pessoa singular, sob a seguinte definição (art. 2.º, al g)):

«*Consumidor*», uma pessoa singular que, no que respeita aos contratos abrangidos pelo presente decreto-lei, atue com fins que não se incluam no âmbito da sua actividade comercial, industrial, artesanal ou profissional”.

Em qualquer caso, é pacificamente aceite que um condomínio – que não é seguramente uma pessoa singular – pode beneficiar do regime privilegiado da empreitada de consumo, desde que as fracções que o integram não assumam um destino profissional.

### 1.1.1. Ónus de alegação

Como veremos infra, o regime legal da empreitada de consumo compreende normas mais favoráveis à posição contratual do dono da obra. Trata-se de um regime especial que afasta as regras do regime geral do Código Civil.

Por isso, a aplicação das específicas regras mais favoráveis desse regime depende da alegação e demonstração dos factos que dele são pressuposto, isto é, dos factos caracterizadores da relação de consumo.

Então, por aplicação do estabelecido no n.º 1 do art. 342.º do Código Civil, é ao interessado na aplicação desse regime (v.g. o dono da obra) que cabe alegar e provar a correspondente factualidade.

### 1.1.2. O facto resulta apenas da discussão da causa: essencial ou complementar?

Como se sabe, os termos em que o princípio do dispositivo se mostra consagrado no art. 5.º, n.º 1, do Código de Processo Civil impõe às partes o ónus de alegar os factos que constituem a causa de pedir.

A evolução do direito processual civil, na prossecução de um objectivo de primado da substância sobre a forma, por via de uma actuação mais tutelar do tribunal e em desfavor do princípio da auto-responsabilidade das partes, tem levado a que se venha temperando aquele princípio do dispositivo com uma acentuação crescente do princípio do inquisitório.

Exemplo disso é a solução constante do n.º 2 do art. 5.º do Código de Processo Civil, que prevê que, mesmo não tendo sido alegados pelas partes, sejam considerados pelo juiz os factos instrumentais que resultem da instrução da causa, os factos complementares ou concretizadores dos alegados, que resultem da instrução da causa e tenham sido passíveis de contraditório, e os factos notórios ou conhecidos oficiosamente pelo tribunal.

É sob este enquadramento processual que deve ser tratada a hipótese de o dono da obra, consumidor final e parte num contrato de empreitada com um construtor civil profissional, não ter alegado estas duas qualidades, a par do destino da obra a um fim não profissional, resultando elas apenas da discussão da causa. E isto, designadamente, no caso útil de vir exercer um direito que lhe será reconhecido em face do regime jurídico da empreitada de consumo, diferentemente do que aconteceria no caso de uma empreitada comum.

Poderá o juiz, na sequência da discussão e em sede de sentença, considerar os factos que apenas a discussão da causa revelou, designadamente decorrer a obra na casa de habitação

do dono da obra, que a usa apenas para aí morar com a família, sendo o empreiteiro um profissional da construção civil que a tal tipo de obras se dedica?

Crê-se que a solução da questão dependerá muito dos termos concretos do litígio.

Assim, em princípio, se a matéria caracterizadora da relação de consumo surge absolutamente como nova em sede de discussão da causa, consubstanciando uma situação jurídica diferente e não previsível, desprovida de qualquer antecedente na alegação factual ocorrida e que importa a sua subsunção a um regime jurídico distinto, tal factualidade deverá ter-se como nuclear, essencial, não podendo o tribunal superar a circunstância de não ter sido oportunamente trazida pela parte para integrar a causa de pedir. Ela consubstanciará uma ampliação da causa de pedir e a sua sujeição ao princípio do dispositivo é total.

Assim não será, por exemplo, se desde o início a obra foi descrita como ocorrendo na habitação do autor, se isso resulta da descrição dos episódios da obra ou do exemplar do contrato de empreitada escrito que tenham celebrado. E se, com isso, se permite a identificação de uma relação de consumo. Nesse caso, emanando da discussão o facto em causa – por exemplo, o destino da obra para habitação do autor e sua família – não deixa de ser ele apenas um complemento ou concretização de algo pré-anunciado. Então, ao abrigo da al. b) do n.º 2 do art. 5.º do Código de Processo Civil, poderá o juiz usá-lo, subsumindo a relação contratual em causa ao regime da empreitada de consumo, sem prejuízo de, sendo caso disso, adoptar os procedimentos necessários à prevenção da prolação de uma decisão surpresa, *in casu*, acabando por aplicar um regime jurídico anteriormente não configurado pelas partes (art. 3.º, n.º 3, do Código de Processo Civil). Vejam-se, a este respeito, o Ac. do TRC de 16/02/2016, no proc. n.º 12/14.7TBAGN.C1; o Ac. do TRG de 22/10/2020, no proc. n.º 17/18.9T8CBT.G1; ou o Ac. do TRC de 4/05/2020, no proc. n.º 4581/15.6T8VIS.C2 (todos disponíveis em *dgsi.pt*).

Escreveu-se neste último: “(...) *quer-nos parecer que se deve ser um pouco mais elástico e maleável na apreciação do cumprimento do referido ónus da prova – em teoria, claramente a cargo do dono da obra – e que as qualidades dos contraentes que caracterizam a relação de consumo se devem considerar como assentes se e quando resulte, fora de toda a dúvida, da trama processual que estamos perante uma obra encomendada para um uso não profissional a quem exerce com carácter profissional a actividade económica (no sector a que a obra diz respeito)*”.

Com o mesmo entendimento, mas decidindo em sentido oposto, cfr. o Ac. do TRP de 12/10/2017, proc. n.º 392/13.1TVPR.T.P1, onde foi julgada inadmissível a consideração do facto de determinando edifício ser integrado por fracções destinadas a habitação, em acção intentada pela administração do respectivo condomínio, contra um empreiteiro, por defeitos da obra, por jamais isso ter sido alegado em articulado próprio.

## 2. Defeitos e faltas de conformidade.

### 2.1. Noção

O cumprimento perfeito de um contrato de empreitada implica que a obra convencionada seja entregue sem vícios que excluam ou reduzam o seu valor, ou a sua aptidão para o uso a que é destinada (art. 1208.º do Código Civil).

No mesmo sentido, em face do Decreto-Lei n.º 67/2003 [art. 2.º, n.º 2, al. d)], o cumprimento corresponde a que a obra seja entregue em conformidade com o contratado, o que não se verificará se a mesma não apresentar a qualidade que o consumidor pode razoavelmente esperar, atenta a natureza da obra em questão.

Em termos idênticos, o Decreto-Lei n.º 84/2021, de 18/10, definindo o conceito de conformidade, permite identificar o que sejam faltas de conformidade.

Assim, em termos idênticos aos do regime do Código Civil, que utiliza o conceito de “defeitos” no art. 1218.º e ss., abrangendo vícios e desconformidades, o art. 7.º, n.º 1, als. a) e d), deste Decreto-Lei n.º 84/2021 utiliza a noção de “*falta de conformidade*”, caracterizando-a como uma condição da obra que a torna inadequada para o fim que foi convencionado ou a que as coisas da mesma natureza se destinam, que não corresponde à dimensão ou não possui as qualidades e outras características, inclusive no que respeita à durabilidade, funcionalidade, compatibilidade e segurança, convencionadas ou habituais e expectáveis nos bens do mesmo tipo.

### 2.2. Exemplos

A realidade do tráfego jurídico-económico, que inclui muitos episódios que são trazidos aos tribunais a par daqueles que nos chegam no âmbito das nossas próprias relações sociais, é infelizmente muito rica em situações de incumprimento de contratos de empreitada de construção, constituídas pela execução de uma obra com vícios ou com desconformidades, passíveis de subsunção aos conceitos de defeito ou de falta de conformidade acima referidos. Serão vícios as anomalias da obra, que a impedem de servir para o fim a que se destina, que lhe excluam ou reduzem o valor, que se desviam da qualidade apresentada pelas coisas da mesma natureza.

Podemos pensar em paredes mal construídas, que racham e permitem infiltrações, que escurecem ou permitem o surgimento de bolor; em caixilhos mal aplicados, que deixam entrar frio e humidades; em soalhos que dilatam e levantam; em varandas e terraços com inclinações impróprias que permitem a acumulação de águas em vez de levarem ao seu escoamento; em portas e janelas mal equilibradas, que abrem e fecham com dificuldade ou que não funcionam; em paredes e tectos tortos ou com pinturas irregulares e manchas; em muros de suporte de terras que colapsam; em rampas de garagem com inclinações inadequadas, que não permitem a sua utilização normal; em azulejos e tijoleiras colocados de forma irregular, incumprindo os padrões ou criando superfícies irregulares.



Os exemplos multiplicam-se e qualquer pessoa é capaz de os acrescentar.

De referir que devem ser qualificados como vícios construtivos as situações em que o empreiteiro, apesar de poder invocar estar a cumprir um projecto que lhe foi entregue pelo próprio dono da obra, a executa com soluções que, segundo a capacidade e conhecimento que lhe eram exigíveis, não poderia ter deixado de interpretar como inadmissíveis.

Pense-se na hipótese de construção de uma entrada para uma divisão que é inacessível ou torna a divisão insusceptível de ser usada, de implantação de escadas que não dão para lado nenhum e ficarão sem utilidade, de implantação de um edifício em condições que virão a impedir a construção da obra projectada.

Todavia, esta regra estará excluída para as empreitadas de consumo, atento o disposto no art. 2.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 63/2007, já revogado, mas como teor semelhante no n.º 4 do art. 22.º do Decreto-Lei n.º 84/2021:

*“4 – Não se considera existir falta de conformidade, na aceção do presente artigo, caso o consumidor tivesse conhecimento dessa falta de conformidade aquando da celebração do contrato, não a pudesse razoavelmente ignorar ou se aquela decorrer dos materiais fornecidos pelo consumidor.”<sup>3</sup>*

<sup>3</sup> A conjugação desta regra com a do regime da culpa do empreiteiro mostra-se tratada de forma interessante no Ac. do TRC de 13/11/2018, proc. n.º 379/15.0T8GRD.C2, em *dgsi.pt*:

*“1 – Numa empreitada de consumo, verificando-se a existência de defeitos na obra realizada, a responsabilidade do empreiteiro é objetiva, dispensando a existência de um nexo de imputação das faltas de conformidade a um comportamento censurável daquele, como se depreende do art. 3º, nº1, do DL nº 67/2003 de 8 de Abril, presumindo-se que as faltas de conformidade já existiam no momento em que a obra foi entregue ao seu dono – art. 3º, nº 2, do mesmo DL nº 67/2003.*

*– Mas o art. 2º, nº 3 ( in fine ) do DL nº 67/2003 dispõe que quando os defeitos têm origem em materiais fornecidos pelo dono da obra já não se aplica o regime da empreitada de consumo, sendo que à hipótese do defeito com origem nos materiais fornecidos pelo dono da obra consumidor, devem equiparar-se – art. 10º do C. Civil – as situações em que o defeito tem origem em projetos, estudos, previsões, máquinas, edifícios ou terrenos fornecidos pelo dono da obra, por identidade de razão.*

*2 – Assim, estando-se no caso ajuizado perante defeitos que, sem prejuízo do demais, têm origem em projeto e terreno fornecidos pelo dono da obra, já não se lhes aplica o regime da responsabilidade por desconformidades da obra realizada numa empreitada de consumo, pelo que nesses casos não haverá uma responsabilidade do empreiteiro que prescindida de um juízo sobre a culpa deste, sendo que esta se presume, por força do disposto no art. 799º do C. Civil.*

*3 – E na medida em que empreiteiro está obrigado a cumprir o contrato sem defeitos, sob pena de incorrer em responsabilidade civil contratual, reparando os danos causados ao dono da obra com o seu comportamento inadimplente, para demandar o empreiteiro pelos defeitos, basta ao dono da obra alegar e provar a existência do defeito, mesmo sem ter que provar a sua causa, ficando aquele com o ónus de alegar e provar que o cumprimento defeituoso não procede de culpa sua para afastar a responsabilidade. 5 – Vigorando a já referida presunção de culpa do empreiteiro pela existência dos defeitos, nos termos do já citado art. 799º do C. Civil, a responsabilidade do empreiteiro só se deverá considerar excluída se este demonstrar, ilidindo aquela presunção, que, atendendo aos conhecimentos técnicos de um bom profissional da construção civil, não lhe era exigível que tivesse detetado o vício construtivo, ainda que a realização da obra nessas condições fosse conforme ao projecto, ou que o dono da obra insistiu pela realização da obra nos termos executados e projetados, apesar de alertado pelo empreiteiro para as consequências da sua realização naquelas condições.*

Serão faltas de conformidade outro tipo de condições da obra que determinam que esta não possua qualidades e características convencionadas ou habituais e expectáveis nos bens do mesmo tipo, inclusive no que respeita à durabilidade, funcionalidade, compatibilidade e segurança.

Inserem-se aqui as situações de aplicação de material de qualidade inferior à convencionada, de inobservância de características do projecto relativas à dimensão ou a elementos da obra, de adopção de técnicas e soluções construtivas diferentes das convencionadas, com reflexos na durabilidade, na segurança, no comportamento térmico e dinâmico da construção, entre outras.

### 2.3. Defeitos aparentes ou ocultos

Em qualquer caso, mais importante do que a diferença entre vícios ou desconformidades, todos eles reconduzíveis ao conceito de defeitos, é a distinção entre defeitos aparentes e defeitos ocultos.

Numa definição muito clara constante do Ac. do STJ de 27/01/2010 (proc. n.º 1696/04.0TBCBR.C1.S1, em *dgsi.pt*), os vícios aparentes são os que se revelam por sinais visíveis, a ponto de ter de se entender que o dono da obra deles se deveria ter apercebido se tivesse usado diligência normal. Inversamente, têm de ser considerados ocultos os defeitos não detectáveis por qualquer pessoa normal, não especializada na área, mesmo usando de normal diligência.

Como aí mesmo se esclarece, a importância da distinção resulta do disposto no art. 1219.º, n.º 2, do Código Civil, que estabelece a presunção de os defeitos aparentes serem conhecidos pelo dono da obra, tenha havido ou não verificação desta.

Tal presunção conduz a que, se o dono da obra não provar que justificadamente desconhecia tais defeitos (art. 350.º do Código Civil – presunção legal), o empreiteiro não responde por eles se o dono a aceitou sem reserva, por força do disposto no n.º 1 do mesmo preceito: *“O empreiteiro não responde pelos defeitos da obra, se o dono a aceitou sem reserva, com conhecimento deles.”*

Atente-se em que esta causa de exclusão de responsabilidade é passível de conhecimento oficioso, pois que o legislador não a faz depender de arguição do interessado, como se escreveu no Ac. do TRP de 3/04/2017, proc. n.º 306/14.1T8MTS.P1 (em *dgsi.pt*).

Mas interessa também ter presente que tal regra é inaplicável às empreitadas de consumo – tal como explica Cura Mariano, *ob. cit.*, pág. 222-223 – por serem irrenunciáveis os direitos

---

6 – *Por outro lado, sendo a culpa do empreiteiro valorada tendo como modelo um profissional competente/empreiteiro médio, não se pode considerar que a causa dum certo defeito decorrente duma alteração da obra lhe seja completamente estranha, quando para além de ter sido o próprio a sugerir-la, ele tinha o dever de detetar as previsíveis consequências nefastas da execução dessa alteração da obra, recusando-se a fazê-la, e sobretudo quando não a executou de acordo com as *leges artis*.*

do dono da obra perante defeitos desta e nulas as convenções de renúncia, anteriores à denúncia – art. 10.º do Decreto-Lei n.º 67/2003 e art. 51.º do Decreto-Lei n.º 84/2021.

Se não releva uma renúncia expressa e antecipada quanto ao exercício de direitos – conclui Cura Mariano – também não pode valer uma renúncia tácita, como seria a consubstanciada pela abstenção de denúncia de defeitos aparentes ao tempo da entrega da obra.

Neste sentido, o Ac. do TRG de 16/01/2020, proc. n.º 4381/09.2TJVNF.G1 (*idem*).

No entanto, é recorrente que os defeitos sejam ocultos, acabando por se evidenciar apenas a partir do momento em que a obra foi recebida e começa a ser utilizada.

Aliás, frequentemente, antes de serem percepcionados e identificados os defeitos, tornam-se evidentes as suas consequências ou efeitos. A diferença pode ser importante para se identificar o momento a partir do qual o dono da obra tem a percepção do defeito e se lhe exige que actue em conformidade, procedendo à sua denúncia, que é condição do ulterior exercício de direitos, como veremos infra.

Assim, por exemplo, se o dono da obra que consistiu na remodelação de casas de banho, com fornecimento e instalação de materiais e peças, se apercebe de um escoamento pouco eficaz numa das peças, mas só mais tarde, ao tentar resolver um entupimento, se apercebe de um bloqueio quase total num tubo, só neste momento se deve considerar que conheceu o defeito, e não naquele momento anterior, em que se começara a aperceber que o escoamento de água parecia menos eficaz do que haveria de ser.

Isto é relevante, como veremos, para a definição dos contornos do ónus de denúncia dos defeitos, pelo dono da obra, que é condição do ulterior exercício dos direitos daí decorrentes.

#### 2.4. Essencialidade da denúncia

O n.º 1 do artigo 1220.º do Código Civil (*Denúncia dos defeitos*), dispõe que:

*“O dono da obra deve, sob pena de caducidade dos direitos conferidos nos artigos seguintes, denunciar ao empreiteiro os defeitos da obra dentro dos trinta dias seguintes ao seu descobrimento.”*

Mas o art. 1225.º estabelece que, para as empreitadas relativas a imóveis, esse prazo é de um ano, dentro dos cinco anos a contar da entrega.

Por sua vez, para as empreitadas de consumo, o art. 5.º- A do Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8/04, dispunha que o consumidor teria de denunciar ao vendedor a falta de conformidade num prazo de um ano, a contar da data em que a tenha detectado (seria de dois meses, no caso

de um bem móvel) sob pena de idêntica caducidade dos direitos que a situação lhe proporcionava, e dentro do prazo de cinco anos, a contar da entrega.

Perante qualquer destes regimes, a denúncia do defeito é condição essencial para o ulterior exercício dos direitos conferidos ao dono da obra que lhe seja entregue com defeitos.

A denúncia é uma declaração receptícia, que não está sujeita a forma.

Em qualquer caso, caberá ao dono da obra fazer prova de ter realizado a denúncia dos defeitos, ou seja, de que se verificou a condição de realização de um direito que depois vem a exercer contra o empreiteiro.

Vale como denúncia a propositura de uma acção em que o dono da obra aparece já a exercer um dos direitos que a ocorrência de defeitos lhe determina, de a acção é proposta dentro do prazo da denúncia.

Já caberá ao empreiteiro fazer a prova de que a denúncia é extemporânea, por tal constituir facto impeditivo do direito do dono da obra – art. 342.º, n.º 2, do Código Civil.

Esta caducidade refere-se a direitos disponíveis, pelo que não é passível de conhecimento oficioso.

A denúncia é dispensada no caso de o empreiteiro reconhecer a existência do defeito – art. 1220.º, n.º 2, do Código Civil.

Cura Mariano (*ob. cit.*, pág. 93) e Pedro Romano Martinez (*Cumprimento Defeituoso. Em especial na compra e venda e na empreitada*, pág. 332) afirmam que, por aplicação analógica do disposto no art. 916.º do Código Civil (denúncia de defeitos na compra e venda), a denúncia é dispensada no caso de dolo do empreiteiro.

Sobre esta matéria, é inovadora a solução do Decreto-Lei n.º 84/2021 de 18/10, que revogou aquele Decreto-Lei n.º 63/2007.

Conforme se esclarece no respectivo preâmbulo, foi eliminada a obrigação de denunciar o defeito dentro de determinado prazo após o seu conhecimento, restabelecendo-se a inexistência de obstáculos ao exercício de direitos de que o consumidor dispõe durante o prazo de garantia dos bens.

Neste diploma não existe qualquer norma semelhante às referidas anteriormente, restando prazos de caducidade para o exercício de direitos, como veremos infra.

## 2.5. Defeitos não denunciados e indemnização

Uma questão que se pode colocar é a da necessidade de coincidência entre os defeitos denunciados e aqueles que, na acção que ao caso sobrevêm, interposta pelo dono da obra contra o empreiteiro, integram a causa de pedir e fundam o direito em exercício.

Cura Mariano (*Responsabilidade Contratual do Empreiteiro pelos Defeitos da Obra*, 2011, 4.ª ed., pág. 90) afirma que a denúncia só impede a caducidade do direito do dono da obra relativamente aos defeitos denunciados, não tendo essa eficácia relativamente aos que não forem abrangidos por essa declaração e que já fossem conhecidos do dono da obra.

Todavia, sem prejuízo do acerto teórico desta afirmação, a questão na sua completude terá de ser decidida em função dos termos concretos de cada litígio.

Assim, por exemplo, se o dono da obra denuncia determinados defeitos e vem pedir a sua reparação ou a redução do preço em função deles, é inquestionável que esses direitos se devem referir aos defeitos que foram denunciados ou reconhecidos, sem prejuízo dos defeitos evolutivos que não exigiram renovações da denúncia inicial.

Porém, se o dono da obra vem exercer legitimamente o direito à resolução do contrato, por exemplo por determinados defeitos denunciados não terem sido reparados, e vem pedir uma indemnização pelos prejuízos causados pelo incumprimento, prejuízos esses correspondentes, muitas das vezes, ao custo de reparação por outrem, já não se vê que seja exigível que os defeitos que geram estes custos sejam precisamente aqueles que foram denunciados e que, *de per si*, justificaram o direito à resolução do contrato.

E isso porquanto a indemnização obedece a outros critérios – designadamente os previstos nos arts. 562.º e ss. do Código Civil – perdendo a conexão com o acto de denúncia e qualquer limitação que deste pudesse resultar.

Esta solução não coloca, todavia, em causa a preposição anterior, pois em rigor os defeitos que fundam o direito à resolução do contrato haverão de contar-se entre aqueles que haviam sido denunciados.

Decidiu-se neste sentido, no Acórdão do TRP de 13/09/2022 (proc. n.º 3746/18.3T8MTS.P1, em *dgsi.pt*).

## 3. Incumprimento e Incumprimento definitivo (algumas hipóteses)

Como veremos *infra*, a falta de entrega da obra ou a entrega da obra com defeitos gera, para o dono da obra, direitos diversos.

Para o exercício de alguns desses direitos, sempre haverá de se converter o que possa ser uma situação de mora numa de incumprimento definitivo.

Não se tratará aqui de definir ou categorizar essas situações, mas apenas de atentar em três hipóteses de ruptura contratual que, por serem recorrentes, merecem tal atenção: a de expulsão do empreiteiro pelo dono da obra; a de abandono da obra pelo empreiteiro; a de omissão da reparação dos defeitos denunciados durante ou após a entrega da obra.

### 3.1. Expulsão do empreiteiro pelo dono da obra

Nas empreitadas de construção civil, em especial naquelas que envolvem a construção de edifícios e que, dada a dimensão da obra, se prolongam no tempo, é recorrente a progressiva deterioração das relações entre as partes, ou porque a obra não cumpre a calendarização prevista, ou porque a fiscalização da obra vai revelando desvios e defeitos na construção que, apesar de reclamados, não vão sendo corrigidos, ou porque o contexto económico se altera e o empreiteiro actua no sentido de vir a conseguir uma revisão do preço, entre muitas outras hipóteses.

Então, por vezes, o dono da obra, simplesmente decide expulsar o empreiteiro, de forma a conseguir, em melhores condições e com a intervenção de terceiros, concluir a sua obra. Põe fora os respectivos empregados, muda a fechadura da entrada da obra, recolhe as ferramentas e comunica ao empreiteiro que as venha buscar, etc.

Note-se que não está, então, em causa, uma simples desistência da empreitada, como previsto e regulado no art. 1229.º do Código Civil.

Nestas situações, o que ocorre é uma efectiva resolução do contrato, pelo dono da obra, com fundamento no que qualifica como um incumprimento culposo do contrato, pelo empreiteiro. Veja-se o Ac. do TRP de 24/10/2005 (processo n.º 0554532, no mesmo sítio da internet) onde se conclui isso mesmo:

*“I - Se o dono da obra escreve ao empreiteiro uma carta em que considera não estar ela a ser executada nos termos acordados e, sem mais, lhe ordena que se retire da obra, está a resolver o contrato de empreitada e não a desistir da empreitada.*

*II - Constando de tal contrato que a obra deveria estar concluída numa certa data, tendo ela sido ultrapassada e não sendo de concluir, pela natureza daquele prazo, tratar-se de prazo fixo peremptório, atento o objecto do contrato e as declarações negociais dos contratantes, o dono da obra teria de converter a mora do empreiteiro em incumprimento definitivo, através de interpelação admonitória para o cumprimento, ou demonstrar, objectivamente, que, pela conduta do Réu, tinha perdido o interesse na sua prestação.”*

Porém, como veremos, nem sempre ao dono da obra assiste o direito imediato à resolução do contrato.

Assim, é frequente ver-se jurisprudência onde se enuncia que sem percorrer as etapas previstas nos arts. 1220.º e 1221.º do Código Civil, não pode o dono da obra resolver o contrato de empreitada e substituir-se, por si ou por intermédio de outrem, ao empreiteiro.

Consequentemente, se o dono da obra actuar desta forma, não poderá obter daquele qualquer indemnização, designadamente pelos custos que essa solução lhe acarretar.

### 3.2. Abandono da obra

Paralelamente, perante uma degradação da relação contratual como descrito, é também frequente ser o empreiteiro a abandonar a obra, antes de a terminar e entregar.

As situações de abandono – em que o empreiteiro retira todos os trabalhadores, desmonta o estaleiro, leva as ferramentas ou simplesmente declara que não voltará aos trabalhos – desde que sejam unívocas e concludentes, devem qualificar-se como incumprimento definitivo.

Perante elas, não se exige ao dono da obra a necessidade de uma interpelação admonitória, como se se tratasse de fazer evoluir uma situação de mora para uma de incumprimento definitivo:

*“(...) se o empreiteiro abandonar a obra, deixando-a inacabada, não é exigível que o dono da obra o interpele para eliminar os defeitos, porque o abandono evidencia o propósito firme e definitivo de não cumprir, ou seja, é uma declaração tácita de recusa em acabar a obra e eliminar os defeitos (art. 217º nº 1 do CC), configurando incumprimento definitivo. Por isso, o abandono da obra torna dispensável a interpelação admonitória do art. 808º do CC para o efeito de conversão da mora em incumprimento definitivo” (Ac. do TRL de 19/05/2009, proc. n.º 11136/2008-1, no mesmo sítio da internet).*

### 3.3. Omissão da reparação dos defeitos

Idêntico significado, de incumprimento definitivo, tem a conduta do empreiteiro consubstanciada na recusa ou na simples omissão de, em tempo razoável – enquanto comportamento tácito de recusa – proceder à reparação dos defeitos que lhe tenham sido denunciados pelo dono da obra.

Também a incapacidade revelada na tentativa de reparação dos defeitos, apesar da execução de trabalhos nesse sentido, poderá assumir a relevância de incumprimento definitivo, por não ser exigível, ao dono da obra, manter-se a suportar a existência de defeitos que o empreiteiro, tendo oportunidade para tal, simplesmente não consegue resolver.

Veja-se, a este propósito, o elucidativo sumário do Ac. do TRP de 8/06/2022, (proc. n.º 7859/21.6YIPRT.P1):

*“(...) V - Se não o fizer com a denúncia dos defeitos, o dono da obra tem de interpelar o empreiteiro, em acto autónomo, para este proceder à sua eliminação, podendo conferir ou não carácter admonitório a essa interpelação. Se esta não tiver esse cariz, a ultrapassagem do prazo fará o empreiteiro incorrer em simples mora no cumprimento da obrigação de eliminar os defeitos. Caso a fixação do prazo contenha inequivocamente a advertência de que o seu decurso determinará o fim da possibilidade do próprio empreiteiro proceder às obras de reparação, a ocorrência desse facto determinará o incumprimento definitivo dessa prestação. V - Não será necessário estabelecer qualquer prazo para o cumprimento da obrigação de eliminação de defeitos, se o empreiteiro desde logo se recusar peremptoriamente a efectuar os respectivos trabalhos, considerando-se então definitivamente incumprida a obrigação. VI - Também deverá ser encarada como uma situação de incumprimento definitivo, a hipótese do empreiteiro não ter logrado eliminar o defeito, apesar de ter efectuado trabalhos com esse objectivo.”*

#### **4. Direitos decorrentes do incumprimento**

##### **4.1. Empreitadas comuns e empreitadas de consumo**

O conteúdo dos diferentes direitos decorrentes para o dono da obra da entrega de uma obra com defeitos é idêntico, quer se trate de uma empreitada comum, quer do subtipo de empreitada de consumo.

Não obstante, o condicionamento do exercício desses direitos é diferente, como veremos. Esses direitos são:

- 1.º - Direito à recusa da obra;
- 2.º - Direito à eliminação dos defeitos, se eles puderem ser corrigidos (art. 1221.º do Código Civil);
- 3.º - Direito a nova construção, se os defeitos não puderem ser eliminados (art. 1221.º do Código Civil);
- 4.º - Direito à redução do preço, se os defeitos não forem eliminados ou a obra não for construída de novo, mantendo o dono interesse em recebê-la (art. 1222.º do Código Civil);
- 5.º - Direito à resolução do contrato, se os defeitos não forem eliminados ou a obra não for construída de novo, desde que os defeitos tornem a obra inadequada ao fim a que se destina (art. 1222.º do Código Civil);
- 6.º - Direito à indemnização, nos termos gerais (art. 1223.º do Código Civil).

##### **4.1.1. Direitos para o dono da obra, em caso de incumprimento e, em especial, a resolução do contrato e a indemnização**

O direito básico do dono da obra, quando o empreiteiro lha disponibilize com defeitos, é o da respectiva recusa, conforme expressamente mencionado no art. 1224.º do Código Civil.



Mas, em associação com essa recusa e em ordem à sua superação, haverá de exigir a eliminação dos defeitos, a construção de obra nova, a resolução do contrato e/ou a indemnização de prejuízos. Só não exigirá a redução do preço, pois que isso pressupõe o interesse na aceitação da obra mesmo com os defeitos que apresente.

Em qualquer caso, nas empreitadas de construção civil, não é frequente a pura e definitiva recusa da obra associada à resolução do contrato, atenta a circunstância de a mesma se realizar sobre imóvel do próprio dono da obra.

Os direitos previstos nos arts. 1221.º e 1222.º do Código Civil, previstos para as empreitadas a que não seja aplicável o regime das empreitadas de consumo, são de aplicação subsidiária, o que significa que o direito à redução do preço ou à resolução do contrato não podem ser exercidos antes de se verificar em definitivo a impossibilidade ou o incumprimento do dever de eliminação dos defeitos ou de nova execução da obra.

Por outro lado, o exercício destes direitos pressupõe a prévia entrega da obra, pelo empreiteiro, salvo se, durante a execução desta, os defeitos evidenciados forem de tal forma graves que logo permitem concluir que a execução da obra será impossível, fazendo assim funcionar a regra do art. 801.º do Código Civil.

O que sobressai deste regime é o facto de não se poder reconhecer ao dono da obra, perante a verificação de defeitos e após a sua denúncia, o direito a logo declarar a resolução do contrato, providenciando depois, *de per se*, v.g. por via da contratação de outro empreiteiro, pela sua eliminação e, eventualmente, pela conclusão da obra que tenha ficado por terminar, para exigir depois do empreiteiro inicial a indemnização correspondente aos custos destes outros trabalhos.

Assim, antes de mais, o dono da obra tem de exigir do empreiteiro a eliminação dos defeitos ou a execução de nova obra. Só quando isso se revelar impossível ou resultar definitivamente incumprido pelo empreiteiro, poderá ser pretendida a redução do preço ou declarada a resolução do contrato.

Complementar desses direitos, é o direito à indemnização que caberá ao dono da obra “nos termos gerais”. É complementar, ainda, por também poder ser exercido mesmo nos casos em que o defeito seja eliminado ou a obra reconstruída, relativamente a prejuízos que esse tipo de “reconstituição natural” não satisfaça.

Nos tribunais, os casos mais frequentes em que tais questões são apresentadas são aqueles em que o dono da obra, a par da resolução do contrato por incumprimento definitivo da sua conclusão ou pela não eliminação dos defeitos, declara a resolução do contrato e exige do empreiteiro uma indemnização correspondente ao preço que pagou ou terá de pagar a outrem pela conclusão perfeita da obra.

Estamos perante o problema clássico da compatibilidade entre a resolução do contrato – que implica, tal como na nulidade, a aniquilação das prestações realizadas – e a indemnização pelo

interesse contratual positivo, que compreende a ponderação desse mesmo contrato para a colocação do dono da obra na posição em que estaria se ele fosse devidamente cumprido, isto é, tendo por referência a situação correspondente à entrega da obra completa e sem defeitos.<sup>4</sup>

No caso da resolução do contrato de empreitada pelo dono da obra, por incumprimento do empreiteiro, a doutrina e a jurisprudência mais recentes não têm hesitado em reconhecer ao dono da obra o direito a uma tal indemnização.

Veja-se o Ac. Do TRC de 04/05/2020 (proc. n.º 4581/15.6T8VIS.C2, em *dgsi.pt*):

<sup>4</sup> A este propósito, cfr. Ac. do STJ de 15/02/2018, proc. n.º 7461/11.0TBCSC.L1.S1, em *dgsi.pt*: “(...) No quadro dos desenvolvimentos mais recentes da doutrina e da jurisprudência, é de:

*II. considerar, em tese, admissível a cumulação da resolução do contrato com a indemnização dos danos por violação do interesse contratual positivo, não alcançados pelo valor económico das prestações retroativamente aniquiladas por via resolutive, sem prejuízo da ponderação casuística a fazer, à luz do princípio da boa fé, no concreto contexto dos interesses em jogo, mormente em função do tipo de contrato em causa, de modo a evitar situações de grave desequilíbrio na relação de liquidação ou de benefício injustificado por parte do credor lesado.*

*III. No atual panorama da jurisprudência sobre tal problemática, afigura-se mais curial prosseguir por via dessa ponderação de caso a caso, sem a condicionar, de forma apriorística, ao critério abstrato de regra-exceção.*

*IV. Para tanto, é de considerar, em síntese, que:*

*a) – Do preceituado no artigo 801.º, n.º 2, do CC, no respeitante à ressalva do direito a indemnização, em caso de resolução de contratos bilaterais, nenhum argumento interpretativo substancialmente decisivo se pode extrair no sentido de excluir o direito de indemnização pelos danos positivos resultantes do incumprimento definitivo desde que não se encontrem cobertos pelo aniquilamento resolutive das prestações que eram devidas;*

*b) – Por isso mesmo, impõe-se equacionar a solução na perspetiva da finalidade e função da resolução, enquadrada no plano mais latitudinário do programa negocial, multidimensional, envolvente e da relação de liquidação em que, por virtude dessa resolução, se transfigura a relação contratual originária;*

*c) – Nesse quadro, deve ser reconhecido o primado do princípio geral da obrigação de indemnizar o credor lesado, consagrado no artigo 562.º do CC, segundo o método da teoria da diferença acolhido pelo artigo 566.º, n.º 2, do mesmo diploma, como escopo fundamental reintegrador dos interesses atingidos pelo incumprimento do contrato;*

*d) – Nessa medida, tendo em conta a “diversidade ontológica” da invalidade e da resolução, deve ser relativizada a eficácia retroativa atribuída a esta pelos artigos 433.º e 434.º, n.º 1, por equiparação aos efeitos daquela estatuídos nos artigos 289.º e 290.º do CC, em termos de salvaguardar a vertente da tutela ressarcitória (a par da tutela restituitória ou recuperatória), quanto aos danos positivos resultantes do incumprimento que serviu de fundamento à mesma resolução e não abrangidos pela obliteração resolutive das prestações que eram devidas, assim se ressaltando a finalidade da resolução (que se tem por restrita) a que se refere a parte final do citado artigo 434.º, n.º 1;*

*e) – Consequentemente, ao contraente fiel, perante o incumprimento definitivo imputável ao outro contraente, assistirá a faculdade de optar, em simultâneo, pela resolução do contrato de forma a libertar-se do respetivo dever típico de prestar ou a recuperar a prestação já por si efetuada, e pelo direito a indemnização dos danos decorrentes daquele incumprimento não satisfeitos pelo valor económico das prestações atingidas pela resolução;*

*f) – Todavia, em caso de resolução, poderá ser ainda assim desatendida a indemnização pelos danos positivos, quando esta revele desequilíbrio grave na relação de liquidação ou se traduza em benefício injustificado para o credor, ponderado, à luz do princípio da boa fé, o concreto contexto dos interesses em jogo, atento o tipo de contrato em causa, sem prejuízo, nessas circunstâncias, do direito a indemnização em sede do interesse contratual negativo nos termos gerais. (...)*

*“5 – Efetuada a declaração resolutiva e operando esta os seus efeitos, a relação contratual existente entra de imediato na chamada “relação de liquidação”, ficando ambas as partes – em razão da função liberatória/desvinculativa da resolução:*

*– dispensadas do dever de cumprir as suas prestações (o dono da obra deixa de ter de pagar o preço ainda não pago e o empreiteiro deixa de ter que concluir e executar a obra sem defeitos).*

*6 – Resolução que pese embora a sua dupla função:*

*– desvinculativa e restitutiva (por efeito da equiparação à nulidade ou anulabilidade do negócio jurídico) – pode ser insuficiente para a satisfação do interesse contratual da parte que a declara, razão pela qual quer a lei geral (art. 801.º/2, 802.º/1 e 1223.º, todos do CC) quer o art. 12.º/1 da LDC (na redação dada pelo DL 67/2003) hajam previsto expressamente a cumulação da resolução com a indemnização.*

*7 – Indemnização que, em caso de cumulação com a resolução, deve colocar o credor (no caso, o dono da obra) na situação em que estaria se o contrato tivesse sido cumprido (tese do ressarcimento do interesse contratual positivo ou interesse de cumprimento), uma vez que não é possível desligar a resolução contratual do fundamento que esteve na sua origem e que é um incumprimento contratual.*

*8 – O que significa que não há nenhum obstáculo jurídico a que, a título de indemnização por danos patrimoniais, o dono da obra (que resolveu o contrato) peça a quantia necessária à conclusão das obras e à reparação dos defeitos (pedidos que visam colocá-lo na situação em que estaria se o contrato tivesse sido devidamente cumprido).”*

No passado, chegou a entender-se que o dono da obra teria de obter em tribunal a condenação do empreiteiro à eliminação dos defeitos e só depois, em sede de execução específica, poderia obter essa prestação por terceiro, responsabilizando o empreiteiro pelos respectivos custos.

Este tratamento da questão não é consentâneo com a dinâmica socio-económica actual, parecendo não ter sentido exigir a condenação judicial de alguém a realizar uma obrigação a cujo cumprimento ele, de forma clara e definitiva, já se recusou, como condição de efectivação do direito correspondente.

Para além disso, também em situações de urgência, que não se compadecem com a denúncia dos defeitos e a interpelação do empreiteiro para a sua eliminação, com o decurso do tempo que isso implica, é aceite sem reservas o direito do dono da obra a eliminá-los pelos seus próprios meios ou com recurso a terceiros, responsabilizando-se o autor da obra defeituosa, isto é, o empreiteiro, pela satisfação dos custos correspondentes (Cura Mariano, *ob. cit.*, págs. 126-129).

No entanto, como se referiu, não é facultada ao dono da obra a opção de resolver o contrato e de promover a eliminação dos defeitos ou a conclusão da obra por outrem, antes de tornar definitiva a situação de incumprimento, mediante o diagnóstico da impossibilidade ou da recusa quanto à eliminação dos defeitos, à conclusão da obra, ou da perda objectiva de interesse na sua conclusão pelo empreiteiro.

Só nesta hipótese, e em caso de gravidade dos defeitos – tornando a obra inadequada para o seu fim – é que o dono da obra a poderá fazer terminar ou reparar por terceiros, sendo depois indemnizado pelos custos dessa solução.

#### **4.1.2. O regime no caso das empreitadas de consumo**

Já se definiu o que sejam empreitadas de consumo, bem como a controvérsia quanto à subsunção a essa figura dos contratos de empreitada que não tenham por objecto a construção ou criação de obras, com incorporação de bens fornecidos pelo empreiteiro.

A qualificação do contrato de empreitada como de consumo não é de modo algum irrelevante.

Os direitos conferidos ao dono da obra são os mesmos, isto é, apresentam o mesmo conteúdo que os previstos nos arts. 1221.º a 1223.º do Código Civil.

Porém, perante o regime constante do Decreto-Lei n.º 67/2003, os direitos do dono da obra-consumidor são de exercício livre, segundo a opção deste, não estando sujeitos à hierarquia e relação de subsidiariedade acima referidas.

Isto é extremamente relevante por permitir ao dono da obra, mesmo sem exigir previamente ao empreiteiro a eliminação dos defeitos – na designação do Decreto-Lei n.º 67/2003, a eliminação da falta de conformidade – exigir a redução do preço ou declarar a resolução do contrato, vindo a obter posteriormente a indemnização dos prejuízos que isso lhe acarretar, segundo o disposto no art. 12.º da Lei de Defesa do Consumidor – é o que resulta do n.º 5 do art. 4.º do Decreto-Lei n.º 67/2003.

É certo que a limitação decorrente do instituto do abuso de direito poderá limitar a liberdade de opção do dono da obra.

Porém é claramente vantajosa a ausência do regime de precedência e subsidiariedade constante do Código Civil, na regulação deste subtipo de contratos.

Tal como o é a ausência da condição de a obra se revelar inadequada para os fins a que se destina.

Costumava afirmar-se a este respeito que, não exigindo a Directiva transposta uma tal solução, foi o legislador nacional que entendeu ampliar ainda mais a tutela dos consumidores, ao deixar de prever aquelas limitações.

Como referimos, este diploma foi, entretanto, revogado, mostrando-se substituído pelo Decreto-Lei n.º 84/2021, aplicável a contratos celebrados após 1/01/2022.

No preâmbulo deste Decreto-Lei, o legislador reconheceu expressamente não dever/poder ir tão longe nessa tutela, afirmando:

*“Ao contrário do previsto no Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de abril, na sua redação atual, que não estabelecia qualquer hierarquia de direitos em caso de não conformidade dos bens - reconhecendo ao consumidor um direito de escolha entre a reparação do bem, a substituição do bem, a redução do preço ou a resolução do contrato – o presente decreto-lei incorpora a solução da Diretiva que aqui se transpõe, a qual prevê os mesmos direitos, embora submetendo-os a diferentes patamares de precedência. Trata-se, pois, de matéria sujeita ao princípio da harmonização máxima, que impede o legislador nacional de divergir da norma europeia.”*

Assim, no seu art. 15.º, o diploma prevê igualmente que, perante faltas de conformidade da obra, o dono da obra tem direito:

- a) À reposição da conformidade, através da reparação ou da substituição do bem;
- b) À redução proporcional do preço; ou
- c) À resolução do contrato.

Mas prevê um regime hierarquizado para o exercício desses direitos, revertendo a solução inovadora do Decreto-Lei n.º 67/2003.

Assim, o n.º 2 do art. 15.º dispõe que o consumidor pode escolher entre a reparação ou a substituição do bem, salvo se o meio escolhido para a reposição da conformidade for impossível ou, em comparação com o outro meio, impuser ao profissional custos desproporcionados, tendo em conta todas as circunstâncias, incluindo:

- a) O valor que os bens teriam se não se verificasse a falta de conformidade;
- b) A relevância da falta de conformidade; e
- c) A possibilidade de recurso ao meio de reposição da conformidade alternativo sem inconvenientes significativos para o consumidor.

Por sua vez, o n.º 4 dispõe que o consumidor pode escolher entre a redução proporcional do preço, nos termos do artigo 19.º, e a resolução do contrato, nos termos do artigo 20.º, caso:

- a) O profissional:
  - i) Não tenha efetuado a reparação ou a substituição do bem;
  - ii) Não tenha efetuado a reparação ou a substituição do bem nos termos do disposto no artigo 18.º;
  - iii) Tenha recusado repor a conformidade dos bens nos termos do número anterior; ou
  - iv) Tenha declarado, ou resulte evidente das circunstâncias, que não vai repor os bens em conformidade num prazo razoável ou sem grave inconveniente

para o consumidor;

- b) A falta de conformidade tenha reaparecido apesar da tentativa do profissional de repor os bens em conformidade;
- c) Ocorra uma nova falta de conformidade; ou
- d) A gravidade da falta de conformidade justifique a imediata redução do preço ou a resolução do contrato de compra e venda.

Estabelece, por fim, o n.º 6 da referida norma que o consumidor não tem direito à resolução do contrato se o profissional provar que a falta de conformidade é mínima.

Porém, este é o regime aplicável a empreitadas que tenham por objecto bens móveis, já que, quanto a imóveis, dispõe o art. 24.º, nos seus nºs 1 e 2 o seguinte:

- 1 – Em caso de falta de conformidade do bem imóvel, o consumidor tem direito a que esta seja reposta, a título gratuito, por meio de reparação ou de substituição, à redução proporcional do preço ou à resolução do contrato.
- 2 – O consumidor pode exercer qualquer dos direitos referidos no número anterior, salvo se tal se manifestar impossível ou constituir abuso de direito, nos termos gerais.

Em suma, referindo-se a empreitada a bens imóveis, considerou o legislador já não estar sujeito ao princípio de harmonização máxima – certamente atenta a especificidade do contrato, que transcende a venda de bens incluindo com prestação de serviços, que é objecto da Directiva (UE) 2019/771, optando por manter em vigor um regime idêntico ao que vinha vigorando e, por isso – presume-se – em concordância para com os termos de aplicação que dele vinham fazendo os tribunais.

Exemplos de aceitação da desnecessidade de observância de qualquer precedência entre os direitos conferidos ao dono de obra consumidor, na jurisprudência, são numerosos (obviamente referidos ainda ao regime do Decreto-Lei n.º 67/2003), podendo citar-se o Ac. do TRC de 4/05/2020, já acima referido, onde se afirmou:

*“Enquanto no regime do C. Civil vigoram regras relativamente rígidas que estabelecem várias relações de subsidiariedade e de alternatividade entre os vários direitos (limitando e condicionando o seu exercício), no âmbito do DL 67/2003 os direitos do consumidor dono da obra são independentes uns dos outros, estando a sua utilização apenas restringida pelos limites impostos pela proibição geral do abuso de direito (pelo respeito pelos princípios da boa-fé, dos bons costumes e da finalidade económico-social do direito escolhido). 4 – Assim, perante faltas de conformidade abundantemente provadas e atrasos sucessivos na conclusão da obra, não procede irrazoavelmente, desproporcionadamente ou contra a boa-fé o consumidor dono da obra que, ao abrigo do disposto no art. 4.º/5 do DL 67/2003, em face do insucesso que teve na solicitada reparação/conclusão da obra, opte logo a seguir e sem mais – sem sequer converter a mora na reparação em incumprimento definitivo na reparação – pela resolução contratual.”*

O mesmo se afirma, por exemplo no Ac. do TRL de 21/10/2021, proc. nº 225/20.2T8LNH.L1-2 (mesmo sítio da internet):

*“No caso de uma empreitada de consumo o legislador institui um regime especial mais favorável ao consumidor, conforme resulta do n.º 5 do art.º 4.º do DL 67/2013 dando-lhe a possibilidade de exercer qualquer um dos direitos referidos nos números anteriores, sem necessidade de observar a prioridade que resulta do regime da empreitada regulado no Código Civil e de acordo com a opção que considere para si mais vantajosa, tendo apenas como limite o abuso de direito.”*

#### **4.1.3. Prazos de caducidade e garantia**

Sempre com atenção aos contratos de empreitada de construção relativos a imóveis, outra diferença assinalável relativa ao exercício dos direitos resultantes para o dono da obra dos defeitos com que esta lhe seja entregue reside nos prazos de garantia da obra e de caducidade para esse exercício.

Já acima se referiu a essencialidade da denúncia dos defeitos, como condição de exercício dos consequentes direitos, no âmbito da empreitada comum, bem como o desaparecimento de norma idêntica no actual regime das empreitadas de consumo, constante do Decreto-Lei n.º 84/2021.

Assim, no respeitante a prazos para o exercício dos direitos decorrentes da ocorrência de defeitos, temos o seguinte regime, que compreende três prazos de caducidade:

- 1– O prazo para a denúncia dos defeitos (vícios ou faltas conformidades), a contar do seu conhecimento.
- 2– O prazo para o exercício dos direitos a contar da denúncia.
- 3– O prazo de garantia.

Na empreitada comum relativa a bens imóveis, os prazos são os seguintes:

- 1– Um ano para a denúncia, a contar da data de conhecimento do defeito ou da aceitação da obra, no caso de defeitos aparentes – art. 1225.º, n.º 2, do Código Civil.
- 2– Um ano após a denúncia, para o exercício dos direitos - art. 1225.º, n.º 2, do Código Civil.
- 3– Cinco anos de garantia – art. 1225.º, n.º 2, do Código Civil.

Nas empreitadas de consumo, segundo o regime do Decreto-Lei n.º 67/2003, os prazos são os seguintes:

- 1– Um ano para a denúncia, a contar da data de conhecimento da falta de conformidade – art. 5º-A, n.º 2.
- 2– Três anos após a denúncia, para o exercício dos direitos – art. 5º, n.º 3.

### 3 – Cinco anos de garantia – art. 5.º, n.º. 1.

No regime previsto no Decreto-Lei n.º 84/2021, como referido supra, foi eliminada a necessidade de denúncia.

Assim, os prazos ficam os seguintes:

- 1 – Três anos após a comunicação da falta de conformidade, para o exercício dos direitos – art. 24.º.
- 2 – Garantia quanto a faltas de conformidade relativas a elementos estruturais: dez anos – art. 23.º, n.º 1, al. a).
- 3 – Garantia quanto a outras faltas de conformidade: cinco anos – art. 23.º, n.º 1, al. b).

Recorda-se que, segundo a regra do n.º 2 do artigo 342.º do Código Civil, é ao empreiteiro que incumbe o ónus de prova do decurso integral daqueles prazos, para efeitos de procedência da excepção peremptória de caducidade que lhe aproveita enquanto facto extintivo do direito do credor.

De referir também a importância de atentar nas regras sobre a suspensão de prazos, constantes dos regimes das empreitadas de consumo.

Já na empreitada comum, o prazo de caducidade não se suspende nem interrompe, mas a caducidade pode ser impedida pelo reconhecimento do direito, nos termos do art. 332.º, n.º 2 do Código Civil.

Isto mesmo se escreveu no Ac. do TRG de 23/06/2016, no proc. n.º 267/13.4TBMGD.G1 (mesmo sítio):

*“O reconhecimento do defeito pelo empreiteiro, com a concretização de iniciativas sérias para o solucionar, deve ser havido também como impeditivo da caducidade do direito de ação do dono de obra.”*

Os prazos de garantia podem ser ampliados por via convencional, mas não diminuídos.

São inúmeros os casos tratados na jurisprudência sobre situações de caducidade, advenientes quer da falta de denúncia, quer da não propositura atempada de acções tendentes à efectivação de direitos decorrentes de defeitos ou faltas de conformidade.

Seria, pois, tarefa impossível tentar sequer elencá-los segundo quaisquer categorias.

A qualquer momento, simples pesquisas na base de dados da DGSJ poderão proporcionar o acesso a toda essa informação.



## 5. Outras responsabilidades

### 5.1. Responsabilidade de outros intervenientes

#### 5.1.1. Fiscal ou director técnico, contratado pelo dono da obra

Não sendo matéria que surja frequentemente nos tribunais, não deixam de ocorrer situações em que, no longo e complexo processo de algumas obras de construção civil, surgem outros intervenientes que, pela sua função, podem condicionar a sua execução ou o seu resultado final.

Entre eles, pela sua relevância no processo decisório, é útil destacar os fiscais de obra ou directores técnicos, contratados pelo dono da obra para garantirem a sua boa execução, em conformidade com o projecto e com as *leges artis*.

Assim, desde que seja estabelecido o nexo de causalidade entre a ocorrência de defeitos, numa obra, e a omissão de cumprimento de deveres por parte do director técnico ou fiscal, este poderá ser responsabilizado pelos prejuízos a que der causa, segundo o regime de responsabilidade contratual – i.e. por incumprimento de deveres funcionais resultantes do vínculo contratual estabelecido com o dono da obra, tendo por objecto a sua direcção técnica e fiscalização – ou por via aquiliana, se os prejuízos advierem do incumprimento de regras funcionais estabelecidas pelo legislador para protecção de interesses de ordem pública e de terceiros, como sejam, por exemplo, os respeitantes à segurança e qualidade das construções e do ambiente.

Escreveu-se no Ac. do TRG de 16/01/2020 (proc. n.º 4381/09.2TJVNF.G1, mesmo sítio):

*“A intervenção do director técnico visa garantir a conformidade da obra executada com o projecto, que a execução da obra obedece aos projectos apresentados e às exigências impostas pela administração, mas também garantir condições de segurança para os que trabalham na obra e para os que poderão vir a ocupar a obra, nomeadamente o seu dono, bem como para todos aqueles que possam vir a achar-se em contacto com o edifício construído, pelo que as normas relativas ao regime jurídico de urbanização e aos deveres impostos ao director técnico da obra para além de tutelarem interesses de ordem pública e colectiva, também visam tutelar interesses particulares alheios. A omissão de cumprimento dos deveres por parte do director técnico de obra particular é passível de o constituir na obrigação de indemnizar o comprador do imóvel com relação aos danos decorrentes dessa omissão seja com base em responsabilidade civil por facto ilícito fundada na violação de normas legais do direito da construção que visam tutelar o terceiro comprador ou com fundamento na violação de deveres profissionais. O técnico responsável pela obra é ainda responsável, nos termos do artigo 16º n.º 1 do Decreto-Lei n.º 68/2004, de 25 de março, pelos danos causados ao comprador ou a terceiros, caso o teor da declaração ou das informações constantes na ficha técnica da habitação não corresponda à verdade.”*

No mesmo sentido, o Ac. do TRC, de 26/01/2010 (proc. n.º 1801/08.7TBCBR.C1):

*“É juridicamente plausível que a omissão de cumprimento dos deveres de fiscalização por parte do director técnico de obra particular contratado pela empreiteira o constitua na obrigação de indemnizar o dono da obra relativamente aos danos decorrentes dessa omissão seja com base em responsabilidade civil por facto ilícito fundada na violação de normas legais do direito da construção que visam tutelar o dono da obra ou com fundamento na violação de deveres profissionais seja ainda com fundamento em responsabilidade contratual decorrente de contrato com eficácia de protecção de terceiros ou em contrato com encargo de terceiro.”*

E também o Ac. do TRP de 27/06/2019, proc. n.º 650/16.3T8FLG.P1 (também em *dgsi.pt*):

*“Para existir responsabilidade decorrente de um contacto social qualificado, é necessário que exista uma relação entre sujeitos determinados, o contacto entre os mesmos seja voluntário, havendo mútuo interesse no mesmo, estando tal contacto sujeito à boa fé e à relevância do bem jurídico tutelado, gerando obrigações. Por último, para que ocorra responsabilidade delitual no âmbito da elaboração, direcção e fiscalização de um projecto de obra particular por parte dos técnicos qualificados e no âmbito das suas funções, é necessário que ocorra, entre outros pressupostos, um facto, ou seja, um comportamento humano dominável ou controlável pela vontade do agente, tanto por ação como por omissão, sendo o mesmo ilícito, correspondendo este à violação de um direito de outrem ou de qualquer disposição destinada a proteger interesses alheios.”*

## **5.2. Responsabilidade por danos causados a terceiros na execução da obra. Responsabilidade do empreiteiro. Responsabilidade do dono da obra.**

Não é raro que a execução da obra, pelo empreiteiro, provoque danos a terceiros.

Isso é frequente no caso de a obra de construção incluir demolições, escavações, edificação adjacente a outros imóveis, etc.

Encontramo-nos, então, no âmbito da responsabilidade civil extracontratual.

Pelos danos causados será responsável o empreiteiro, por ser em relação a ele e aos seus agentes que se verifica o preenchimento dos pressupostos da responsabilidade civil.

O empreiteiro não é mandatário nem comissário do dono da obra, actuando com inteira autonomia na respectiva execução, escolhendo os meios e técnicas e observando as *leges artis* que tenha por próprias e adequadas à realização do resultado contratado, sem qualquer vínculo de subordinação ou relação de dependência para com o dono da obra (cf. Ac. do TRE de 28/02/2019, proc. nº. 989/17.0T8PTM.E1; e Ac. do STJ de 22/06/2021, proc. n.º 600/04.0TBSTB.E1.S1; ambos em *dgsi.pt*).

Porém, nem sempre ficará o dono da obra exonerado de concomitante responsabilidade.

É o caso de a obra contratada, incluindo escavações, provocar danos em prédio vizinho, atento o disposto no art. 1348.º, n.º 2 do Código Civil (cf. Acs. do STJ de 3/12/2002, proc. n.º 03A1750, e de 13/04/2010, proc. n.º 109/2002.C1.S1, ambos em *dgsi.pt*).

Para além disso, do próprio conteúdo do contrato de empreitada pode resultar uma tal responsabilidade aquiliana do dono da obra para com terceiros, em razão dos trabalhos previstos, cumprindo fazer uma análise casuística da situação.

\*

Muitas outras questões surgem a propósito dos contratos de empreitada de construção, comuns e de consumo, que aqui foi impossível abordar, ainda que com a ligeireza do acima exposto.

Entre elas, incluem-se as relativas à culpa objectiva ou presumida do empreiteiro pela execução defeituosa, à intervenção de seguradores como garantes da responsabilidade e do empreiteiro perante o dono da obra ou perante terceiros, às consequências do apelo ao regime das empreitadas de obras públicas para a regulação de contratos privados; a das especificidades da prova dos defeitos no âmbito deste tipo de contratos, a da intervenção de subempreiteiros na execução da obra.

A frequência com que este tipo de relações contratuais acaba em litígio a dirimir nos tribunais bem revela, quer a importância económica do tipo contratual, quer a complexidade e conflitualidade que naturalmente assumem.

Será, pois, matéria a manter sob permanente atenção.

CENTRO  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

# ■ PARTE II

## RESPONSABILIDADE CIVIL PROFISSIONAL

### 6. UMA PANORÂMICA SOBRE O CONTROLO PÚBLICO DAS OBRAS PARTICULARES

ANTÓNIO MENDES CABAÇO



CENTRO  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

## 6. UMA PANORÂMICA SOBRE O CONTROLO PÚBLICO DAS OBRAS PARTICULARES

António Mendes Cabaço\*

1. Processo de controlo do projeto e da execução das obras
2. Qualificações dos profissionais
3. Certificação dos produtos da construção
4. Sistema de seguros
5. Regulamentação da construção & Conceitos técnicos
6. Mecanismos de resolução de conflitos

### Apresentação *Power Point*



\* Engenheiro Civil e Investigador Auxiliar no Laboratório Nacional de Engenharia Civil.



1.

Processo de controlo do projeto e da execução das obras

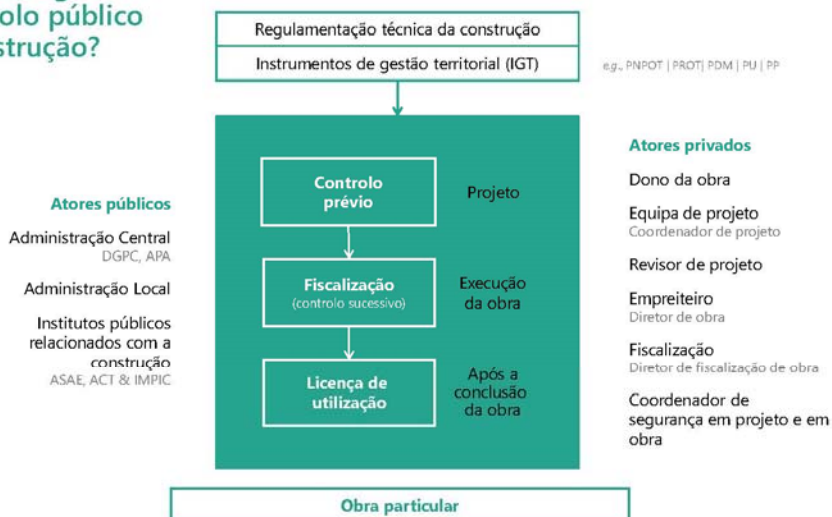


## O que significa controlo público da construção?

- > A **regulamentação técnica** da construção e os **instrumentos de gestão territorial** definem requisitos mínimos que os edifícios devem cumprir
- > O **controlo público** visa assegurar a conformidade do projeto e da execução das obras com esses requisitos mínimos



## Como se organiza o controlo público da construção?



## Quais as modalidades de controlo prévio?

- > A realização de uma obra depende de controlo prévio, que pode assumir as modalidades:
  - **Comunicação prévia**
  - **Licença**
- > Pode ainda estar **isenta** de controlo (e.g., obras de conservação, obras de escassa relevância urbanística)

(Artigos 4.º a 7.º do RJUE)

A isenção de controlo prévio **não significa que as obras fiquem isentas** de cumprir as normas legais e regulamentares aplicáveis

Apenas significa que a sua realização não carece de licença ou de comunicação prévia

## Quais os tipos de obras?

O **tipo de obra** é dos fatores que determina a modalidade de controlo prévio, além da localização e da classificação patrimonial do imóvel

**Obras de construção** – obras de criação de novas edificações

**Obras de reconstrução** – obras de construção subsequentes à demolição, total ou parcial, de uma edificação existente, das quais resulte a reconstituição da estrutura das fachadas

**Obras de alteração** – obras de que resulte a modificação das características físicas de uma edificação existente, ou sua fração, designadamente a respetiva estrutura resistente, o número de fogos ou divisões interiores, ou a natureza e cor dos materiais de revestimento exterior, sem aumento da área total de construção, da área de implantação ou da altura da fachada

**Obras de ampliação** – obras de que resulte o aumento da área de implantação, da área total de construção, da altura da fachada ou do volume de uma edificação existente

**Obras de conservação** – as obras destinadas a manter uma edificação nas condições existentes à data da sua construção, reconstrução, ampliação ou alteração, designadamente as obras de restauro, reparação ou limpeza

**Obras de demolição** – obras de destruição, total ou parcial, de uma edificação existente

## A quem compete exercer o controlo das obras?

- › Cabe à **Camara Municipal** efetuar o controlo, prévio e sucessivo, das obras localizadas na sua área territorial
- › A Câmara Municipal promove a **consulta às entidades** que, nos termos da lei, devam emitir parecer, autorização ou aprovação sobre a pretensão



## Em que consiste o controlo prévio?

A apreciação do **projeto de arquitetura** incide sobre a sua conformidade com:

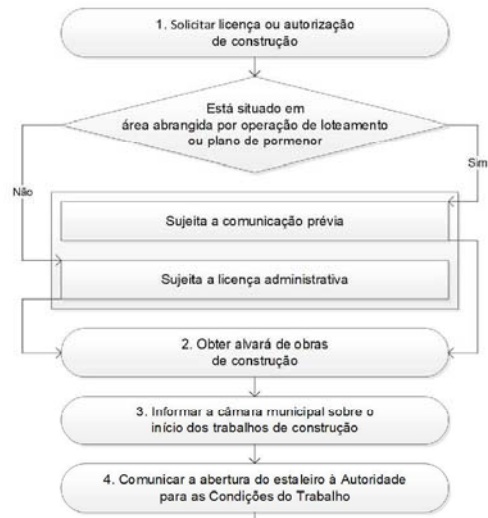
- › Instrumentos de ordenamento do território
- › Quaisquer outras normas legais e regulamentares relativas ao aspeto exterior
- › Uso proposto

Os **projetos das especialidades** são entregues, mas não são objeto de apreciação do seu conteúdo técnico

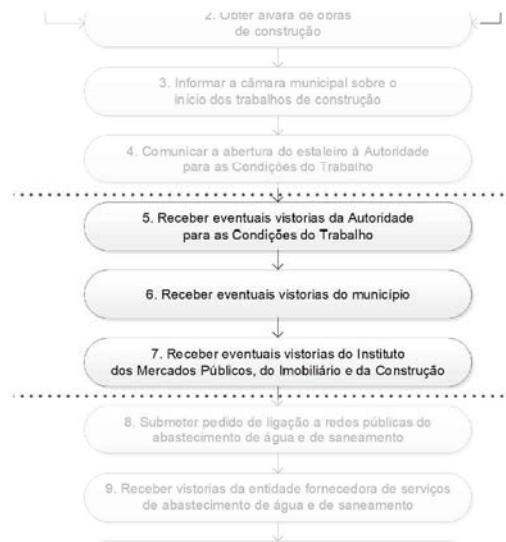
As **declarações de responsabilidade** dos autores dos projetos de arquitetura e das especialidades **constituem garantia bastante do cumprimento das normas legais e regulamentares aplicáveis**, excluindo a sua apreciação prévia

salvo quando essas declarações mencionem normas técnicas ou regulamentares que não tenham sido observadas

**A.**  
Antes da  
execução da  
obra

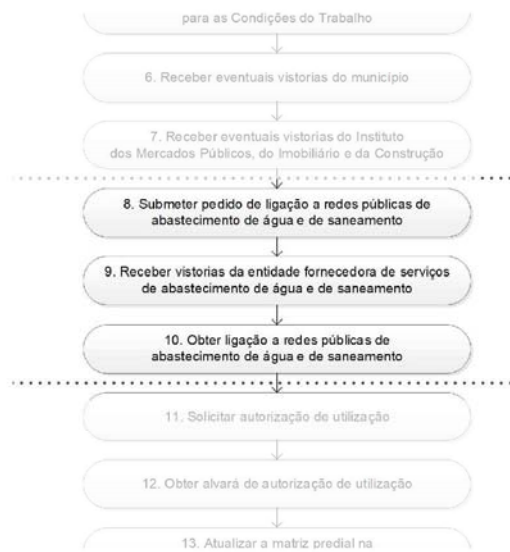


**B.**  
Durante a  
execução da  
obra (vistorias)

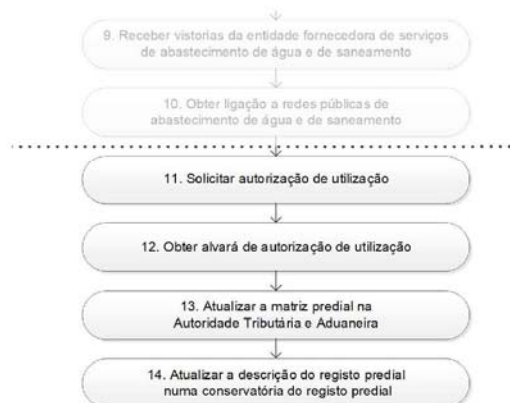


**B.**

Durante a execução da obra (ligação a redes públicas)

**C.**

Depois da execução da obra



## O que é Livro de Obra?

- > É **obrigatório** em obras objeto de licenciamento ou de comunicação prévia
- > Deve ser conservado no local de execução da obra para consulta pelos fiscais municipais



## O que é Livro de Obra?

- > O modelo e conteúdo são definidos pela **Portaria n.º 1268/2008, de 6 de novembro**
  - > Termo de abertura
  - > 1.ª Parte: factos e observações respeitantes à execução da obra e registo periódico do estado de execução
  - > 2.ª Parte: principais características da edificação e das soluções construtivas adotadas
  - > Termo de encerramento
- > É o **Diretor de Obra** que regista a informação



## 2.

### Qualificações dos profissionais

#### Quem são os intervenientes e quais as suas atribuições?

<p>› <b>Dono da obra</b> Entidade por conta de quem a obra é realizada</p>	<p>› <b>Equipa de projeto</b> <b>Artigo 6.º da Lei n.º 31/2009</b> Pessoa singular ou coletiva que, através de técnicos qualificados, assume a obrigação contratual de elaboração do projeto</p>
	<p>› <b>Autor(es) de projeto</b> <b>Artigos 10.º a 12.º da Lei n.º 31/2009</b> Técnico(s) que elabora(m) e subscreve(m) o projeto de arquitetura ou os projetos de especialidades, subscrevendo as declarações e os termos de responsabilidade respetivos</p>
	<p>› <b>Coordenador de projeto</b> <b>Artigo 9.º da Lei n.º 31/2009</b> Autor de um dos projetos a quem compete garantir a articulação da equipa de projeto, a compatibilidade dos projetos e o cumprimento da legislação</p>
	<p>› <b>Revisor de projeto</b> <b>Aguarda publicação de portaria</b> Técnico com qualificação e experiência idênticas às do autor do projeto, que procede à verificação / revisão formal e dos conteúdos das peças escritas e desenhadas do projeto</p>

## Quem são os intervenientes e quais as suas atribuições?

### > Construtor / Empreiteiro

Pessoa singular ou colectiva, qualificada para o exercício da actividade de construção, que executa a totalidade ou parte da obra, de acordo com o projeto aprovado e as disposições legais ou regulamentares aplicáveis

### > Diretor de Obra **Artigo 14.º da Lei n.º 31/2009**

Técnico habilitado a quem incumbe assegurar a execução da obra, cumprindo o projeto de execução, o licenciamento e as normas legais e regulamentares em vigor

### > Empresa de fiscalização

Pessoa singular ou colectiva que, recorrendo a técnicos qualificados nos termos da presente lei, assume a obrigação contratual pela fiscalização de obra

### > Diretor de fiscalização de obra **Artigo 16.º da Lei n.º 31/2009**

Técnico habilitado a quem incumbe assegurar a verificação da execução da obra em conformidade com o projeto de execução, com o licenciamento e as normas legais e regulamentares aplicáveis

### > Coordenador de Segurança **Artigo 19.º do D.L. n.º 273/2003 (em projeto/em obra)**

Pessoa singular ou colectiva que executa a coordenação em matéria de segurança e saúde durante a elaboração do projeto / execução da obra

## Onde se encontram definidas as qualificações mínimas dos técnicos?

**Lei n.º 31/2009, de 3 de julho, que estabelece a qualificação profissional exigível aos técnicos responsáveis por projetos e pela fiscalização e direção de obra, alterada pela Lei n.º 40/2015, de 1 de junho e pela Lei n.º 25/2018, de 14 de junho**

### **Anexo I – Qualificações mínimas para o exercício de funções**

- > Coordenador de projeto
- > Autores de projeto
- > Diretor de obra
- > Diretor de fiscalização de obra

**Lei n.º 41/2015, de 3 de junho, que estabelece o Regime Jurídico aplicável ao exercício da actividade de construção**

- > Empreiteiro de obras públicas
- > Empreiteiro de obras particulares

Emissão de alvará (ou certificado) com categorias e classes



## Responsabilidade civil

### Qual é a responsabilidade civil dos intervenientes?

(Segundo o artigo 100.º-A do RJUE – excertos)

- › As pessoas jurídicas que **violem, com dolo ou negligência, por ação ou omissão, os deveres inerentes ao exercício da atividade** (contratuais ou por norma legal ou regulamentar aplicável) são **responsáveis pelo ressarcimento dos danos causados a terceiros** e pelos custos e encargos da reconstituição da situação
- › Em **operações urbanísticas sujeitas a controlo prévio que tenham sido desenvolvidas em violação** das condições de licenciamento, consideram-se **solidariamente responsáveis os empreiteiros, os diretores da obra e os responsáveis pela fiscalização**, sem prejuízo da responsabilidade dos promotores e dos donos da obra
- › **Todos os intervenientes** na realização de operações urbanísticas **respondem solidariamente** quando se verifique a **impossibilidade de determinar o autor do dano ou, havendo concorrência de culpas, não seja possível precisar o grau de intervenção de cada interveniente no dano produzido**

## Qual é a responsabilidade civil do dono da obra?

(Segundo a Lei n.º 31/2009, de 3 de julho, artigo 18.º)

- › O **dono da obra deve cumprir com todas as suas obrigações contratuais**, nomeadamente:
  - a) Fornecer, **antecipadamente à elaboração dos projetos**, a **informação necessária aos adjudicatários relativa a objetivos e condicionantes** (programa preliminar e reconhecimentos e levantamentos)
  - b) Permitir o **livre acesso à obra aos autores de projeto** e até conclusão daquela
  
- › O dono da obra particular **em obras de classe 3 [400.000 a 800.000 euros] ou superior** deve procurar, sempre que possível, **diligenciar pela revisão do projeto**, sempre que a complexidade técnica do processo construtivo da obra o justifique

## Qual é a responsabilidade civil dos técnicos?

(Segundo a Lei n.º 31/2009, de 3 de julho, artigo 19.º)

- › Os **técnicos** são responsáveis pelo **ressarcimento dos danos causados a terceiros decorrentes da violação culposa, por ação ou omissão, de deveres no exercício da atividade** (contratuais ou por norma legal ou regulamentar)
  
- › A **responsabilidade dos técnicos não exclui a responsabilidade, civil ou outra, das pessoas, singulares ou coletivas, por conta ou no interesse das quais atuem**
  
- › A **responsabilidade civil** abrange os **danos causados a terceiros adquirentes de direitos sobre projetos, construções ou imóveis**, elaborados, construídos ou dirigidos tecnicamente pelos técnicos

**Técnico** | Pessoa singular cujas qualificações a habilitam a desempenhar funções de elaboração, subscrição e coordenação de projetos, de direção de obra, de condução de execução de trabalhos de determinada especialidade, ou de direção de fiscalização de obras, com inscrição válida em associação pública profissional, quando obrigatória

## Qual o período de *garantia* de uma obra particular?

Código Civil, Artigo 1225.º (Imóveis destinados a longa duração)  
(Sem prejuízo do disposto nos artigos 1219.º e seguintes)

- › Em empreitadas de **construção, modificação ou reparação de edifícios destinados a longa duração**, no decurso de **5 anos a contar da entrega, ou no decurso do prazo de garantia convencionado**, o empreiteiro é responsável pelo prejuízo causado ao dono da obra ou a terceiro adquirente, por ruína total ou parcial ou por **defeitos da obra**
- › Denúncia no prazo de um ano [prazo aplicável ao direito à eliminação dos defeitos]
- › Aplicável ao vendedor de imóvel que o tenha construído, modificado ou reparado



https://www.fotografias.com/2013/04/04/uma-mao-pontando-para-um-rachado-na-parede/

## 3.

### Certificação dos produtos da construção

## Que certificações são aplicáveis à construção?

### Certificação de produtos

**da construção (Marcação CE)** – obrigatória

- > Condição necessária para a **livre circulação** dos produtos da construção na UE
- > Significa o **reconhecimento da conformidade** com especificações técnicas (NEH, ATE)
- > Se bem aplicado e com o uso adequado, o elemento de construção satisfaz os **requisitos básicos das obras de construção**

### Certificação de

**instalações** – obrigatória

- > Certificado de **Instalação Elétrica**
- > Certificado de **Inspeção da instalação de gás**
- > Certificado de **Exploração da Instalação de Águas**
- > Certificado de conformidade **ITED**

### Certificação de

**edifícios ou frações**

- > Certificação da **eficiência energética e qualidade do ar** (SCE) (obrigatória)
- > **Marca de Qualidade LNEC** (voluntária)
- > **Sistemas de certificação ambiental** (LiderA, BREEAM, Leed, SBToolPT-H) (voluntária)

## 4.

## Sistema de seguros

## Quais são os seguros obrigatórios na atividade de construção?

### Seguro de responsabilidade civil extracontratual

(artigo 24.º da Lei n.º 31/2009)

- › É obrigatório para os coordenadores de projeto, autores de projeto, diretores de fiscalização de obra e diretores de obra
- › Garante o ressarcimento dos danos causados a terceiros por atos ou omissões negligentes e abrange a responsabilização por danos decorrentes de ações e omissões de empregados

As condições mínimas deste seguro carecem de definição em portaria

Essa portaria ainda não foi publicada.

Portanto, este seguro **ainda não é obrigatório**

Apenas é obrigatório se algo for estipulado em caderno de encargos/contrato respetivo

## Quais são os seguros obrigatórios na atividade de construção?

### Seguro de Acidentes de Trabalho

- › É o único seguro **efetivamente obrigatório** para **Empreiteiros / Construtores**
- › As condições deste seguro estão definidas na Lei n.º 41/2015, de 3 de junho, que estabelece o Regime Jurídico aplicável ao exercício da atividade de construção



## 5.

Regulamentação da construção  
& Conceitos técnicosComo se organiza quadro legal  
e regulamentar da construção?

## Exemplos de legislação relevante para a atividade de construção

Código Civil (CC)  
Decreto-Lei n.º 47344\*

Condições de segurança e de saúde no trabalho em estaleiros temporários ou móveis  
Decreto-Lei n.º 273/2003, de 29 de outubro

Regime jurídico da urbanização e edificação (RJUE)  
Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de dezembro\*

Regime jurídico que estabelece a qualificação profissional exigível aos técnicos responsáveis pela elaboração e subscrição de projetos, pela fiscalização de obra e pela direção de obra  
Lei n.º 31/2009, de 3 de julho\*

Regime jurídico da reabilitação urbana (RJRU)  
Decreto-Lei n.º 307/2009, de 23 de outubro\*

Regime aplicável à reabilitação de edifícios ou frações autónomas (RAREFA) (construção nova vs. Reabilitação)  
Decreto-Lei n.º 95/2019, de 18 de julho

Instruções para a elaboração de projetos de obras  
Portaria n.º 701-H/2008, de 29 de julho

Regulamento Geral das Edificações Urbanas (RGEU)  
Decreto-Lei n.º 38382, de 7 de agosto\*

\* Consultar diplomas na sua redação atual

## É preciso cumprir todas as normas técnicas da construção aplicáveis?

### Edifícios novos

- > **SIM**
- > Embora seja possível ao projetista identificar e justificar no Termo de Responsabilidade as normas técnicas que não tenham sido cumpridas
- > Fica sujeito a apreciação pela entidade licenciadora

### Edifícios existentes

- > **SIM**
- > Porém, as obras de reconstrução ou de alteração não podem ser recusadas com fundamento em normas legais ou regulamentares **supervenientes à construção originária**,
- > **desde que** tais obras não originem ou agravem desconformidade com as normas em vigor ou tenham como resultado a **melhoria das condições de segurança e de salubridade** (Decreto-Lei n.º 95/2019, de 18 de julho)

## Onde posso encontrar uma relação da legislação da construção?

- › O **SILUC – Sistema de Informação da Legislação de Urbanismo e Construção** é uma plataforma eletrónica oficial, de âmbito nacional, que disponibiliza informação sobre os diplomas legais e regulamentares aplicáveis ao projeto e à execução das obras
- › O serviço público prestado pelo **SILUC** visa contribuir para dar cumprimento ao previsto no RJUE
- › O **SILUC** destina-se aos cidadãos, aos profissionais e às empresas que procuram informação atualizada e de acesso livre sobre a legislação de urbanismo e construção
- › O **SILUC** permite efetuar pesquisas simples e avançadas, bem como a consulta por temas



## Onde encontrar definições dos conceitos técnicos?

- › Artigo de definições de cada diploma
- › Decreto Regulamentar n.º 5/2019, de 27 de setembro, que fixa os conceitos técnicos nos domínios do ordenamento do território e do urbanismo

### *Exemplos de diplomas*

**Decreto-Lei n.º 555/99**, de 16 de dezembro, que estabelece o regime jurídico da urbanização e edificação (artigo 2.º)

**Lei n.º 31/2009**, de 3 de julho, que aprova o regime jurídico que estabelece a qualificação profissional exigível aos técnicos responsáveis pela elaboração e subscrição de projetos, pela fiscalização de obra e pela direção de obra (artigo 3.º)

**Portaria n.º 701-H/2008**, de 29 de julho, que aprova o conteúdo obrigatório do programa e do projeto de execução, bem como os procedimentos e normas a adotar na elaboração e faseamento de projetos de obras públicas (Anexo I, artigo 1.º)



## Onde encontrar definições dos conceitos técnicos?

- > Artigo de definições de cada diploma
- > Decreto Regulamentar n.º 5/2019, de 27 de setembro, que fixa os conceitos técnicos nos domínios do ordenamento do território e do urbanismo
- > Glossários e manuais técnicos (existem diversos documentos, provenientes de diferentes fontes e variados grau de fiabilidade)
- > Dicionários



## Exemplo: o que significa “cércea”?

### Altura da edificação

O termo **cércea**, sinónimo de bitola ou gabarito, é, por isso, apropriado para referir a altura da edificação.

A altura da edificação é a dimensão vertical medida desde a **cota de soleira** até ao ponto mais alto do edifício, incluindo a cobertura e demais volumes edificados nela existentes, mas excluindo chaminés e elementos acessórios e decorativos, acrescida da **elevação da soleira**, quando aplicável.

Decreto Regulamentar n.º 5/2019, de 27 de setembro (Ficha n.º 1-5)

A **cota de soleira** é a cota altimétrica da soleira da entrada principal do edifício.

(Ficha n.º 1-16)

A **elevação da soleira** é a diferença altimétrica entre a cota de soleira e a cota do passeio adjacente que serve a entrada principal do edifício.

(Ficha n.º 1-23)

## Exemplo: o que significa “cércea”?

Figura 3 a - Altura da fachada; Altura da edificação

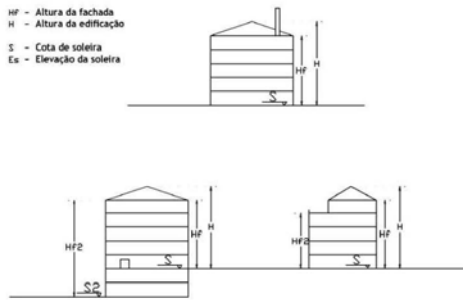
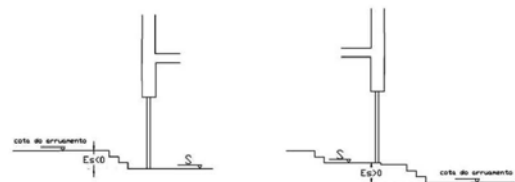


Figura 3 b - Cota de soleira; Elevação da soleira



Devido Registo nº 5/2018, de 27 de setembro (Figura 3)

## Onde estão definidas as “regras da boa arte” na construção?

- › As regras da boa arte na construção não se encontram definidas em documentação técnica
- › Correspondem ao que, de acordo com a sua formação, os técnicos consensualmente consideram ser práticas do...

**ATO DE BEM CONSTRUIR**



## A que instituições recorrer para esclarecer dúvidas sobre construção?

- › Comissões de Coordenação e Desenvolvimento Regional (CCDR)
- › Associações Intermunicipais, Municípios
- › Laboratório Nacional de Engenharia Civil (LNEC)
- › Instituto da Habitação e da Reabilitação Urbana (IHRU)
- › Instituto dos Mercados Públicos, do Imobiliário e da Construção (IMPIC)
- › Agência Portuguesa do Ambiente (APA)
- › Direção-Geral do Património Cultural (DGPC)
- › Ordens profissionais (OE, OA, OET)
- › Academia



Dúvidas

<https://www.shutterstock.com/file-ids/2019321241/121812966/>

## 6.

## Mecanismos de resolução de conflitos

## Quanto aos mecanismos de resolução de conflitos...

Tribunais Administrativos | Tribunais Arbitrais *ad hoc* ou contratuais | Centros de arbitragem institucionalizada



... são essenciais ao bom funcionamento do sistema regulador da construção



LABORATÓRIO NACIONAL DE ENGENHARIA CIVIL  
Departamento de Edifícios

António Cabaço | [acabaco@lnec.pt](mailto:acabaco@lnec.pt)  
João Branco Pedro | [jpedro@lnec.pt](mailto:jpedro@lnec.pt)



Título:

**Seminário de Responsabilidade Civil em Revista 2021/2022**

Ano de Publicação: 2023

ISBN: 978-989-9102-16-3

Coleção: Formação Contínua

Edição: Centro de Estudos Judiciários

Largo do Limoeiro

1149-048 Lisboa

[cej@mail.cej.mj.pt](mailto:cej@mail.cej.mj.pt)