



**O DANO NÃO PATRIMONIAL E A PESSOA COLECTIVA
LESADA: REFLEXÕES SOBRE A TUTELA DE INTERESSES
IMATERIAIS**

**NON-PECUNIARY LOSS AND THE LEGAL PERSON AS
THE INJURED PARTY: REFLECTIONS ON THE
PROTECTION OF IMMATERIAL INTERESTS**

ANA GABRIELA LACERDA ASSUNÇÃO

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Civilísticas, com Menção em Direito Civil, sob orientação da Mestre Maria Manuel Veloso

COIMBRA

2017

You say I am repeating
Something I have said before. I shall say it again,
Shall I say it again? In order to arrive there,
To arrive where you are, to get from where you are not,
You must go by a way wherein there is no ecstasy.
In order to arrive at what you do not know
You must go by a way which is the way of ignorance.
In order to possess what you do not possess
You must go by the way of dispossession.
In order to arrive at what you are not
You must go through the way in which you are not.
And what you do not know is the only thing you know
And what you own is what you do not own
And where you are is where you are not.

(...)

There is only the fight to recover what has been lost
And found and lost again and again: and now, under conditions
That seem unpropitious. But perhaps neither gain nor loss.
For us, there is only the trying. The rest is not our business.

East Coker, in Four Quartets

T. S. Eliot

ÍNDICE

Resumo/Abstract	6
Siglas e Abreviaturas	7
Notas Introdutórias	10

Capítulo I – Considerações introdutórias

1. Danos não patrimoniais – uma história (breve) de resistência da ressarcibilidade	13
1.1. Em termos gerais – extracontratualmente	14
1.2. Na responsabilidade obrigacional	14
2. O regime consagrado no art. 496.º	16
2.1. Sistema de cláusula geral	16
2.1.1. O critério da gravidade	17
2.1.2. Gravidade <i>tout court</i> ?	20

Capítulo II – O conceito de dano e o dano não patrimonial

1. Preliminares	23
2. O conceito de dano	23
2.1. Dano-pressuposto <i>v.</i> dano reparável	23
2.2. A essência do dano-pressuposto	24
3. Do dano moral ao dano não patrimonial	31

Capítulo III – A personificação colectiva

1. Preliminares	33
2. Breves considerações históricas	33
2.1. No Direito Romano	33
2.2. Na Idade Média	35
2.3. Da Modernidade à actualidade	37

3. O processo de personificação	43
4. A capacidade da pessoa colectiva	46
4.1. O princípio da especialidade	46
4.2. As propostas de superação do princípio da especialidade	49
4.3. A ponderação do escopo lucrativo como obstáculo à compensação de danos não patrimoniais de sociedades comerciais	52

Capítulo IV – O conteúdo da personalidade colectiva

1. Preliminares	55
2. Personalidade jurídica singular v. colectiva: do substrato ontológico à técnica jurídica	55
3. Tutela da personalidade jurídica colectiva	60
3.1. Direitos de personalidade jurídica colectiva – o caso da honra	60
3.2. A tutela do crédito e do bom nome como concretizações da honra	64
3.3. A tutela da imagem	66
3.4. A tutela da identidade pessoal	67

Capítulo V – Outros interesses imateriais compensáveis titulados por pessoa colectiva

1. Preliminares	70
2. Direito de Propriedade Intelectual	70
2.1. Tutela da propriedade industrial	72
2.2. Tutela de Direitos de Autor e Direitos Conexos	76
3. Tutela da firma e denominação	80
4. Tutela do segredo comercial	81

Capítulo VI – As finalidades da responsabilidade civil e a compensação de danos não patrimoniais

1. Preliminares	84
2. A determinação do montante compensatório	84
2.1. O juízo equitativo	84

2.2. Os critérios do art. 494.º	87
2.2.1. Grau de culpabilidade do agente	87
2.2.2. Situação económica do lesante e do lesado	90
2.2.3. Demais circunstâncias do caso	92
3. Breves considerações sobre o escopo compensatório e a compensação de danos não patrimoniais de pessoas colectivas	93
Notas Conclusivas	99
Bibliografia	103
Jurisprudência	113

RESUMO

A presente dissertação respeita à perscrutação da admissibilidade da compensação de danos não patrimoniais a pessoas colectivas e a sua sistematização orienta-se, de um modo progressivo, pelos obstáculos que se têm erguido à compensação destes danos. Metodologicamente, visa construir um processo argumentativo por etapas, em linha com a dinâmica do próprio sistema de responsabilização civil. Pretende estabelecer um diálogo entre a jurisprudência e a doutrina, e colher contributos de diferentes ramos do Direito, sem se afastar da sua matriz de Direito das Obrigações.

Palavras-chave: responsabilidade civil; dano não patrimonial; pessoa colectiva; compensação.

ABSTRACT

This dissertation relates to the admissibility's assessment of compensation for non-pecuniary losses when the aggrieved party is a legal person and its scheme follows the rationales commonly used to restrain or mitigate these damage's compensation. Methodologically it is constructed by progressive stages, in line with the civil liability's system dynamics. It intends to establish a dialogue between court decisions and legal doctrine, and to gather contributions from different law branches without, however, leaving its natural ground within the Law of Obligations framework.

Keywords: civil liability; non-pecuniary loss; legal person; compensation.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

- a. – ano
- A./ AA. – autor/autora; autores/ autoras
- ABGB - Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil da República da Áustria)
- Ac./Acs. – Acórdão/Acórdãos
- ACE – Agrupamento Complementar de Empresas
- AEIE – Agrupamento Europeu de Interesse Económico
- AP – Administração Pública
- art. – artigo/artigos
- BFD – Boletim da Faculdade de Direito
- BFDUM – Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau
- BGB – Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil da República Federal da Alemanha)
- BMJ – Boletim do Ministério da Justiça
- C. Com. – Código Comercial (Carta de Lei de 28 de Junho de 1888)
- C. Coop. – Código Cooperativo (Lei n.º 51/96, de 7 de Setembro)
- CC – Código Civil português (Decreto-lei n.º 47344/66, de 25 de Novembro)
- CCM – Código Civil de Macau (Decreto-lei n.º 39/99/M, de 3 de Agosto)
- CDADC – Código do Direitos de Autor e dos Direitos Conexos (Decreto-lei n.º 63/85, de 14 de Março)
- CDFUE – Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia
- CE – Constitución Española
- CEFDGCI – Centro de Estudos Fiscais da Direcção-Geral das Contribuições e Impostos do Ministério das Finanças
- cit. – citação
- Coord. - Coordenação
- CP – Código Penal (português)
- CPA – Código do Procedimento Administrativo (Decreto-lei n.º 4/2015, de 7 de Janeiro)
- CPP – Código do Processo Penal (português)
- CSC – Códigos das Sociedades Comerciais (Decreto-lei n.º 262/86, de 2 de Setembro)
- d.C. – depois de Cristo
- DL – Decreto-lei
- DLG – Direitos, Liberdades e Garantias

DO – Denominação de Origem
DUE – Direito da União Europeia
e.g. – *exempli gratia*
EC – estabelecimento comercial
ed. – edição
EIRL – Estabelecimento individual de responsabilidade limitada
EPE – Entidade Pública Empresarial
et al. – et alii/aliae/alia
FEC – Federal Election Commission
i.e. – *id est*
Ibid. - *ibidem*
IG – Indicação Geográfica
LGT – Lei Geral Tributária (Decreto-lei n.º 398/98, de 17 de Dezembro)
loc. cit. – *loco citato*
LQF – Lei-Quadro das Fundações (Lei n.º 24/2012, de 9 de Julho)
MP – Ministério Público
n.º - número/números
OMC – Organização Mundial do Comércio
op. cit. – *opere citato*
p./pp. – página/páginas
PAC – Política Agrícola Comum
PE – Parlamento Europeu
Proc. - Processo
RBDC – Revista Brasileira de Direito Civil
RC – Revisão Constitucional
reimp. – reimpressão
rev. e act. – revisto e actualizado
RFDULP – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto
RFDUP – Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto
RGIC – Regime Geral das Instituições de Crédito e das Sociedades Financeiras (Decreto-lei n.º 298/92, de 31 de Dezembro)
RM – Revisão Ministerial

RRNPC – Regime do Registo Nacional de Pessoas Colectivas (Decreto-lei n.º 129/98, de 13 de Maio)

RTDC – Revista Trimestral de Direito Civil

S.A. – Sociedade Anónima

S.Q. – Sociedade por Quotas

SC – Sociedades Comerciais

SCOTUS – Supreme Court of the United States

séc. – século

ss. – seguintes

STA – Supremo Tribunal Administrativo (Portugal)

STC – Sentencia Tribunal Constitucional (Espanha)

STJ – Supremo Tribunal de Justiça (Portugal)

STJ(Br) – Supremo Tribunal de Justiça (Brasil)

STS – Sentencia Tribunal Supremo (Espanha)

T. – tomo

TC – Tribunal Constitucional (Portugal)

TC(Es) – Tribunal Constitucional (Espanha)

TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos Humanos

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia

TRC – Tribunal da Relação de Coimbra

TRG – Tribunal da Relação de Guimarães

TRIPS – Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

TRP – Tribunal da Relação do Porto

TS – Tribunal Supremo (Espanha)

TUE – Tratado da União Europeia (versão alterada pelo Tratado de Lisboa, publicada no Jornal Oficial da União Europeia, C 306, em 17 de Dezembro de 2007)

UE – União Europeia

V. – volume/volumes

v.g. – *verbi gratia*

NOTAS INTRODUTÓRIAS*

A reflexão a que nos comprometemos respeita à questão da compensabilidade de danos não patrimoniais sendo o lesado uma pessoa colectiva.

Esta não é uma questão nova. Problematizando-se no âmbito do Direito das Obrigações, especificamente, da Responsabilidade Civil, podemos reconduzi-la à problemática clássica que perpassa todo o sistema: a tensão entre liberdade e responsabilidade.

A nossa exposição começará por reconhecer que os sistemas jurídicos – não sendo o português nisso excepção – têm, tradicionalmente, uma atitude de resistência quando estejam em causa danos não patrimoniais, bem documentada sobretudo a respeito da sua atendibilidade em geral (na responsabilidade delitual) e, posteriormente, na responsabilidade obrigacional. Entre nós, a compensação de danos não patrimoniais a pessoas colectivas ainda não é, no nosso entender, um problema com uma solução que se possa afirmar pacificada¹. Os Tribunais, incluindo o Supremo Tribunal de Justiça, têm decidido pela condenação por danos não patrimoniais em favor de um lesado pessoa colectiva², mas essa não é uma posição constante, e encontra, na doutrina, alguns opositores. Procurámos, por isso, atender aos argumentos que têm sido usados, quer pela jurisprudência, quer pela doutrina, para obstaculizar a esta compensação e analisá-los criticamente.

* Por opção da autora, esta dissertação não foi redigida segundo o Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa de 1990.

¹ Em outros ordenamentos jurídicos encontra uma resposta afirmativa, como nos: belga; italiano; espanhol; suíço e francês. Assim, ROGERS, *Damages for non-pecuniary loss in a comparative perspective*, respectivamente, p.49; p. 136-7; p. 220-1; p.306, e, quanto ao francês, VELOSO, *A Compensação do Dano Contratual não Patrimonial (em especial no Direito de Autor)*, p. 178.

De igual modo, o TEDH pronunciou-se em sentido positivo a propósito da decisão *Comingersoll S.A. v. Portugal*. Apesar disso, não nos dedicaremos a estudá-la por, em essência, esta não problematizar os obstáculos que orientam a nossa reflexão. Para mais desenvolvimentos, EMBERLAND, *Compensating companies for non-pecuniary damage: Comingersoll S.A. v. Portugal and the ambivalent expansion of the ECHR scope*, pp. 409 e ss. e WILCOX, *A Company's Right to Damages for Non-Pecuniary Loss*, pp. 64 e ss.

² E.g., STJ, Ac. de 9 de Fevereiro de 2006; de 8 de Março de 2007; de 17 de Abril de 2007; de 12 de Fevereiro de 2008; de 20 de Maio de 2008; de 21 de Maio de 2009; de 19 de Junho de 2008; de 20 de Junho de 2013; de 12 de Setembro de 2013; TRL, Ac. de 23 de Março de 2010 e de 8 de Maio de 2012; TRP, Ac. de 7 de Julho de 2016; TRC, Ac. de 12 de Maio de 2010.

Considerámos a dinâmica do sistema de responsabilização civil de uma perspectiva dual, atendendo, por um lado, à fundamentação da emergência de uma obrigação de indemnização (*lato sensu*) – a “construção” do facto responsabilizante -, e, posteriormente, reunidos os pressupostos necessários, à emergência dessa mesma obrigação de indemnização. Esta esquematização tem meros intuitos expositivos, e orientará, sistematicamente, o nosso trabalho, uma vez que a sua progressão vai pressupondo a estabilização do problema anteriormente tratado. Faremos uma abordagem com recurso a diferentes ramos do direito: procurámos, porém, criar uma ideia de continuidade e de ligação entre os capítulos, mormente pelas considerações iniciais que introduzimos em cada um deles.

Após uma breve caracterização, no Capítulo I, do sistema de compensação de danos não patrimoniais consagrado no art. 496.º do Código Civil³, atenderemos, no Capítulo II, ao conceito de dano e de dano não patrimonial (e à sua contraposição ao dano moral), procurando responder ao argumento tradicional de que estes danos, pelas suas qualidades específicas, não são susceptíveis de se verificarem em entes que sejam pessoas colectivas.

Seguidamente, no Capítulo III, ocupar-nos-emos do processo de personificação colectiva e influência do princípio da especialidade para a limitação da capacidade destes entes – o que, segundo alguns AA. serviria de barreira à compensação de danos não patrimoniais em pessoas colectivas com escopo lucrativo -, analisando, igualmente, algumas propostas de superação desse princípio.

Nos Capítulos IV e V, iremos procurar manifestações, ao abrigo da personalidade colectiva, de uma esfera de imaterialidade cuja violação possa servir de suporte a danos não patrimoniais. Dedicaremos especial atenção ao direito à honra, aos direitos ao bom nome e ao crédito, e teceremos, ainda, algumas considerações sobre o direito à identidade pessoal. No capítulo V, reflectiremos sobre a consagração expressa, no ordenamento jurídico português, sobretudo por influência do DUE, de alguns direitos à compensação de danos não patrimoniais cujos titulares podem ser pessoas colectivas – como alguns direitos de propriedade intelectual; a tutela da firma e da denominação e do segredo comercial.

³ Qualquer norma legal futuramente referida sem indicação do respectivo diploma pertence ao Código Civil português, o qual será, em diante, designado de CC.

Por fim, e situando-nos na fronteira entre a construção do facto responsabilizante e a emergência da obrigação de indemnização, ocupar-nos-emos, no Capítulo VI, das finalidades da responsabilidade civil, sobretudo no que respeita à compensação de danos não patrimoniais. Para tal, olharemos ao funcionamento do art. 496.º no que concerne à fixação do *quantum* compensatório, ao juízo equitativo e aos critérios dele orientadores, conforme a remissão para o art. 494.º. Suscitaremos, *in fine*, uma dificuldade que, apesar de ainda não a termos encontrado discutida na dogmática, julgamos ser de atender – a (in)compatibilidade entre a finalidade tipicamente identificada à compensação, *i.e.*, de mitigação de angústias e tristezas, com as circunstâncias específicas de alguns lesados, *maxime* pessoas colectivas -, e sugeriremos alguns caminhos para a sua possível superação.

Podíamos ter seguido outros caminhos, e procurado refutar outros argumentos que se erguem contra a compensação de danos não patrimoniais de pessoas colectivas, porém fizemos uma escolha consciente de focar a nossa atenção naqueles que mais frequentemente se discutem e que, no nosso entender, mais resistências criam ao problema.

A nossa reflexão limita-se às pessoas colectivas de direito privado.

CAPÍTULO I

Considerações introdutórias

1. Danos não patrimoniais – uma história (breve) de resistência

A compensação de danos não patrimoniais tem uma história de múltiplas resistências⁴. Cremos ter razão VAZ SERRA, quando identifica a causa dessas resistências com o *dinheiro*⁵, e não tanto numa questão de princípio ou ligada ao género de dano *per se*, uma vez que a tutela dos interesses imateriais que integram a personalidade jurídica está, normalmente, no centro dos ordenamentos jurídicos. Estes não obstam, via de regra, ao reconhecimento e protecção desses interesses imateriais, nem mesmo quando se debate a admissibilidade do dano não patrimonial em geral. Resistem, sobretudo, à sua compensação monetária – como é exemplificativo o §253 BGB que, no contexto de um sistema consideravelmente restritivo (mesmo após a Reforma de 2002), consagra uma tutela ampla de danos não patrimoniais quando esteja, somente, em causa uma reparação *in natura*, *i.e.*, não pecuniária⁶.

No que respeita às pessoas colectivas regista-se uma tendência idêntica. Não se defende que estas não tenham acesso a tutelas cautelares ou mitigadoras de lesões a interesses imateriais⁷, a resistência está na sua associação a um mecanismo de tutela repressiva como a responsabilidade civil, através compensação de danos não patrimoniais.

Nestas breves considerações iniciais, destacamos a oposição à admissibilidade de danos não patrimoniais em termos gerais e ao reconhecimento de danos não patrimoniais em responsabilidade obrigacional⁸ - resistências típicas do sistema português. Aludiremos

⁴ E não só entre nós, aliás o ordenamento jurídico português, comparado com outros do mesmo horizonte cultural, quer na letra da lei, quer na evolução da dogmática, é muito menos restrito. Nesse sentido, PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, p. 376.

⁵ VAZ SERRA, *Reparação do dano não patrimonial*, p. 70.

⁶ Neste sentido, a propósito de uma análise de direito comparado de vários países da UE, VON BAR, *The Common European Law of Torts*, pp.145-9.

⁷ Veja-se, CARNEIRO DA FRADA, *Danos societários e governação de sociedades (corporate governance)*, p. 46.

⁸ Há outros campos de discussão em aberto, como entre nós, *e.g.*, o dano da morte; o dano da afeição; a conveniência da importação da categoria do dano biológico; a compensação de danos não patrimoniais entre cônjuges na constância do matrimónio, etc. Noutros sistemas, por serem diversos do português, compreende-se que se ponham problemas de outros tipos – veja-se, *infra*, *v.g.*, a mudança de paradigma que a reforma do direito civil alemão de 2002 produziu neste campo, tornando o sistema menos restritivo.

a ambas para expor a digladição de argumentos que comportaram, pois, segundo cremos, alguns dos seus obstáculos são comuns aos erguidos à reflexão que aqui nos convoca.

1.1. Em termos gerais – extracontratualmente

Desde 1966 que a lei civil portuguesa consagra, no art. 496.º, de forma inequívoca, a compensação de certos danos não patrimoniais, encerrando, em parte, o dissenso dogmático nessa matéria. Durante a vigência do Código de Seabra, alguns AA. opunham-se à reparação de danos não patrimoniais, apelando, *e.g.*, à imoralidade de associar uma quantia pecuniária às perturbações do espírito; à impossibilidade do ressarcimento, por se lidar com valores inestimáveis e por isso sem equivalente pecuniário; ao vasto leque de possíveis lesados identificáveis; às dificuldades e incertezas probatórias e à identificação da compensação com uma pena privada e por isso fora do escopo da responsabilidade civil⁹. Estes argumentos foram superados, arguindo-se que, não se confundindo a compensação com a indemnização, se afasta a equivalência e, com ela, o apreçamento da personalidade – “(...) mais imoral se afigura a posição que pretende negar essa reparação (...)”, sintetiza PINTO MONTEIRO¹⁰ -; igualmente apelando à ideia de compensação (temperada com o critério da equidade e factores do art. 494.º) afastou-se a sua compreensão como pena privada; esclareceu-se que os titulares do direito à compensação são os titulares do direito violado, não havendo perigo de excessiva ampliação da responsabilidade; e, ainda, que a dificuldade, posta pela natureza do dano, na determinação do *quantum*, também se pode verificar a propósito do valor exacto de alguns danos patrimoniais (devendo, *ex vi* 566.º .3, recorrer-se à equidade), ou na indemnização de lucros cessantes, não servindo, por isso, de obstáculo¹¹.

1.2. Na responsabilidade obrigacional

Pacificada a admissibilidade de danos não patrimoniais em geral, a resistência que se ergueu circunscreveu-se à responsabilidade obrigacional, preconizando-se a sua

⁹ *Inter alios*, VAZ SERRA, *Reparação...*, pp. 78-9.

¹⁰ Cit. PINTO MONTEIRO, *A indemnização por danos não patrimoniais em debate: também na responsabilidade contratual? Também a favor das pessoas jurídicas?*, pp. 114-5.

¹¹ *Vide*, PESSOA JORGE, *Ensaio...*, pp. 374-5.

admissibilidade exclusiva no campo delitual. Alegou-se, sobretudo, a inserção sistemática do art. 496.º na subsecção da responsabilidade civil delitual, e não na da falta de cumprimento imputável, art. 798.º e ss., ou mesmo na secção relativa à obrigação de indemnização, 562.º e ss., comum à obrigação de indemnização com génese delitual e obrigacional. Renovaram-se, também, alguns receios comuns à resistência à ressarcibilidade em termos gerais, *e.g.*, como perigo da multiplicação da litigiosidade, a subjectividade do dano (e consequente incerteza) e a imoralidade da reparação; e requisitou-se a autoridade do direito comparado, *in casu* os sistemas restritivos alemão e italiano¹². Outros AA., engajados com uma posição intermédia, apelaram ao argumento histórico, veiculando que a referida inserção sistemática não poderia resultar de distracção legislativa, mas de uma deliberação. Assim, apesar de esta, em princípio, estar reservada ao campo delitual, o jurista poder-se-ia furtar a esta conclusão apelando tanto ao cúmulo de responsabilidades¹³, como à admissibilidade de analogia¹⁴.

A posição maioritária é, contudo, a que aceita a compensação de danos não patrimoniais na responsabilidade obrigacional. Esta foi a posição de VAZ SERRA, com a autoridade subjacente à sua qualidade de A. dos trabalhos preparatórios do CC nesta matéria¹⁵. Não foi voz isolada. Apelou-se à subsidiariedade do regime delitual para com o obrigacional e à possível consagração, no art. 496.º, de um princípio geral de ressarcibilidade desses danos; à referência genérica ao *prejuízo* do art. 798.º (*i.e.*, sem distinção da natureza do dano) e ao princípio da reparação integral dos danos (onde se deve incluir o dano não patrimonial); ao princípio da igualdade dos lesados e à compreensão da relação obrigacional como uma relação complexa (coexistindo, com a prestação principal, deveres laterais de protecção) e não puramente patrimonial e, até, à evocação do contrato

¹² Entre os adeptos desta posição destacam-se ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA. *Vide, Código Civil Anotado*, V. I, pp. 501-2. TEIXEIRA DE SOUSA é da mesma opinião, mas aceita a ressarcibilidade em concurso de responsabilidade. Assim, SOARES PEREIRA, *A Responsabilidade por Danos Não Patrimoniais do Incumprimento das Obrigações no Direito Civil Português*, p. 251.

¹³ Como RUI DE ALARCÃO. *Vide, Direito das Obrigações*, p. 210.

¹⁴ *Inter alios*, SINDE MONTEIRO, que vê na responsabilidade civil médica matéria adequada para essa analogia. Assim, VELOSO, *A Compensação...*, pp. 102-3. Neste âmbito, onde a diferenciação original da doutrina maioritária, *per se*, já é criticável (*i.e.*, bastar que o facto ocorra num hospital público para que a relação médico-paciente seja excluída do âmbito obrigacional, o que não acontecerá num hospital privado), conduziria a uma desconsideração irracional de danos não patrimoniais, sobretudo num campo tão sensível no que respeita a bens pessoais. *Vide*, DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, pp.799-806.

¹⁵ VAZ SERRA, *Reparação...*, p. 104.

como meio de realização de interesses imateriais¹⁶. Hoje esta resistência encontra-se pacificada na doutrina e na jurisprudência.

2. O regime consagrado no art. 496.º

A letra do art. 496.º mantém-se, desde a sua versão primitiva de 1966, imutável quanto a opções legislativas de fundo¹⁷, o que não impede, como reflectimos *supra*, que a dogmática discuta profusamente o seu conteúdo e extensão. Para este debate jurisprudencial e doutrinário contribuem as características do nosso sistema de responsabilidade civil por danos não patrimoniais, o qual conta com qualidades que o diferenciam de outros culturalmente próximos e que, por isso, devem ser por nós analisadas nestas notas introdutórias.

2.1. Sistema de cláusula geral

Uma das características mais distintivas do art. 496.º é a sua formulação em técnica de cláusula geral e o facto de consagrar como pressuposto de compensação o critério da gravidade – criando, assim, as condições para um sistema de ressarcibilidade generoso¹⁸. A um sistema deste tipo contrapõem-se os de ressarcibilidade restrita, como aqueles em que opera uma circunscrição taxativa dos casos em que aquela é admitida - como o sistema alemão¹⁹. A reforma do segundo livro do BGB de 2002²⁰ - guiada pela necessidade de adaptação em virtude do processo de integração europeia, e de modo a aproximar o direito escrito aos desenvolvimentos jurisprudenciais - teve um profundo impacto no direito da responsabilidade civil por danos não patrimoniais (*Schmerzensgeld*), e, embora tenha

¹⁶ Entre os AA. que recorreram a estes ou a alguns destes argumentos, destacamos PESSOA JORGE, GALVÃO TELLES, PINTO MONTEIRO. Para uma análise detalhada, *vide* VELOSO, *A Compensação...*, pp. 103-7 e 126-177 e SOARES PEREIRA, *A Responsabilidade...*, pp. 253-67.

¹⁷ Tendo-se verificado uma alteração lateral, pela Lei n.º 23/2010, de 30 de Agosto, primeira alteração à Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio, - *medidas de protecção das uniões de facto*, que culminou na alteração do seu actual .2 pela supressão de “judicialmente”, por a separação de pessoas e bens por mútuo consentimento já não ser exclusivamente judicial; e pela adição de um novo .3 (passando o à data a .4) pelo qual os unidos de facto e os cônjuges não separados de pessoas e bens são considerados de igual modo ante o .2.

¹⁸ PESSOA JORGE, *Ensaio...* p. 376.

¹⁹ Entre sistemas igualmente restritivos, no espaço europeu, *v.g.*, a Áustria, Grécia, Holanda e Polónia. Assim, MARTÍN-CASALS, *Conceptos perjudiciales (heads of damage) en la indemnización por muerte y por lesiones personales en Europa*, p. 9.

²⁰ Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts, em vigor desde 1 de Janeiro desse ano.

mantido um sistema de tipicidade, tornou-se mais benevolente. Tal como antes da Reforma, o direito alemão admite a consideração de danos não patrimoniais, incondicionalmente, sempre que não esteja em causa uma compensação pecuniária (§249), isto é, em caso de mera reparação natural²¹. Até 2002, com base no §253, só se admitia compensação pecuniária de danos não patrimoniais quando alguma disposição legal o reconhecesse expressamente – reconduzindo-se a maioria dos casos para o §847²², que a autorizava, equitativamente, por lesão corporal ou à saúde, à liberdade e autodeterminação sexual (de mulheres²³). Com a reforma de 2002, revogou-se o §847, passando o seu conteúdo a constar do novo §253(2). Manteve-se um sistema de tipicidade, mitigando-se algumas das suas inconveniências, viabilizando uma abertura à compensação em sede de responsabilidade obrigacional - pela transferência sistemática para a parte geral do código-, e de responsabilidade objectiva - pelas novas remissões para o §253(2) e pela modificação de legislação extravagante.

2.1.1. O critério da gravidade

Embora o sistema português se distinga pela atipicidade na ressarcibilidade do dano não patrimonial, não é, todavia, compensado qualquer dano não patrimonial, exigindo o art. 496.º que o dano seja *grave*. Esta exigência não se verifica para danos patrimoniais, sendo, por isso, suplementar à dinâmica da responsabilidade civil. Enquadra-se, historicamente, como um mecanismo de refreamento das resistências da ressarcibilidade geral destes danos, pretendendo-se que servisse de filtro à subjectividade e evitasse o receado aumento desproporcionado da responsabilização²⁴. Apesar disso, estas preocupações também estão presentes em ordenamentos restritivos. Na Alemanha, a proposta governamental que impulsionou a Reforma de 2002 previa – com o intuito de mitigar uma eventual exacerbação de responsabilidade e associada inflação de prémios de

²¹ Incondicionalidade que é discutível, dependendo da posição que se tenha quanto ao balanço da natureza dos interesses e a susceptibilidade de reparação natural. No mesmo sentido, FISCHER, *A reparação dos danos no direito civil*, p. 276.

²² Outros exemplos de autorização expressa para a compensação pecuniária de danos não patrimoniais encontravam-se nos danos por discriminação sexual em contrato individual de trabalho (ou em oportunidades de progressão na carreira) e danos pelo incumprimento de contratos ligados ao turismo, por frustração de férias (respectivamente, §611a e §651f BGB). *Vide*, FEDTKE, *The Reform of German Tort Law*, p. 490.

²³ Alterado na Reforma, por imposição constitucional, estendendo-se legitimidade a todos que sejam lesados na sua autodeterminação sexual, independentemente do sexo. *Idem*, p. 491.

²⁴ É uma “cláusula de salvaguarda”, cit. ALBUQUERQUE MATOS, *Responsabilidade Civil por Ofensa ao Crédito ou ao Bom Nome*, 2011, p. 597.

seguro²⁵ - a filtragem dos danos bagatelares, só admitindo, além dos casos em que houvesse dolo (que seriam sempre compensados independentemente da gravidade, de modo proporcional à função de satisfação do lesado, *Genugtuungsfunktion*), a responsabilização, de lesante negligente, se o dano não fosse irrelevante (*nicht unerheblich*), considerada a natureza da lesão e a sua duração²⁶. Tal já vinha sendo preconizado na jurisprudência; contudo, a versão final do diploma, por intervenção da comissão jurídica do *Bundestag*, acabou por não contemplar este crivo²⁷.

Excluir o dano que não seja grave equivale a desconsiderar o que se tenha por irrisório, *i.e.*, bagatelar – apesar de todos os (outros) pressupostos necessários à emergência da obrigação de indemnização estarem preenchidos²⁸ - por referência ao *valor intrínseco*²⁹ dos interesses lesados e circunstâncias do caso – *e.g.*, as características da lesão (como a sua duração, intensidade e amplitude de repercussões) e as características e contexto da conduta do agente³⁰.

À gravidade associa, tradicionalmente, a doutrina – com destaque para ANTUNES VARELA - o critério da objectividade, apresentado como lente de apreciação daquela e reforço no *floodgates principle*³¹ – devendo, por isso, desconsiderar-se, na avaliação da gravidade, critérios meramente subjectivos, *i.e.*, dependentes da sensibilidade de cada

²⁵ MARKESINIS e UNBERATH, *The German Law of Torts – A Comparative Treatise*, p. 918.

²⁶ FEDTKE, *The Reform...*, pp. 493-4.

²⁷ Contando a oposição com o *lobby* de associações de consumidores e de automobilistas que advogavam a injustiça de tornar juridicamente irrelevantes danos cujas repercussões se revelassem desproporcionadas face à sua gravidade abstracta. VELOSO, *Danos não patrimoniais*, p. 502.

²⁸ O que se diferencia, *v.g.*, da intervenção de causa de exclusão da ilicitude ou de justificação da culpa. Verifica-se um fenómeno paralelo no Direito Penal ao ter-se como último patamar da doutrina do facto punível a *punibilidade*, pela qual se testa a dignidade penal da intervenção, aferindo se se justifica a qualificação do facto como crime. Também aqui é notório que o facto não é (*in casu* penalmente) irrelevante - continua a ser um ilícito típico e culposo -, mas a sua consideração unitária ante as directrizes de política criminal, pode conduzir a que não se conclua necessária a sua qualificação como crime e subsequente emergência da consequência jurídica prescrita. Mesmo ultrapassado este teste (*i.e.*, concluindo-se pela existência de um crime), a doutrina da consequência jurídica ainda pode impedir ou mitigar a emergência da sanção, por, ulteriormente, se verificarem determinadas circunstâncias que demonstrem a desnecessidade ou desproporcionalidade da carência punitiva – atenuando ou dispensando a pena, mas mantendo-se a decisão de condenação. *Vide*, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal – parte geral*, pp. 668-80 e, *idem*, *Direito Penal Português – as consequências jurídicas do crime*, pp. 314-24. Embora se estabeleça este paralelo, não ignoramos que as linhas de justiça não se confundem.

²⁹ VELOSO, *Danos...*, p. 505.

³⁰ *Ibid.*

³¹ Um argumento típico de sistemas de *Common Law*, pelo qual se pondera se uma determinada abordagem/solução a um problema poderá, *a posteriori*, influenciar situações semelhantes aumentando significativamente, *e.g.*, a litigância, o leque de responsáveis; os montantes atribuídos, etc., orientando, por isso, o julgador/legislador a uma atitude prudencial.

lesado³². Contudo, parece-nos que este apelo a uma pretensa objectividade é pouco rigoroso, e tão pouco se compreende, visto que o mesmo A., de imediato, convoca a relevância das circunstâncias de cada caso. A atenção ao caso concreto (para a qual nos reconduzem o sistema de atipicidade; o conceito indeterminado de gravidade; o critério da equidade e a remissão para os critérios do art. 494.º) é essencial e, atendendo à natureza imaterial e insusceptibilidade de avaliação pecuniária dos interesses em causa, parece-nos que estes carregam, necessariamente, uma elevada carga de subjectividade. Essa não tem que significar, contudo, um juízo decisório parcial ou tutelador de interesses irrelevantes. É, somente, o reconhecimento de que a reparação de interesses deste tipo não se alia (como veremos) na teoria da diferença – em que há um ponto de partida objectivamente comprovável –, mas depende da combinação de factores plúrimos, apenas compreensíveis pela riqueza da casuística, da qual alguns factores subjectivos serão parte essencial. A este respeito, MARIA MANUEL VELOSO preconiza a *contemporização* do critério da objectividade e a necessidade de considerar, como regra, factores subjectivos, especialmente quando não sejam disponibilizados, ao julgador, outros que comportem mais materialidade – *maxime* perícias médico-legais, no exemplo da A., cuja relevância se evidencia sobretudo na avaliação do dano corporal³³. Tal não coíbe que as preocupações subjacentes ao apelo a um padrão objectivo não sejam válidas – cremos que o são, desde logo, como bem nota MARIA MANUEL VELOSO, porque para cada lesado o seu dano é único, conduzindo a que a sua perspectiva seja de sobrevalorização da lesão –, mas podem resolver-se através da prudência judicial necessariamente presente no juízo equitativo. Assim, mesmo que se considerem factores subjectivos, impedir-se-ia a unilateralidade do prisma do lesado – e, com ela, a consideração de interesses irrelevantes e a desmesurada ampliação da responsabilidade –, por uma conjugação destes com “uma dose de objectividade (quiçá, mero bom senso)”³⁴.

³² Vide, ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em geral*, I, p. 606.

³³ Factores subjectivos são já frequentemente tidos em conta pelos tribunais, designadamente a propósito de litígios sobre direitos de personalidade e relações de vizinhança. A A. ancora esse labor judicial não na ampla tutela que o sistema concede à personalidade, mas na referida *margem* de apreciação deixada ao julgador – o que já não ocorrerá com a mesma intensidade quando se dispute o direito à integridade física, mais fácil de objectivar. Assim, VELOSO, *Danos...*, pp. 505-7.

³⁴ Cit. *idem*, p. 506.

2.1.2. Gravidade *tout court*?

O art. 496.º refere-se aos “danos não patrimoniais que, pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito”. Esta formulação semeia dúvidas quanto a uma possível coordenação de critérios - o da *gravidade* e um eventual critério de *merecimento de tutela*. Parece-nos que estamos diante de um só critério – o da gravidade -, desde logo pela sua intercalação entre vírgulas, como que explicando o merecimento de tutela, mas, afastando-nos de uma interpretação positivista, vejamos que argumentos substanciais considerar.

No seu anteprojecto, VAZ SERRA sugeriu, *iure condendo*, a limitação do *dano compensável* por um critério de *gravidade* (1.º), acrescentando que a natureza do mesmo, a apreciar judicialmente, deveria tornar a compensação pecuniária *justificável* (2.º)³⁵. Apesar de ser arguível - até imgeticamente, pela expressa enumeração feita nesse trabalho -, que o A. tenha pensado em dois critérios cumulativos, cremos poder defender, salvo melhor opinião, que VAZ SERRA estaria tão só a alertar para a exposição à historicidade destes interesses juridicamente tutelados, e, por isso, para a necessidade de uma apreciação judicial de sindicância perante a *consciência jurídica* actual. Veja-se, aliás, que a apreciação dessa natureza, que justificaria a compensação, seria feita em segundo lugar, *i.e.*, sempre considerada a propósito da gravidade, e não anteriormente. Se o objectivo fosse o de criar dois crivos cumulativos, não seria mais racional que, em primeiro lugar, se testasse se a natureza do dano é merecedora de tutela e, em caso afirmativo, posteriormente analisar se é grave o suficiente para justificar a compensação? Julgamos, assim, que o A. - que já se havia insurgido contra uma circunscrição legal e apriorística de interesses cuja violação resultaria em danos não patrimoniais, advogando um sistema de atipicidade, aberto a todos os *interesses que se julguem dignos de protecção*³⁶ -, também não está a sugerir que alguns danos graves sejam indignos de tutela jurídica, está somente a procurar determinar essa gravidade³⁷. Veja-se que, logo de seguida, apela (seguindo o exemplo de outros códigos) à previsão exemplificativa de “certos factos em que particularmente se justifique a compensação (...) [o que] teria a vantagem de impedir, quanto a eles, as

³⁵ VAZ SERRA, *Reparação...*, p. 89.

³⁶ *Idem*, p. 105.

³⁷ Ao contrário do que parece fazer ANTUNES VARELA que, com uma remissão, liga a gravidade à atipicidade do sistema germânico. Assim, ANTUNES VARELA, *Das Obrigações...*, I, p. 605.

incertezas de uma apreciação judicial sobre se é justificável a compensação”³⁸. Estes seriam os em que se contendesse, v.g., com a integridade física, honra e liberdade. Para se admitir a possibilidade desta incerteza, só nos resta concluir que todo este arrazoado se reporta à *gravidade*, pois a lesão destes específicos bens, *per se*, seria sempre, em abstracto, merecedora de tutela do direito (são os bens mais tutelados do sistema jurídico, com excepção da vida). Já discordamos, contudo, que se possa pressupor que a lesão a esses interesses deva, por si só, ser havida como grave e por isso ficar agilizada a apreciação judicial – só uma apreciação judicial casuística pode aferir da gravidade concreta, pois, e.g., a lesão de um interesse imaterial associado à destruição de um bem material (para quem o aceite) pode, *in casu*, revelar-se mais grave que um corte num dedo, apesar de, num caso, estar em causa um interesse imaterial ligado a um bem de propriedade, e no outro um interesse imaterial ligado a um bem pessoal, a integridade física. O A. concluiu este trabalho clamando por prudência judicial na limitação do dano reparável a prejuízos graves e não triviais, sem mais referências a qualquer outro critério³⁹.

Cremos ter razão, por isso, MARIA MANUEL VELOSO quando afirma a gravidade como “única condição de ressarcibilidade”⁴⁰. Nesta senda, sendo o objecto de tutela o interesse subjacente ao dano, e não o dano *per se*, a sua reparação depende do merecimento de tutela, mas não enquanto crivo extra. O contrário⁴¹ conduziria a uma dupla apreciação de merecimento de tutela, uma vez que esse juízo está presente em estádios prévios da construção do facto responsabilizante, nomeadamente o da ilicitude. Concordamos, por isso, com a A. quando, partindo da concepção normativa de dano, se refere ao “ilogismo de afirmar que existe um dano no sentido de violação de um interesse que a lei protege, mas que não merece tutela”⁴², porque, se na teoria geral da responsabilidade civil encontramos vários exemplos em que o dano-pressuposto não coincide com o de dano reparável (e.g., pela intervenção de causas de justificação ou de escusa), isso resulta da dinâmica do

³⁸ Avançando, posteriormente, para uma comparação com o sistema francês no qual a jurisprudência havia considerado *simples incómodos*. *Idem*, pp. 89-90.

³⁹ *Idem*, p. 106. Numa posição contrária, SOARES PEREIRA vê na proposta de VAZ SERRA o cúmulo de dois requisitos autónomos, não acatados pelo legislador. *Vide*, SOARES PEREIRA, *A Responsabilidade...*, pp. 239-40.

⁴⁰ Cit. *Danos não...*, p. 501. No mesmo sentido, v.g., ANTUNES VARELA, *Das obrigações...*, I, p. 606; LUCENA, *Danos não patrimoniais*, p. 19, FERREIRA DIAS, *O Dano Moral na Doutrina e na Jurisprudência*, p. 24 e MIRANDA BARBOSA, *Lições de Responsabilidade Civil*, pp. 302-4.

⁴¹ Que nos parece ser a posição de ALMEIDA COSTA pelo uso da conjunção coordenativa em “(...) estes devem atender-se (...) sempre que, dada a sua gravidade e relevância jurídica”. (relevo nosso) Assim, ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, pp. 602-3.

⁴² Cit. VELOSO, *A compensação...*, p. 100.

sistema de responsabilidade. Ora, neste caso seria a mesma norma a fazê-lo, sendo irracional que se conceba que esta possa, simultaneamente, admitir a relevância jurídica de danos não patrimoniais e limitá-la por falta de merecimento de tutela. Em síntese, compensar-se-ão danos não patrimoniais que mereçam a tutela do direito pela sua gravidade, não danos que, além de serem graves, ainda se mostrem merecedores da tutela do direito.

CAPÍTULO II

O conceito de dano e o dano não patrimonial

1. Preliminares

Feita esta breve caracterização do sistema, seguiremos agora o nosso trajecto de justificação da compensabilidade de danos não patrimoniais a pessoas colectivas. Começaremos por um dos argumentos mais tradicionais⁴³: o da impossibilidade de verificação deste tipo de danos em pessoas colectivas, por ausência de âmbito de tutela – afirmando-se, *maxime*, as pessoas colectivas não sentem dor nem tristeza. Os vícios que julgamos encontrar nesta linha argumentativa podem ser superados se desconstruirmos duas coisas: o conceito de dano *per se*, e o de dano não patrimonial, confrontando-o com o de dano moral em sentido estrito.

2. O conceito de dano

2.1. Dano pressuposto v. dano reparável

De modo a facilitar a exposição da nossa posição, entendemos oportuno separar, em consonância com a nossa estratégia de enquadramento do fenómeno indemnizatório, o *dano* enquanto pressuposto da construção do facto responsabilizante e o *dano reparável*, enquanto correspondente da obrigação de reparação (pecuniária ou não). Ao dano reparável antecede o dano-pressuposto, para que emerja a obrigação de indemnização, mas não se identifica com ele, uma vez que é sujeito a outras depurações para as quais podem contribuir institutos como, *e.g.*, o da *culpa do lesado* (570.º) ou a determinação de indemnização por *danos futuros* em decisão ulterior (564.º .2), que, apesar de condicionarem o *quantum* da obrigação de indemnização, não dependem da lesão daquele interesse específico, que permanece igual, mas sim das circunstâncias (juridicamente atendíveis) em que essa violação se verificou ou que lhe tenham sucedido. Só nos focaremos no dano-pressuposto.

⁴³ Nesse sentido, VELOSO, *Danos não patrimoniais a sociedade comercial?*, p. 34.

2.2. A essência do dano-pressuposto

Apesar de o conceito de dano ser um lugar comum no discurso, quer jurídico, quer do dia-a-dia, e de linguisticamente lhe conotarmos um significado negativo – de menoscabo, prejuízo, deterioração⁴⁴ -, o seu amplo alcance naturalístico não é suficiente para a ciência jurídica, e o seu alcance técnico-jurídico não é, como veremos, unânime. Sendo o *dano* o elemento essencial do fenómeno responsabilizante – por o princípio *casum sentit dominus* ser um vector da responsabilidade civil, *i.e.*, para que o fardo do dano passe do lesado para o lesante exige-se um fundamento bastante, permanecendo, caso contrário, com o lesado -, e de modo a não enviesar todo o processo argumentativo, é importante esclarecer a nossa posição acerca do que se entende por *dano*.

A construção de um fundamento bastante pode assumir diversas formas (*e.g.*, na responsabilidade subjectiva *v.* objectiva) e cada uma delas é entretida por uma complexidade de pressupostos, por nós sobejamente conhecidos, activando uma dialéctica entre liberdade e responsabilidade que imagetivamente se pode representar como um processo de filtragem sucessiva. Um dos requisitos desse fundamento bastante passa pela relevância do dano para o direito. O critério de definição dessa relevância – do objecto do dano⁴⁵ - é ponto de discórdia, merecendo atenção por dele depender a compreensão de todo o fenómeno indemnizatório.

GOMES DA SILVA dedica-se à problematização do dano⁴⁶ e identifica dois tipos de teorias: abstractas e concretas⁴⁷. CASTRO MENDES, embora na linha de GOMES DA SILVA, opta por outro esquema e aborda outras propostas de objecto de dano, dividindo-as em três grandes grupos - as objectivas, as subjectivas e as intermédias⁴⁸.

⁴⁴ Assim, ANDRADE, *Teoria Geral das Obrigações*, p. 348.

⁴⁵ CASTRO MENDES, embora acolhendo esta designação de DE CUPIS, sugere a de *objecto da danificação*. Não procuramos o objecto do dano, mas sim compreender a sua essência através da determinação da realidade em que incide. *Vide*, CASTRO MENDES, *Do conceito jurídico de prejuízo*, p. 9.

⁴⁶ O A. considera que o dano se pode materializar em quatro formas: “perda ou deterioração dum bem existente no património do ofendido”; “gastos extraordinários que, em virtude da lesão dum direito, o ofendido é obrigado a fazer”; “desaproveitamento de despesas já feitas” e “lucros cessantes”. Assim, GOMES DA SILVA, *O dever de prestar e o dever de indemnizar*, pp.117-8.

⁴⁷ De igual modo, PEREIRA COELHO, *O nexó de causalidade na responsabilidade civil*, pp. 160-2.

⁴⁸ Nas teorias objectivas, o objecto do dano seria uma coisa ou algo a si ligado, enquanto que para as subjectivas este seria uma pessoa ou aspecto da personalidade. Nas intermédias regista-se uma miscigenação de elementos objectivos e subjectivos, integrando o A. a proposta de ROCCO, em que o dano, objectivo, é uma lesão a algo subjectivo; a de EHRENZWEIG, A. de uma concepção objectiva e uma subjectiva de dano; e a daqueles que o vêem na lesão de um interesse enquanto conexão entre uma pessoa e um bem, *quod inter est*, como GAREIS e ANTOLISEI. Assim, CASTRO MENDES, *Do conceito...*, p. 13.

As primeiras, das quais se afasta GOMES DA SILVA, definem o dano como a diferença⁴⁹ entre o valor de um património antes e depois de uma determinada lesão. Encaram a reparação quase como uma mera alocação de despesas, não sendo por isso, critica o A., condicentes com o escopo primário da responsabilidade, espelhado na prevalência do princípio da restituição natural⁵⁰. Ademais, desconsideram os lucros cessantes (que ainda não integram o património) e as despesas que por virtude do dano se tornam supérfluas. O A. critica-lhes, ainda, a fusão de vários danos sob a alçada da diminuição patrimonial, prejudicando a concretização dos vários pressupostos e diligências judiciais⁵¹. Acrescentaríamos ainda que estas visões se revelam imprestáveis para danos sem repercussão patrimonial⁵², que à sua luz nunca seriam considerados tão pouco como existentes⁵³. Além disso, definir, mesmo que seja um dano patrimonial, pela ideia de diferença revela uma contribuição dogmática de somenos, limitando-se a remeter para um mecanismo que é prestável para a determinação do *quantum indemnizatório* do dano patrimonial, mas escusando-se a uma concretização conceptual que deveria estar pressuposta e, por isso, construída *ex ante*.

CASTRO MENDES integra estas teorias abstractas no que, no seu esquema, apelida de teorias objectivas e, além da perspectiva *supra* em torno da diferença no valor patrimonial – cuja paternidade atribui a PAULUS, de cujos seguidores seus contemporâneos destacamos FISCHER⁵⁴ e VON TUHR –, apresenta-nos ainda a perspectiva de MAZEAUD e ENNECCERUS-LEHMANN, AA. que conceptualizam o dano distinguindo o *dano jurídico lato sensu* do *dano patrimonial*⁵⁵. Acompanha todas as críticas do seu antecessor, e aponta-lhe adicionalmente o paradoxo de originar a identificação de

⁴⁹ A qual é chamada de *interesse*, mas que não deve ser confundida com o *interesse* mobilizado pelas perspectivas do dano concreto.

⁵⁰ Pode parecer uma crítica infundada, porque se a responsabilidade civil tem finalidade reparadora é essencial que se saiba o que reparar – o se liga à ideia de diferença -, contudo a sua axiologia fundamentante requer que o lesado seja colocado o mais possível na situação em que estaria não fora o dano, interessando em primeira linha a reparação específica. Ora se apenas se conceber o dano como uma diminuição valorativa, a reparação da situação hipotética por via pecuniária será a única forma possível de o fazer, quando a dinâmica do sistema (e a lei) a consideram, somente, como um sucedâneo.

⁵¹ Assim, GOMES DA SILVA, *O dever...*, pp.119-21.

⁵² Neste sentido, *apud* CASTRO MENDES, OERTMANN e WALSMANN. *Vide, Do conceito...*, p. 15.

⁵³ Não ignoramos que o A. ressalva que se está a referir à concepção de dano para efeitos de dano patrimonial, mas parece-nos que esta crítica é válida apesar disso, porque o entendimento que se sufrague sobre o *dano jurídico* terá que ser apropriado para danos patrimoniais e não patrimoniais.

⁵⁴ Reduz o conceito de dano ao de *interesse*, i.e., “dano patrimonial avaliado em dinheiro e calculado dum modo preciso segundo a fórmula diferencial”. Cit., FISCHER, *A reparação...*, p. 34.

⁵⁵ CASTRO MENDES, *Do conceito...*, pp. 14-5.

alienações patrimoniais gratuitas com danos, pois em ambos os casos se cumpre a premissa de diminuição do valor patrimonial⁵⁶.

Em contraponto, existem aqueles, como PORTI e MINOZZI, que defendem a visão concreta de dano⁵⁷, identificando o seu objecto com um bem jurídico⁵⁸. CASTRO MENDES, que ainda a integra na categoria das objectivas, afasta-se destas perspectivas, nomeadamente afirmando que o objecto de tutela jurídica é o interesse que esse bem representa para uma pessoa, e não o bem em si⁵⁹. GOMES DA SILVA critica-lhes ainda a incapacidade de justificar a *compensatio lucri cum damno*, por o foco no bem concreto obstar a que repercussões benéficas laterais sejam tidas em conta – o que só será possível através de um olhar à generalidade do património⁶⁰, o que, como aponta PEREIRA COELHO, convoca a teoria da diferença⁶¹. A reparação da situação hipotética do lesado, ou o facto causador do próprio dano, não podem conceder-lhe benefícios que de outro modo não teria, com vista a não contrariar o escopo primário da responsabilidade civil,

⁵⁶ Para subverter esta crítica, alguns AA. – destaque para VON TUHR – acrescentaram ao dano a nota de alteridade, *i.e.*, a diminuição patrimonial somente consistiria num dano se houvesse concurso da vontade de outra pessoa que não a que vê o seu património diminuído. Como certamente aponta CASTRO MENDES [*Do conceito...*, p.17], a nota de alteridade não obstará a que actos como a *penhora* fossem havidos como danos, uma vez que a apreensão judicial de bens do executado não depende da sua vontade, mas sim do poder coercitivo do Tribunal. A este respeito, LEBRE DE FREITAS, *A Acção Executiva à luz do Código de Processo Civil de 2013*, p. 231-2.

⁵⁷ CASTRO MENDES, criticando GOMES DA SILVA, observa que esta qualificação das teorias em abstractas e concretas não apresenta uma densidade concludente, variando somente em função da concretização do objecto do dano, apontando-lhe, ainda, a dificuldade em alcançar um conceito de dano concreto. Assim, *Do conceito...*, p. 11.

⁵⁸ Enquanto “expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objecto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso”, cit., FIGUEIREDO DIAS, *Direito...*, p. 114. Ou, sinteticamente, nas palavras de PEREIRA COELHO, “bem jurídico é o bem juridicamente tutelado”, cit., PEREIRA COELHO, *O nexo...*, p. 160.

⁵⁹ Acompanhando, assim, as críticas de CARNELUTTI e ANTOLISEI, que exemplificam a sua posição recorrendo ao tipo penal de *furto*, pelo qual somente se tutela a posição a pessoa face ao bem. Assim, CASTRO MENDES, *Do conceito...*, pp. 16-7. Poderíamos, sem sair do direito civil, apontar a insusceptibilidade da destruição de *res nullius* desencadear responsabilidade civil.

⁶⁰ O A. [GOMES DA SILVA, *O dever...*, pp.121-2] refere ainda a inexistência de dano por da privação de um bem nem sempre resultar um prejuízo, quer por, no caso concreto, o titular não poder, de qualquer modo, dele dispor, quer por o próprio bem não ter utilidade naquele momento. O exemplo avançado pelo A. respeita à responsabilidade obrigacional - à ausência de prejuízo em virtude da mora do devedor - mas julgamos que, atendendo às diferenças fundamentais entre os dois tipos de responsabilidade, e estando nós a tratar essencialmente do dano respeitante à responsabilidade extracontratual, esse pode não ser totalmente adequado. Pense-se, procurando estar na mesma linha de suposta irrelevância do dano concreto em determinadas circunstâncias, que A parte para férias prolongadas, não tendo data de regresso planeada, e deixa o seu automóvel estacionado na sua garagem. Ao chegar ao destino é informado que uma inundação atribuída ao seu serviço de distribuição de água, lhe danificou irreversivelmente o automóvel. A não tem previsões quanto à data em que, de facto, voltará a precisar do automóvel, mas não temos dúvidas em afirmar que sofreu um dano. O gozo do direito de propriedade sintetiza o poder de usar, fruir e dispor, seja de facto, seja em potência, e o facto de A não estar em condições de gozar o seu automóvel em data determinada em nada releva para a existência do seu dano.

⁶¹ Assim, PEREIRA COELHO, *O nexo...*, p. 161.

devendo tal ser tido em conta. De qualquer modo, o reconhecimento da importância deste olhar geral ao complexo patrimonial não representa uma qualquer adesão às teorias abstractas, pois a ponderação da *compensatio* é feita *ex post* (dano reparável) relativamente ao que aqui nos convoca (dano *per se*) – reforçando a compreensão binária de dano que propusemos *supra*⁶².

Já dentro da classificação *teorias subjectivas*, CASTRO MENDES insere uma posição não abordada por GOMES DA SILVA, que identifica o objecto do dano com o direito subjectivo, defendida, *inter alia*, por FERRINI. Além de representar uma falácia *circulus in demonstrando*⁶³, ignora que o dano não tem que implicar necessariamente um direito, nem tão pouco um direito subjectivo, admitindo-se igualmente a tutela de interesses legalmente protegidos⁶⁴. Acrescentaríamos, ainda, que esta concepção enubla as diferenças entre a *ilicitude* e o *dano*, pondo em causa a dinâmica do sistema de responsabilização⁶⁵.

Partindo da sua esquematização de danos possíveis, GOMES DA SILVA avança que o objecto do dano não pode depender daquela repercussão no património, ou da lesão de um bem ou direito concretos, porque a sua relevância jurídica é meramente determinada pela “sua aptidão para realizar fins humanos”⁶⁶ - a tutela não é do bem jurídico, mas sim do interesse subjacente, *i.e.*, o dano é a lesão⁶⁷ do interesse⁶⁸.

⁶² Em parte, CASTRO MENDES, *Do conceito...*, p. 23.

⁶³ Por concluir que o direito tutela interesses juridicamente protegidos. Assim, MEZGER, E., *Tratado de derecho penal*, 1946, p. 384 *apud* CASTRO MENDES, *Do conceito...*, p. 18.

⁶⁴ A este propósito, veja-se, igualmente, AGOGLIA, *El daño jurídico, enfoque actual*, pp. 11-3.

⁶⁵ Cremos ser isso que GOMES DA SILVA argui quando afirma que “a violação do direito há-de verificar-se, portanto, pela desvinculação do bem ao fim (...)”, enquanto que o dano é “o resultado da desvinculação do bem ao fim e não a própria desvinculação”. O A. articula expressamente o facto de o dano não se limitar ao âmbito de um direito subjectivo violado – por o interesse subjacente a um determinado direito não ser compreendido isoladamente (*e.g.*, ofensa a um direito de propriedade pode resultar em lesão de interesses patrimoniais e não patrimoniais) e por se reconhecer a viabilidade de danos não compreendidos no âmbito de tutela de qualquer direito (*e.g.*, os referidos gastos extraordinários), mas alerta para a impossibilidade de *dano* sem a *violação dum direito*. Tal não deve ser confundido com a identificação do objecto do dano no direito, é somente uma referência à imposição da verificação de ilicitude. O contexto legal destas reflexões era o Código de Seabra, cuja letra do art. 2361.º circunscrevia a ilicitude ao que hoje identificamos como primeira modalidade – a violação de um direito absoluto. *Vide*, GOMES DA SILVA *O dever...*, pp. 127-9.

⁶⁶ *Cit. idem*, p. 123. Com evidente influência de VON TUHR, que via o dano na afectação de utilidades de um bem, não no próprio bem. Assim, CASTRO MENDES, *Do conceito...*, p. 22.

⁶⁷ Por lesão não deve entender-se, como CARNELUTTI, *o facto de lesar*, sob pena de se voltar à mesma posição de que nos pretendemos afastar, mas sim o resultado do acto de lesar (restabelecendo a fronteira entre a ilicitude e o dano). Nem outro entendimento seria compatível com o ordenamento jurídico português. Assim, na linha de ANTOLISEI, CASTRO MENDES, *Do conceito...*, p. 21.

⁶⁸ Mesmo assim, esta perspectiva seria ainda classificada como concreta, para GOMES DA SILVA, e como subjectiva para CASTRO MENDES. Respectivamente, *O dever...*, p. 126 e *Do conceito...*, p. 20.

Assim, e ao contrário das visões que analisámos até ao momento, que identificam a relevância jurídica do dano com o seu objecto⁶⁹, GOMES DA SILVA separa as duas realidades. O objecto do dano (imediatamente) é o bem jurídico – o que é condicente com o necessário nexos entre o âmbito de tutela do direito e os danos registados -, mas a causa da sua relevância jurídica está na *frustração de um fim humano*, i.e., de um interesse humano naquele bem (objecto mediato), o qual é tutelado pelo direito⁷⁰. Assim, é possível atingir o bem e não se registar um dano, por não se lesarem os fins humanos que aquele cumpra^{71 72}.

Deste modo, contrariamente às teorias afastadas *supra*, seria possível explicar a relevância da ressarcibilidade de lucros cessante e despesas desaproveitadas; não se contrariaria a prevalência da reparação natural (se possível e se não excessivamente onerosa, representando a indemnização pecuniária um sucedâneo), e permite que se mantenha a ponderação da *compensatio lucri cum damno*⁷³. Esta posição, diz-nos o A., justifica ainda que, atento o interesse, a indemnização possa ser superior ao que seria se se adoptasse uma visão concreta de objecto no bem jurídico, pois, caso o dano a um

⁶⁹ Assim, CASTRO MENDES, *Do conceito...*, p. 9.

⁷⁰ *Idem*, p. 24.

⁷¹ E o mesmo justifica, no nosso entender, que a penhora não seja havida como um dano, pois embora nela não concorra a vontade do executado, e olhando a dialéctica do sistema, a propriedade como garantia geral das obrigações é um dos fins que concretiza a própria concepção de propriedade. Por isso, mesmo sendo uma coerção do sistema, está para as dimensões da propriedade plena, como a responsabilidade está para a liberdade – não a limita, densifica-a. Talvez possamos encontrar sustentáculo para esta consideração das múltiplas faculdades da propriedade plena (quer em liberdade, quer em responsabilidade) na exposição que CASTRO MENDES faz a propósito da superação, por GOMES DA SILVA, da dificuldade em conciliar esta teoria com a aparente irrelevância dos fins, no que respeita ao direito de propriedade, que levam o primeiro A. a questionar se estaríamos diante de uma *heterogénea noção de dano*. Acaba por concluir que não, porque GOMES DA SILVA sustenta que o dano engloba a frustração de *todos os fins lícitos*, não de um *certo fim*. Assim, CASTRO MENDES, *Do conceito...*, p. 25-6. De qualquer modo, desconfiamos da premissa que o ordenamento jurídico seja indiferente aos fins da propriedade, e parece-nos que o A. acaba por aceitar isso mesmo (embora não o assuma), pela ampliação a todos os fins lícitos. A preocupação com os fins, não contraria a sua plenitude e exclusividade, somente advém da afirmação de *ius abutendi* como direito de gozar, mas não de abusar (podendo, nomeadamente, convocar-se a figura do abuso de direito) e pela necessidade de compatibilização de interesses alheios (fundamento das inúmeras limitações, e.g. relações de vizinhança) – consolidando a passagem da função pessoal à função social da propriedade. Assim, CARVALHO FERNANDES, *Lições de Direitos Reais*, pp. 199 e ss.

⁷² CASTRO MENDES, embora concordando, propõe que a relevância jurídica esteja na *diminuição de auxílio*, ou da sua reserva, prestado pelas coisas e pelas outras pessoas. Assim, CASTRO MENDES, *Do conceito...*, pp. 26-8. Embora julgemos útil o acompanhamento e incremento que o A. fez à contribuição de GOMES DA SILVA, esta sua proposta afigura-se, no nosso entender, menos clara, e por isso menos útil, que a daquele outro A.

⁷³ Se, como dissemos *supra* esta ponderação se coloca a propósito da determinação do *quantum* indemnizatório, não definindo o dano *per se*, pode questionar-se a viabilidade de continuar a esgrimir este argumento. Ora, apesar disso, e igualmente olhando à prevalência da reparação natural, o facto de ambos entrarem em jogo somente com a emergência da obrigação de indemnização, a unidade e racionalidade dialéctica do sistema, justifica que, mesmo que não determinem a noção positiva de dano (e.g., o foco na reparação natural poderia favorecer a teoria concreta, e o foco na *compensatio* a abstracta), tenham algo a dizer na construção do que não poderá configurá-la.

determinado bem inviabilize a utilização de outros bens (*e.g.*, dano, em sentido natural, à parte de um espólio diminui o valor de mercado de todos os outros, mesmo que não directamente danificados), esses integrarão o interesse danificado, sendo este, desse modo, de valor superior ao do bem imediatamente atingido⁷⁴.

A relevância desta breve alusão ao conceito de dano é significativa, no nosso entender, dada a singularidade do tema que aqui nos convoca. A perspectiva preconizada por GOMES DA SILVA afigura-se-nos como a mais acertada e por isso perfilhá-la-emos, por todas as razões *supra* aduzidas.

A contraposição entre o dano patrimonial e o dano não patrimonial expõe as diferenças frequentemente apontadas como razões das resistências à sua ressarcibilidade, contudo estas são, verdadeiramente, as suas características essenciais, devendo, desse modo, contribuir para a emancipação de uma formulação positiva do seu conceito - ao contrário da comum circunscrição negativa enquanto *danos insusceptíveis de avaliação pecuniária*⁷⁵. Ao mesmo tempo, estas particularidades podem dificultar a coerência com o conceito de dano abraçado *supra* (lesão de um interesse), pela fragilidade, *prima facie*, da circunstância de não se verificar (exclusivamente, ou de todo) um dano patrimonial⁷⁶ - o que suscitaria menos hesitações. Assim, a imaterialidade subjacente ao dano não patrimonial e correspondente ausência de uma concretude que está presente no dano patrimonial, podem facilitar, pela similar abstracção dos *relata*, a consideração de um conceito de dano enquanto consequência de lesão de um bem jurídico ou de direito subjectivo - porque o objecto mediato e o objecto imediato são ambos imateriais. Contudo, por necessidade lógica, não podemos conceber que a essência do dano se altere mediante a sua qualificação como patrimonial ou não patrimonial – até porque o mesmo facto lesivo,

⁷⁴ O A. arguiu que é, igualmente, por a tutela se orientar pelo interesse, que se justifica o princípio *minimis non curat praetor*, pois lesões insignificantes não o põe em causa (referindo o exemplo de escola do furto de um grão de trigo de um celeiro farto) – expressamente consagrado a propósito do dano não patrimonial. Sobre tudo, *idem*, pp. 123-5.

⁷⁵ *Inter alios*, ALMEIDA COSTA, *Direito...*, p. 592.

⁷⁶ A nossa referência à exclusividade do dano patrimonial pretende salvaguardar a possibilidade de, pelo mesmo facto, poderem surgir danos patrimoniais; não patrimoniais e, concomitantemente, danos patrimoniais e não patrimoniais.

que atinja o mesmo bem (objecto imediato), poderá lesar (mediatamente) interesses de ordem material e/ou imaterial⁷⁷.

Concebendo-se o dano como lesão de um interesse juridicamente tutelado, o dano não patrimonial consubstanciará a especificidade de o interesse em questão ser de ordem imaterial⁷⁸. Esta concepção de dano não patrimonial enquanto lesão de um interesse imaterial⁷⁹ afigura-se-nos manifestamente distinta da, correntemente usada, formulação negativa que convoca a insusceptibilidade de avaliação pecuniária – aliás presente no próprio termo *dano não patrimonial*. Isto não significa que neguemos essa impossibilidade objectiva de quantificação, apenas pretendemos salientar que, em rigor, o dano-pressuposto talvez não deva conceptualizar-se por recurso a essa insusceptibilidade, porque ela é uma mera decorrência da natureza imaterial do interesse, e não a sua característica distintiva. O mesmo vale para o dano patrimonial, cujo entendimento absorvido pela teoria da diferença conduz a um apagamento do dano-pressuposto enquanto lesão de um interesse (com expressão pecuniária, material), para o vislumbrar *ab initio* como a diferença entre a situação patrimonial do lesado antes e depois da verificação do facto – aproximando-se assim, mesmo que não intencionalmente, de um entendimento abstracto do dano e arriscando a desconsideração de interesses juridicamente tutelados ou a confusão, e errada rotulação, de danos (com consequências no seu regime de ressarcibilidade). Por isso, mesmo que se aponte este excursus como irrelevante, porque *in ultimo* estaríamos a falar da mesma coisa, ou que se acuse ser uma reflexão atracada ao significado das palavras, essas não nos parecem críticas justas, porque além de aquela forma de conceber o dano não patrimonial remeter – e quando transplantada, *mutatis mutandis*, igualmente para o dano patrimonial – para uma ideia de diferença, e assim uma concepção abstracta de dano que afastámos *supra*, pode representar um obstáculo à ressarcibilidade destes danos na *praxis*, e assim cumplicidade com a frustração dos fins da responsabilidade civil - e com ela a

⁷⁷ Como um exemplo mais difícil, aponta MAFALDA MIRANDA BARBOSA o dano da morte, não sendo clara a distinção entre o bem/direito violado e os interesses correspondentes. Assim, *Liberdade vs. Responsabilidade: a precaução como fundamento da imputação delitual?*, pp. 206-7.

⁷⁸ Convocando, uma vez mais, a distinção de GOMES DA SILVA, entre o objecto imediato e mediato do dano, a imaterialidade do interesse atingido não deve ser confundida com a (i)materialidade do bem. Pode ser directamente atingindo um bem material e o dano consistir, adicionalmente ou não, na lesão de um interesse imaterial.

⁷⁹ Assim, GALVÃO TELLES, *Manual de Direito das Obrigações*, pp. 201-2.

mitigação da própria liberdade e compreensão da responsabilidade como densificação da personalidade, pela denegação de justiça⁸⁰.

3. Do dano moral ao dano não patrimonial

Um argumento frequentemente utilizado para afastar a ressarcibilidade de danos não patrimoniais de pessoas colectivas resume-se em afirmar a sua incapacidade para sentir dor – assim o afirmou, *inter alios*, RENATO SCOGNAMIGLIO, dizendo ser “(...) impossibile concepire un danno morale della persona giuridica, che, difettando della personalità psicofisica, non potrà certo subire un dolore per qualsiasi offesa alla sua reputazione”⁸¹.

Esta posição ancora-se na corrente tradicional que identifica o dano não patrimonial com o dano moral puro, *i.e.*, com uma afectação ao estado de espírito do lesado, aos seus valores morais, materializando-se, *v.g.*, na provocação de tristeza, ansiedade, sofrimento⁸². Contudo não se revela adequada às considerações que viemos tecendo⁸³, e à concepção de dano não patrimonial enquanto lesão de um interesse imaterial juridicamente tutelado. Se é certo que o âmbito tradicionalmente identificado ao dano moral encontrará protecção sob a

⁸⁰ Estão sobejamente registados os mal-entendidos, doutrinários e jurisprudenciais, na distinção destes diferentes danos – *e.g.*, tomar como danos não patrimoniais os que em rigor sejam patrimoniais mas difíceis de quantificar; considerar como patrimoniais os que sejam não patrimoniais, de modo a obstar aos ardis de sistemas constritos. Assim, VELOSO, *Danos...*, p. 500. Outra manifestação da mesma agrura pode encontrar-se no recurso a figuras híbridas como na importação do *dano biológico* italiano.

No que ao nosso tema diz respeito, podemos referir que se nota uma tendência para mais facilmente atribuir compensação por dano não patrimonial a pessoa colectiva quando não haja, concomitantemente, um dano patrimonial, mas negá-la quando este esteja presente. *E.g.*, a propósito da jurisprudência do TRL, nos Acs. de 23 de Março de 2010 e de 8 de Maio de 2012, em que não ficaram provados danos patrimoniais, o TRL não teve dúvidas em compensar os danos não patrimoniais, mas, nos Acs. de 23 de Setembro de 2007 e de 18 de Fevereiro de 2014, onde se registava a sua concorrência com a de danos patrimoniais, o mesmo Tribunal decidiu indemnizar somente os danos patrimoniais (reconduzindo a discussão para a mera relevância do dano patrimonial reflexo, um tema a que voltaremos *infra*). Podemos, assim, talvez arguir que, verificado um dano susceptível de avaliação pecuniária, menos facilmente se indagará pelo simultâneo ou concomitante dano insusceptível de avaliação pecuniária, e para tal contribui, certamente, a querela e incerteza acerca da sua ressarcibilidade a pessoas colectivas. Tal talvez pudesse ser mitigado se, nos nossos quadros mentais, estivessem mais nítidas as diferenças entre o dano-pressuposto, como lesão de interesse, e o dano reparável, assim como entre a materialidade ou imaterialidade do interesse em causa – facilitando a aceitação da sua possível verificação autónoma e concomitante.

⁸¹ Cit. SCOGNAMIGLIO, *Il danno morale (contributo alla teoria del danno extracontrattuale)*, pp. 327.

⁸² Assim, VISINTINI, *Trattato Breve della Responsabilità Civile*, p. 656.

⁸³ E, curiosamente, como nota MARIA MANUEL VELOSO, essa diérese, no ordenamento jurídico italiano, foi levada a cabo pela jurisprudência a respeito do dano não patrimonial da pessoa colectiva. Assim, *Danos não patrimoniais a sociedade comercial?*, p. 34. Igualmente, VISINTINI, *Trattato...*, pp. 656-7 e FUSARO, *I diritti della personalità dei soggetti collettivi*, pp. 248-51. E este propósito, considere-se a discórdia causada, no ordenamento jurídico brasileiro, pela formulação da Súmula n.º 227 do STF(Br) – “a pessoa jurídica pode sofrer dano moral”. Assim, BARRETO, *A pessoa jurídica como sujeito passivo do dano moral*, p. 95 e LOTUFO, *Dano moral da pessoa jurídica*, pp. 288-97.

alçada do dano não patrimonial, o contrário não se verifica, pelo que aquela, por si só, não basta. Há mais interesses imateriais tutelados pela ordem jurídica que não podem ser desconsiderados (tanto de pessoas singulares, como de pessoas colectivas), quer a propósito da responsabilidade delitual, *e.g.*, como o nome e a privacidade, quer a propósito da responsabilidade obrigacional⁸⁴. Veja-se, a título de exemplo, o caso paradigmático da *honra*. Como veremos *infra*, a honra enquanto bem jurídico consubstancia duas dimensões – uma interna, ligada à auto-estima, e uma externa, ligada à reputação. Uma ofensa à honra na sua vertente interna pode materializar um típico dano moral, mas, se mantivéssemos aquela visão restrita, uma lesão à sua vertente externa já não o seria⁸⁵.

Assim, a recusa de compensação de danos não patrimoniais pela sua identificação com o dano moral não é um argumento procedente⁸⁶, pois resulta de uma compreensão pouco rigorosa⁸⁷ do conceito de dano não patrimonial.

⁸⁴ Estas considerações ajudam a enfraquecer, igualmente, os argumentos de quem – como veremos *infra* – negue a compensação a pessoas colectivas com escopo lucrativo (embora não às que não o tenham) invocando que a consideração do dano não patrimonial exige da pessoa um “sentido ético-jurídico”. Uma concepção de dano não patrimonial que se afaste do dano moral não se alicerça em exigências desse tipo (aliás, pouco nítidas). Naquele sentido, CARNEIRO DA FRADA, *Danos...*, p. 46.

⁸⁵ Outros casos típicos de danos não patrimoniais, que não encontrariam abrigo na formulação de *dano moral*, são, *e.g.*, o dano estético e o sofrimento físico *Vide*, VELOSO, *Danos...*, p. 498.

⁸⁶ No mesmo sentido, VELOSO, *Danos não patrimoniais a sociedade comercial?*, pp. 34-5.

⁸⁷ Assim, PINTO MONTEIRO, *Sobre a reparação dos danos morais*, p. 18-9. Apesar dessa posição, mais recentemente, o A. manifestou-se contra à compensação de danos não patrimoniais a pessoas colectivas arguindo que o conceito de dano não patrimonial não se adequa às mesmas, sendo necessariamente um dano ligado à subjectividade humana. *Vide*, PINTO MONTEIRO, *A indemnização por danos não patrimoniais...*, pp. 126-9.

CAPÍTULO III

A personificação colectiva

1. Preliminares

Superado o argumento em torno dos conceitos de dano e de dano não patrimonial, abordaremos agora uma segunda resistência, que se prende com a capacidade colectiva. Com alguma regularidade, os tribunais portugueses – sobretudo se perante uma sociedade comercial – arguem o princípio da especialidade como um obstáculo à compensação por danos não patrimoniais.

Sem pretensões de empreender uma demanda histórica, não nos escusamos a uma, prévia, contextualização da matriz e evolução daquilo que hoje se entende por personificação colectiva. Embora não ignoremos que a nossa referência linguística é um termo do séc. XIX, julgamos que tal não obsta a que se interpele o núcleo problemático do instituto⁸⁸.

De seguida procuraremos caracterizar o modo de formação das pessoas colectivas, e compreender o alcance dogmático do princípio da especialidade, analisando algumas propostas para a sua superação e o seu contributo para a contestação desta resistência à compensação de danos não patrimoniais.

2. Breves considerações históricas

2.1. No Direito Romano

A personificação colectiva, enquanto conceito operativo, é fruto do pensamento sistemático da modernidade, mas, desconsiderando esta abstracção e atentando especificamente na personalidade colectiva enquanto *núcleo problemático*, encontramos no Direito Romano centros de imputação autónomos - distintos dos seus membros - cujas características não são alheias às que hoje identificamos no ente colectivo.

⁸⁸ No mesmo sentido, COSTA GONÇALVES, *Pessoa Colectiva e Sociedades Comerciais*, p. 103.

Embora na época arcaica⁸⁹ já se identificassem associações de pessoas – com fins culturais e político-religiosos, *sodalitates* e *collegia*, e profissionais, *collegia opificum* -, estes não tinham relevância jurídica, sendo o maior contributo a registar o da *liberdade de associação*, que sustentou o trabalho dos juristas da época clássica - não só a época áurea do direito romano, mas também, neste, o período mais profícuo para o tema que aqui tratamos⁹⁰. Com efeito, na época clássica, devido à declaração do *Edictum Perpetuum* (130 d.C.), passam a ser identificáveis soluções de organização de interesses comuns com relevância jurídica – *universitatis* e *municipia* -, pela consagração de *actiones*, quer a favor dos *cives* contra estas realidades, quer ao dispor das mesmas, reconhecendo-se-lhes, igualmente, capacidade jurídica para alforriar escravos e capacidade sucessória. Além disso, identificavam-se-lhes características que ainda hoje vemos como essenciais para a personificação colectiva. Talvez o mais importante seja o reconhecimento da autonomia patrimonial, separando-se a *res propria* da *res communis*, o que, conseqüentemente, implica uma separação dos débitos e créditos da colectividade face aos dos seus membros⁹¹, *i.e.*, autonomia na imputação jurídica. Enquanto conseqüências necessárias deste tipo de soluções, são de registar, também, preocupações representativas – a colectividade escolhe representantes que actuam por si, tendo-se as acções dos mesmos por acções do colectivo, e entendendo-se que a direcção da colectividade é produto das decisões dos seus membros – *i.e.*, formação de vontade pela maioria. Pela *associação*, verificava-se, igualmente, já uma ideia de colegialidade, impondo-se a presença de pelo menos três pessoas para a criação da *universitas*. Contudo, essa nova realidade não seria destruída se, posteriormente, fosse reduzida a um só elemento – o que evidencia a independência do seu estatuto, enquanto *corporação*, face ao dos seus membros, a qual se reflecte, *e.g.*, na manutenção da cisão entre patrimónios. Outro ponto de contacto com a personificação colectiva hodierna é o da auto-regulamentação, uma vez que a *universitas* dispunha de estatuto (*lex collegii*) redigido pelos seus membros de acordo com a sua vontade (dentro dos parâmetros legais)⁹². A época pós-clássica – da extensão da cidadania, passando pelo processo de vulgarização e ampliação do *ius romanum*, e culminando na

⁸⁹ Seguiremos o método de periodificação jurídico interno de ÁLVARO D'ORS, mas com a adicional autonomização da época pós-clássica justiniana, na senda de SEBASTIÃO CRUZ.

⁹⁰ Assim, COSTA GONÇALVES, *Pessoa Coletiva e ...*, pp. 108-13.

⁹¹ “*Si quid universitati debetur, singulis non debetur: nec quod debet universitas singuli debent*”, ULPIANUS, D. 3.4.7.1.

⁹² Sobre tudo, COSTA GONÇALVES, *Pessoa Coletiva e ...*, pp. 113-8.

cisão do Império - é um período de extrema complexidade, pelo que destacaremos somente o contributo, nos 35 anos de JUSTINIANUS, no qual se identifica a matriz do que hoje conhecemos por fundações (*i.e.*, patrimónios personificados) na intensificação e prolixas referências a doações e legados pios no *Codex* e nas *Novellae*⁹³.

A coincidência de núcleo problemático entre a personificação colectiva actual e as soluções que sucintamente referimos no direito romano são por demais evidentes, mas não se pode afirmar que este direito a tenha conhecido. Em primeiro lugar, o *ius personarum romanum* não designa como *personas* entes que não sejam seres humanos (entre os quais distinguia os *livres* e os *escravos*, reservando aos primeiros a qualidade de sujeitos de direito), e o seu conceito de *persona* não é coincidente com o nosso, uma vez que não era sustentado num entendimento onto-filosófico densificante, mas sim no quadro mental do singular por oposição ao plural – pensamento que se mantém mesmo quando a pluralidade é reduzida a um concreto aglomerado (como as referidas *universitas*), não sendo personificado apesar de se lhe identificarem aspectos comuns às correntes pessoas colectivas. Esta insuficiência filosófica reflecte-se numa insuficiência terminológica, mas, por estarmos diante da personalidade colectiva, e, por isso, estar ausente aquela nota ontológica, a relevância destes aspectos comuns não se desvanece. É de notar, adicionalmente, que a casuística romana não propiciava a conceptualização, apelando à lógica e à retórica (sem referência a uma axiologia específica), e apartando-se, desse modo, de uma ideia de sistema que viria a ser fruto da Modernidade - tal como outros factores essenciais à personificação colectiva⁹⁴.

2.2. Na Idade Média

No caminho para a abstracção conceptual, é fulcral mencionar a passagem para a Idade Média e a influência da teologia cristã, permitindo, pelo antropomorfismo, o reconhecimento de uma ontologia, ausente na antiguidade romana⁹⁵. O maior contributo deve-se à pena de DEI FIESCHI (mais tarde Inocêncio IV), que, procurando responder à

⁹³ *Idem*, pp. 118-25.

⁹⁴ *Vide, idem*, pp. 128-39.

⁹⁵ Para uma profunda análise do contributo da Patrística, *vide* COSTA GONÇALVES, *Pessoa Coletiva e ...*, pp. 141-77.

natureza da *universitas*, alcança a que, desde então, se tem considerado como a primeira aproximação dogmática ao problema, a *teoria da ficção*, pela qual se reconhece que a unidade de uma dada realidade plural transcende a mera soma dos seus membros componentes, e que, por isso, se lhe deve aplicar um determinado regime jurídico (se compatível com a respectiva natureza), pensado para as pessoas, havendo-se essa realidade como *persona ficta et repraesentata* (referindo-se também à representação orgânica). Todavia, a emergência da *persona ficta* está dependente de um acto externo de autoridade, o qual determinará a sua natureza e limitações. O A. especificou *universitas* de substrato pessoal (*personarum*) e patrimonial (*rerum*), assim como de natureza pública ou privada e ainda eclesiástica ou civil, dando-lhe uma amplitude tal que viabilizou o seu acolhimento pelo *ius civile*. Este, até aí, não reconhecia esta unidade fundamental, vendo somente – destaque para a Magna Glosa de ACURSIUS, e para os Glosadores – a *universitas* como não mais que produto da soma dos seus membros. Os Comentadores encarregar-se-iam deste acolhimento, facilitado pelo seu extenso conhecimento, além do Civil, de Direito Canónico. O conceito do termo *universitas* foi alargado, pela elaboração de comentários que a ele reconduziam soluções de núcleo problemático semelhante e já previstas no *Corpus Iuris Civilis*. BARTOLUS destaca-se por *reinventar* a teoria da ficção num contexto realista, por oposição ao originário negativista⁹⁶. Pela primeira distinção entre realidade jurídica e ontológica, o A. identificou, como a Patrística antes de si, as pessoas físicas com a realidade ontológica, não negando, ao contrário daqueles AA., a realidade da *universitas* - embora não ontológica (sem materialidade), mas uma verdade no e pelo Direito, *secundum fictionem iuris*⁹⁷.

Dos importantes contributos dos AA. humanistas da primeira sistemática⁹⁸ merece destaque o de DOMAT, que, ancorado na ideia romana de *universitas* enquanto corporação, trabalha essa ideia de *corpora* e é pioneiro em a apresentar no sistema, lado a lado com as pessoas físicas - não deixando de assinalar as claras diferenças de capacidade entre as ambas. Embora já fossem vistas como portadoras de direitos, obrigações e património diferentes dos dos seus membros, estas colectividades não eram personificadas, nem integravam, até aí, a *summa divisio* do direito das pessoas (entre escravos e libertos,

⁹⁶ *I.e.*, considerar-se determinados aglomerados como pessoas colectivas, mas sem concretizar a sua essência, meramente dizendo o que não são (pela negativa) e por isso não as reputar como parte da realidade. Sendo ficção, são uma não-existência. *Idem*, p. 177.

⁹⁷ Sobre a teoria da ficção, *idem*, pp. 177-97.

⁹⁸ *Vide, idem*, pp. 199-209.

mas sempre pessoas físicas). Com este paralelo sistemático, pela primeira vez, a *persona* deixa de corresponder unicamente ao *hominum* na ordem jurídica, reconhecendo-se-lhe, também, uma materialidade que estava ausente nas teorizações teológicas. Contudo, o Humanismo revelou-se um período de passagem, cujo caracterizador classicismo, expresso nas tentativas de purificar o direito romano – obliterando as construções medievais de Glosadores e Comentadores –, se torna imprestável perante uma nova concepção do ser e do mundo - o Jusracionalismo.

2.3. Da Modernidade à actualidade

A dúvida cartesiana, num contexto de busca de cientificidade, desconstrói a realidade exterior, não a subjectividade. A consciência de existência, por via da razão, é a primeira e única certeza (*dubito, ergo cogito, ergo sum*), não havendo espaço para a *fides* ou *auctoritas* típicas do Direito Romano, da Teologia Cristã e da Idade Média. Num corte radical com o passado, o teocentrismo cede ao antropocentrismo e à ciência jurídica cumpre desenvolver novas construções a partir do sujeito - *ohne Leitung*, na formulação Kantiana, excepto a própria razão. É de notar que o sujeito do racionalismo não é o mesmo que até aí, é agora um produto meramente racional, sem reconhecida ontologia, *dessubstancializado*, o que facilita a sua abstracção e, logo, o seu tratamento pela ciência jurídica – estamos diante da segunda sistemática, operando um pensamento do tipo dedutivo. No caminho para a personificação colectiva, distinguiu-se ALTHUSIUS, a quem se atribui a primeira referência à expressão *collectivus homo* e a procura pela tecnicidade do conceito de *pessoa* - a qual caracterizava como aquela que actua no comércio jurídico -, e PUFENDORF que desenvolve a sua contraposição entre entes morais e entes naturais, que mais tarde inspirariam as teorias da *juristische Person* do séc. XIX. Apesar de a conceptualização e libertação de antigas amarras do pensamento poderem criar o espaço adequado para construir um conceito técnico de pessoa, os esforços de ALTHUSIUS não tiveram uma progressão relevante nesta época, parecendo que o foco antropocentrista dificultou a dissociação de um conceito de pessoa que não se identifique com o ser humano – é, contudo, uma época frutífera e de *relocalização sistemática* desta reflexão para o campo do *ius gentium*, coincidente com a emergência dos Estados modernos⁹⁹.

⁹⁹ Sobre o jusracionalismo e outros AA., COSTA GONÇALVES, *Pessoa Coletiva e ...*, pp. 211-239.

A centralidade da figura estadual, a teoria de separação de poderes de MONTESQUIEU e o dualismo metódico kantiano são somente alguns dos factores que viriam a determinar a emergência do positivismo, em contra-corrente com a incerteza e aleatoriedade de fundar o *justo* na *recta ratio*, devendo o Direito passar a identificar-se com a lei, enquanto labor do poder legislativo (o preponderante) - se a realidade (númenos) só é acessível ao sujeito pela percepção, o *justo* e o *injusto* só relevam enquanto imanência, enquanto *fenómenos*, acentuando-se a face política do jurídico, uma vez que, cientificamente, só pode ser estudado o modo como o Direito surge. A Escola Histórica, pugnando pelo afastamento daqueles esquemas absolutos de racionalidade, afirmava o Direito como produto da *Volksgeist*, o que reclama, uma vez mais, a *auctoritas* (embora não ignorando a importância do método), mas agora associada à *potestas*, pela associação entre a juridicidade e a legalidade. Neste contexto, na terceira sistemática, destaca-se SAVIGNY¹⁰⁰ que, vendo a personalidade como uma consequência da capacidade, convocava a ficção para capacitar entes que não pessoas singulares, tornando-os, assim, em titulares de relações jurídicas. A sua influência dogmática foi notável para a difusão e desenvolvimento da personificação colectiva, exemplificado pelas diferenças entre a primeira e segunda edição do *Lehrbuch der Pandekten*, de PUCHTA¹⁰¹, e em AA. como WINDSCHEID. Pela influência do idealismo kantiano, a tecnicização conceptual da *fiction* do séc. XIX contrasta com o seu modelo canónico, mas é ainda uma teoria de carácter negativista, pela identificação do real com a pessoa física, núcleo do Direito - o que foi, aliás, inflamado pela sistematização pandectística de pessoas colectivas como titulares de relações jurídicas¹⁰².

Na inversão desta tendência a *Zweckdogma* de IHERING tem força motriz. Transmutando o direito subjectivo da *vontade* ao *interesse*, e distinguindo o momento substancial (interesse) do momento formal (protecção), o A. mitiga o dogma da vontade diminuindo a sua captura pelo individualismo, e facilitando a sua objectivação. Por reconhecer momentos substanciais não individuais (interesses gerais), admite momentos formais correspondentes. Esta despersonalização não implicou, todavia, um afastamento do *hominum causa omne jus constitutum est*, mas este é perspectivado não como uma

¹⁰⁰ A quem correntemente é resumida a matriz da personificação colectiva, ignorando o que temos vindo (por isso mesmo) a expor. *Idem*, p. 253.

¹⁰¹ Notando-se que a segunda ed., pós publicação do *System des heutigen Römischen Rechts*, ao contrário da primeira, faz já diferenciação entre pessoas físicas e jurídicas. *Idem*, pp. 254-5.

¹⁰² Assim, COSTA GONÇALVES, *Pessoa Coletiva e ...*, pp. 241-58.

imposição ao ficcionismo, mas como fundamento para a busca dos titulares dos interesses em causa – a personificação, quer singular, quer colectiva, é agora encarada como um expediente técnico, o momento formal ao serviço do substancial, universalizando-se a *pessoa*. A ampliação da tecnicidade deve-se ainda, *inter alios*, a AA. como ZITELMANN, que vendo a *Will* como um dado jurídico, supera a sua redução ao humano pela aceitação de *vontades incorpóreas*. Contudo, simultaneamente, inspira aqueles que, tendo a personificação como um instrumento, a vêem como uma opção entre as outras, ora adoptando, por isso, uma posição negativista – entre o séc. XIX e XX, têm significativo impacto BRINZ, DUGUIT e PLANIOL –, ora desenvolvendo o *realismo jurídico*, *i.e.*, por oposição ao negativismo e ao ficcionismo, a pessoa colectiva tem existência real e um qualquer substrato ontológico, justificando-se a eliminação do arbítrio no seu reconhecimento legal¹⁰³.

Como refere COSTA GONÇALVES, o realismo jurídico pode ser compartimentado em duas vias, a *prima via*, pela qual os AA. procuram identificar o substrato na realidade social; e a *secunda via*, em o substrato é meramente identificado na juridicidade¹⁰⁴. Na primeira destacam-se os *organicismos* – que encaram a pessoa colectiva como uma *res* corporativa meramente reconhecida pelo Direito – cujo nome maior é VON GIERKE. A pessoa colectiva é, agora, parte da realidade social, tal como as pessoas físicas, não uma ficção¹⁰⁵ - a *juristische Person* cede perante a *Verbandsperson* – tida como uma unidade de pessoas físicas associadas, a que o Direito reconhece direitos e obrigações e cuja vontade e actuação é própria, inconfundível com a dos seus membros (afastando-se essa segunda ficção, e podendo estas agora actuar *per se* - *Organtheorie*). Apesar de não serem criações do Direito, mas só por ele reconhecidas, esse acto não é irrelevante, marcando a passagem da mera realidade social à jurídica, e não sendo possível a criação de uma realidade jurídica sem que haja esse substrato social (o que limita o poder estadual)¹⁰⁶. Outros realismos procuraram outros fundamentos para a personificação, destacando-se¹⁰⁷ AA. que encontraram a *res* da pessoa colectiva na *patrimonialidade* - ora enquanto uma afectação (BRINZ, de tom negativista); ora como escopo juridicamente

¹⁰³ *Idem*, pp. 261-78.

¹⁰⁴ *Idem*, pp. 278-82.

¹⁰⁵ O que é refutado pelos críticos do A., apontando-lhe que apenas possibilitou uma sucessão de ficções. Assim, *idem*, pp. 294-6.

¹⁰⁶ *Vide, idem*, pp. 282-301.

¹⁰⁷ Não nos alargaremos a outras concepções menos influentes, como a da *organização*, *Unternehmen* e *Relationsbegriff*. Assim, *idem*, 319-51.

relevante para o qual se reuniu um património (SCHWARZ); ora como um regime de património especial (WIEDEMANN) –, ou na *organização*, *i.e.*, numa teia do tecido social orientada para uma dada finalidade específica, onde se destacariam as teorias da *instituição* e da *empresa*¹⁰⁸.

Em total contraposição à indagação do substrato, encontram-se os AA. neopositivistas do séc. XX - novamente apologistas da certeza e segurança que não encontravam no retorno ao jusnaturalismo -, que desenvolveram o seu trabalho em torno da filosofia analítica e do positivismo lógico. No que respeita à nossa temática, o destaque é para KELSEN. Na construção da sua *teoria pura do Direito*, o A. - guiado pela neutralidade axiológica e pelo dualismo metódico do *Sein v. Sollen* - encara a personificação (singular ou colectiva) como um unitário complexo de normas que determinam uma dada imputação jurídica, indiferentemente a qualquer *facticidade*, *i.e.*, real substrato. Estamos, por isso, diante de um conceito universal de pessoa jurídica (seja física, ou não), entendido meramente como um expediente técnico, sem subjectividade e como uma pura construção jurídica – na formulação kelseniana, *Teilrechtsordnung*, uma peça da ordem jurídica.

Especialmente em Itália e em França, desenvolve-se o supracitado *realismo secunda via*, que, em oposição ao negacionismo ficcionista, afirma a *res* da personificação na juridicidade. Opera também nos quadros do dualismo metódico, entre a distinção de pessoa jurídica e substrato, mas afirmando, ao contrário da *prima via*, a desnecessidade do último. FERRARA, na esteira de COVIELLO, tem um papel essencial no desenvolvimento e difusão¹⁰⁹ desta teoria, sendo familiar à dogmática portuguesa. O A. descreve a *pessoa* como um produto do direito que funciona como um centro de imputação, nada impedindo a atribuição estadual desta qualidade a pessoas não físicas - não enquanto ficção, mas sim como uma realidade de direito que traduz um fenómeno social (em relação ao qual não há uma relação de necessidade como na *prima via*). Este redireccionamento da resposta à essência para a juridicidade, não resultou numa concreta solução, de acordo com os críticos, dando lugar, já perto do séc. XXI, a neonegativismos, agora já não limitados à realidade da personificação, mas abrangendo também a sua utilidade científica. Referir-nos-emos somente a WOLF, para quem a diferença entre

¹⁰⁸ Detalhadamente, *idem*, pp. 301-19.

¹⁰⁹ Destaque para, em Itália, BARBERO, SANTORO-PASSARELLI, MASSIMO BIANCA, e em França HENRI, LÉON e JEAN MAZEAUD.

associações com e sem personalidade jurídica se limitava à existência, ou não, de registo, ou seja, algo externo e sem influência na sua substância, o que conduzia a que a personificação se afigurasse como dispensável, e podendo satisfazer-se o mesmo núcleo problemático de outras formas¹¹⁰.

Na segunda metade do séc. XX merece ainda destaque a influência da filosofia analítica, no Direito e na personificação colectiva, isócrono em Itália com a *secunda via* do realismo. Pelo método analítico, AA. como ASCARELLI, D’ALESSANDRO e GALGANO deixaram de indagar pela natureza da pessoa colectiva, pelo conceito, para detalhar com minúcia os significados linguísticos do termo, para aferir da aplicação de um dado conjunto de normas que a ele se associasse. A subjectividade fica reservada exclusivamente para pessoas físicas; a pessoa colectiva é mero instrumento da linguagem¹¹¹.

Veja-se que estes desenvolvimentos doutrinários nem sempre encontraram reflexo nas soluções legais positivadas suas contemporâneas¹¹². Considere-se o exemplo de DOMAT, humanista activo nesta temática, mas cujo papel na construção do *Code* de 1804 não implicou a consagração de *personne morale*, dado o seu contexto ideológico e sistemática antropocentrista. Noutros casos houve acolhimento coevo, e.g., a consagração da *moralische Person* de PUFENDORF no ABGB (1811) e da *persona giuridica* no *Codice* de 1865, fortemente influenciada pela *fictio*.

Cada um destes contributos do pensamento jurídico reflecte um dado contexto histórico e respectivos entendimentos (ou reacções) quanto à realização (e sentido) do próprio Direito, entretecendo-se, por isso, numa teia mais complexa que estas parcelas que aqui, brevemente, analisámos. Podemos, contudo, identificar-lhes um núcleo problemático comum (que, como vimos *supra* a propósito do Direito Romano, antecede a própria personificação): procura-se um modo de realização de interesses através de uma estrutura complexa e diversa da identificada na personalidade jurídica de uma pessoa singular isolada. Este objectivo é, cremos, independente da concepção que se preconize para esse

¹¹⁰ Assim, COSTA GONÇALVES, *Pessoa Coletiva e ...*, pp. 353-94.

¹¹¹ Neste sentido, *idem*, pp. 394-404.

¹¹² Às quais não dedicaremos o mesmo detalhe, dando preferência a uma análise geral da evolução do pensamento jurídico nesta matéria. Detalhadamente quanto às várias codificações, COSTA GONÇALVES, *Pessoa Coletiva e ...*, pp. 405-34, especificamente sobre o contexto português, pp. 435-529.

*modo de realização de interesses*¹¹³. Assim, afastados daqueles intensos debates doutrinários e sem sentirmos necessidade de neles tomar posição, importa-nos, somente, reter como notas diferenciadoras da personalidade jurídica colectiva: a concepção da pessoa colectiva como essencialmente diferente da personalidade singular (1), e como mecanismo de circunscrição de uma dada esfera imputacional e patrimonial face à dos seus sócios, associados ou fundadores por via da criação de um novo sujeito de direito para a prossecução de determinados interesses (2). No ordenamento jurídico português, a *summa divisio*¹¹⁴ fundamental de pessoas colectivas separa as de substrato pessoal – corporações – das de substrato patrimonial – fundações¹¹⁵ –, e a sua elevação a pessoa de direito tem consequências regimentais que as separam de outros *complexos* que, ainda que materialmente semelhantes, não são personificados: as inequívocas autonomias pessoal e patrimonial. Estas determinam a inconfundibilidade da sua esfera de imputação com a das pessoas singulares que lhe tenham dado origem, ou estejam nela implicadas, e repercutem-se directamente na sua, igualmente autónoma, capacidade jurídica de gozo (que trataremos *infra*). Este é, também, um argumento invocado contra a compensação de danos não patrimoniais de lesado pessoa colectiva, associado ao receio de *confusão ou duplicação subjectiva de danos*¹¹⁶. De qualquer modo, a criação de uma pessoa colectiva intenciona, em primeira linha, essa emergência de um novo sujeito que seja distinto dos seus criadores. Se esta distância é mais evidente nas fundações, por serem de substrato patrimonial e as pessoas singulares impulsionadoras não merecerem lugar de destaque, não deve ser menos clara nas corporações, pois tal contrariaria a própria instrumentalidade da pessoa colectiva para com a pessoa singular¹¹⁷.

¹¹³ E até pode nem passar pela criação de uma nova entidade, veja-se, *e.g.*, o regime da *comunhão*. Assim, PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, pp. 117-9. De qualquer modo, neste momento, trabalharemos na perspectiva das entidades colectivas personificadas, embora se possa problematizar a oportunidade de reconhecer a subjectividade de *complexos* não personificados e o fundamento dogmático da distinção. *Vide*, COSTA, *Sociedades: de dentro para fora do Código Civil*, pp. 336-43.

¹¹⁴ *Inter alios*, MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, pp. 282-4.

¹¹⁵ Repare-se, contudo, que mesmo estas últimas requerem uma “conjunção de vontades que, tal como nas associações, congrega um grupo de pessoas” e realizam o DF de associação. *Cit.* SOUSA RIBEIRO, *Fundações: “Uma espécie em vias de extensão”?*, p. 263.

¹¹⁶ Que, pela sua elementaridade, decidimos não autonomizar. Para mais desenvolvimentos, VELOSO, *Danos não patrimoniais a sociedade comercial?*, p. 41. O STJ, em Ac. de 6 de Julho de 2011, negou, em concreto, a compensação por danos não patrimoniais de pessoa colectiva (apesar de a admitir em abstracto), alegando a diérese entre o dano não patrimonial daquele ente e o dos seus sócios.

¹¹⁷ Há, apesar disso, circunstâncias em que se justifica a eliminação da fronteira entre a personalidade colectiva e a singular, através do instituto da *desconsideração da personalidade jurídica*. Esta excepção ao princípio da separação recorre ao abuso do direito e à interpretação teleológica e só é admitida por aqueles que configurem a personalidade colectiva numa óptica substancialista, *i.e.*, não absoluta ou formalista.

3. O processo de personificação

Por preocupações certeza, segurança e tutela de terceiros no comércio jurídico, a personificação de realidades não humanas segue um *iter*, que conforme a sua configuração pode resultar num sistema de concessão (*Konzessionssystem*) ou de atribuição normativa (*Normativsystem*). Na concessão, a personificação depende de uma autorização/acto específico por parte do Estado, em princípio do poder executivo, culminando num directo controlo de fins. A atribuição normativa, pelo contrário, implica a consagração prévia, via de regra pelo poder legislativo, de condições gerais e abstractas de cujo cumprimento resultará a personificação (verificado o respectivo registo). Embora não haja o referido controlo directo de fins, a limitação da personificação a certos tipos, cujo regime se encontre previamente desenvolvido, acaba por resultar num controlo indirecto e não particularizado.

O modo de aquisição de personalidade colectiva vigente não corresponde à versão originária do CC de 1966. Essa, datada ao Estado Novo, reproduzia as características típicas de um sistema de concessão, úteis a um poder político fascista e corporativista. Note-se a coincidência da resistência a um sistema de atribuição normativa e os contextos políticos respectivos das leis civis portuguesa e italiana de segunda geração, ambas influenciadas pelo BGB, mas que, neste ponto, não seguiram o seu sistema predominantemente de atribuição normativa (só excepcionado quanto a sociedades de reconhecido interesse público)¹¹⁸. Assim, ditava o art. 158.º que “(...) as associações e fundações adquirem personalidade jurídica pelo reconhecimento (...)”, acrescentando, no .2, que “o reconhecimento é individual e da competência do Governo, ou do seu

Abrange tanto os casos de *imputação* (e.g., em que acções da pessoa colectiva possam vir a considerar-se como praticadas pela pessoa singular, e vice-versa), como os de *responsabilidade* (a responsabilidade, mormente por dívidas, da pessoa colectiva deve ser havida como sendo da pessoa singular, e vice-versa). Para mais desenvolvimentos, vide, ABREU, *Curso de Direito Comercial*, V. II, pp. 166-77. A este propósito, MARIA MANUEL VELOSO admite a possibilidade de se praticarem actos causadores de danos que, *prima facie*, pareçam ser da pessoa colectiva, mas que verdadeiramente pretendam atingir as pessoas individuais naquela envolvidas, caso em que, defende a A., deve desconsiderar-se a personalidade evitando, assim, a duplicação de danos. De igual modo, a A. concebe que, mediante as circunstâncias do caso concreto, possam existir alguns actos “pluri-ofensivos”, nomeadamente quando estejam em causa “direitos da pessoa colectiva paralelos ou dependentes dos direitos dos indivíduos”. Nestes casos, a duplicação, cremos, é meramente aparente, contudo não pode ser (processualmente) ignorado que continuamos diante de dois sujeitos de direito diferentes. VELOSO, *Danos não patrimoniais a sociedade comercial?*, p. 42.

¹¹⁸ Vide, COSTA GONÇALVES, *Pessoa Coletiva e ...*, pp. 562-6.

representante no distrito quando a actividade da associação deva confinar-se na área dessa circunscrição territorial”. Essa conveniência do sistema de personificação ao sistema político é, ainda, por demais evidente atenta a polémica em torno das cooperativas. Estas, que até 1971 não eram sujeitas a um controlo típico do sistema de concessão (por serem sociedades comerciais), foram sendo criadas com finalidades pouco convenientes ao Regime, levando a que, por despacho do Ministro do Interior, fossem dissolvidas. Esta decisão foi, posteriormente, anulada pelo STA, o que conduziu à intervenção do poder executivo e, por Decreto, Marcello Caetano estendeu o regime de concessão às cooperativas (de fim económico não lucrativo, permanecendo as de fim económico lucrativo sujeitas ao regime das sociedades - diferenciação baseada no Parecer da PGR de 7/12/1967)¹¹⁹.

No mesmo sentido, o *Codice* de 1942, art. 12.º, consagrava que *le associazioni di carattere privato acquistano la personalità giuridica mediante il riconoscimento concesso con decreto reale*, sendo expressamente assumida, pela *Relazione del Guardasigilli*, a necessidade de controlar e coordenar os fins das *persoas jurídicas* com a *ética do Estado Fascista*, pois, enquanto organismos cujos fins transcendem os indivíduos, seriam sempre interesse do Estado¹²⁰.

A Revolução altera o entendimento acerca do direito de associação e da liberdade de iniciativa económica e, com o DL n.º 594/74, de 7 de Novembro, substitui-se o sistema de concessão pelo de *reconhecimento*, mais tarde incorporado no CC pela Reforma de 77 como um sistema híbrido, combinando personificação por concessão, por aquisição automática e ainda por atribuição normativa¹²¹. Quanto às fundações, mantém-se um sistema de concessão através do reconhecimento individual (competência do poder executivo)¹²². Quanto às associações, e sociedades civis puras, vigora um sistema de aquisição automática. Veja-se o art. 158.º .1, que dispõe que “as associações constituídas

¹¹⁹ MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, III, pp. 564-7.

¹²⁰ Tradução livre, original in *Codice Civile, Libro Primo, Progetto definitivo e Relazione del Guardasigilli On. Solmi, 1937, 15*, apud, COSTA GONÇALVES, *Pessoa Coletiva e ...*, p. 432.

¹²¹ COSTA GONÇALVES, *Pessoa Coletiva e ...*, pp. 594-7.

¹²² Assim, art. 6.º .1 da LQF, tal como art. 158.º .2 CC, “as fundações adquirem personalidade jurídica pelo reconhecimento”. É, igualmente, um sistema típico para *institutos públicos, associações profissionais* – integrantes da AP indirecta e autónoma, e por isso fora do nosso escopo -, e, como, aponta MENEZES CORDEIRO, historicamente, serviu para a constituição de empresas públicas como resultado de nacionalizações, e para a constituição de S.A. de *capital detido exclusiva e definitivamente pelo Estado*, como a Caixa Geral de Depósitos. Assim, MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, III, pp. 609-10. Em detalhe sobre o regime das fundações, SERENS, *Em tema de fundações*, RLJ, n.º 3985 pp. 222-52 e n.º 3986, pp. 306-47.

por escritura pública ou por outro meio legalmente admitido, que contenham as especificações referidas no n.º 1 do art. 167.º, gozam de personalidade jurídica”. Preenchidas as condições referidas¹²³ e preenchidos os requisitos de forma (art. 168.º) a realidade considera-se personificada sem qualquer apreciação da conveniência dos seus fins por parte de um órgão estadual¹²⁴, e sem uma obrigação de inscrição num registo centralizado. Em relação às cooperativas, sociedades comerciais ou sociedades civis sob forma comercial, diz-se estar patente um sistema de atribuição normativa, consistindo a diferença essencial, face a um sistema de atribuição automática, na obrigatoriedade de registo - assim, o art. 5.º CSC dispõe que “as sociedades gozam de personalidade jurídica e existem como tais a partir da data do registo definitivo do contrato¹²⁵ (...)”.

Esta qualificação é, contudo, contestada por COSTA GONÇALVES que, contrapondo os regimes das sociedades regulares e irregulares (*i.e.*, aquelas em que, tendo havido um acto constitutivo e actividade social, não se verificou o registo) e, atendendo às inúmeras imputações jurídicas, reconhecidas pelo sistema, às mesmas¹²⁶, conclui que o registo não representa o momento atributivo de personalidade, operando somente como um modo de limitação de responsabilidade (pelo efeito liberatório, 19.º .3 CSC)¹²⁷. Assim, para a personificação de cooperativas, sociedades comerciais ou civis sob forma comercial bastaria, tal como para as associações e sociedades civis puras, a vontade (e manifestação da mesma através das ferramentas do sistema) dos seus membros impulsionadores, expressa no negócio jurídico que lhes sirva de base, mesmo antes do registo – conduzindo a que este seja, por isso, um sistema de aquisição automática. O registo continua a ser relevante, mas assume outro papel. Não sendo constitutivo, concebe-se como um mecanismo de tutela de terceiros, limitando a responsabilidade - algo que anteriormente se confiava às garantias do sistema de concessão ou de atribuição normativa, enquanto formas de coarctação da autonomia privada. Ao invés, o sistema de livre constituição preconiza

¹²³ Especificação das contribuições sociais dos associados (bens ou serviços); denominação; fim; sede; forma de funcionamento e duração (não sendo por tempo indeterminado).

¹²⁴ O que não implica, art. 158.º A, que o acto de constituição não possa ser nulo, devendo o MP promover a respectiva declaração judicial.

¹²⁵ Que é o seu modo típico de constituição, discutindo a doutrina comercialista outros modos. Repare-se, contudo, que este problema não é objecto da nossa atenção – o nosso foco é a personificação em si. Para mais desenvolvimentos sobre o contrato de sociedade comercial, PINTO MONTEIRO, *Negócio jurídico e contrato de sociedade comercial*, pp. 92 e ss.

¹²⁶ Por não ser objecto central da nossa reflexão, não iremos analisar os diversos exemplos de imputabilidade jurídica à sociedade não registada. COSTA GONÇALVES, *Pessoa Coletiva e ...*, pp. 598-623.

¹²⁷ Daí que COSTA GONÇALVES afirme que “Como vimos, o privilégio das sociedades comerciais, não é já o da capacidade, mas sim o da limitação da responsabilidade”, *cit.*, *Pessoa Coletiva e ...*, p. 915.

alguns dos princípios mais essenciais do direito civil, como a autonomia privada, a liberdade de associação e de iniciativa económica¹²⁸.

4. A capacidade da pessoa colectiva

4.1. O princípio da especialidade

A discussão em torno da capacidade jurídica é em síntese um problema de imputabilidade, mas, ao contrário da inescapável carga ético-axiológica da capacidade jurídica de pessoas humanas, a das pessoas colectivas remete-nos para a sua *instrumentalidade* - aliás presente em qualquer dos contributos da dogmática da personificação colectiva. Esta será mais ou menos circunscrita, pelo controlo do fim, conforme estejamos perante um sistema, respectivamente, de concessão ou de atribuição normativa. Num sistema de livre constituição, à intrínseca instrumentalidade não se associa um mecanismo de controlo de fins colectivos – porque este não existe -, transferindo-se o foco para a apreciação da repartição de responsabilidades no comércio jurídico¹²⁹. Dado que às pessoas colectivas do sistema jurídico português (com as excepções que vimos *supra*) se associa o sistema de livre constituição (ou, para quem entenda o registo como essencial à personificação, o sistema de atribuição normativa para cooperativas, sociedades comerciais e sociedades civis sob forma comercial - mesmo assim, menos restritivo), poderíamos concluir que, não havendo apreciação do fim, não haveria mecanismos de limitação da sua capacidade. Contudo, pelo menos *prima facie*, isso não corresponde à realidade, pois entre nós está consagrado o *princípio da especialidade*, pelo qual se entende que a capacidade da pessoa colectiva é limitada pelo fim para o qual esta foi constituída¹³⁰. Ainda sem tomarmos posição quanto ao alcance hodierno desta disposição, reconhecemos que este princípio se revelava um instrumento adequado ao contexto político-ideológico de 1966, coordenando-se com um sistema personificação colectiva por concessão – inspirando-se, assim, na designada *doutrina ultra vires*, típica dos países

¹²⁸ *Idem*, pp. 598-632 e 915-6.

¹²⁹ *Idem*, pp. 718-20.

¹³⁰ Assim dispõe o art. 160.º .1 CC que “a capacidade das pessoas colectivas abrange todos os direitos e obrigações necessários ou convenientes à prossecução dos seus fins”, e, igualmente, o art. 6.º .1 CSC que “a capacidade da sociedade compreende os direitos e as obrigações necessários ou convenientes à prossecução do seu fim (...)”.

anglo-saxónicos¹³¹. Ademais, note-se que estes ensaios de limitação da capacidade de pessoas colectivas não se esgotam nesta referência, tendo, entre nós, uma tradição mais sedimentada nas preocupações da monarquia portuguesa com a concentração de propriedade, sobretudo na titularidade da Igreja¹³² - vejam-se os resquícios na letra do revogado art. 161.º, que sujeitava, no .2, a autorização governamental a *aquisição, alienação ou operação a qualquer título*, sob pena de nulidade¹³³ - e, posteriormente, na desconfiança do liberalismo individualista face à pessoa colectiva¹³⁴.

Assim, ainda na vigência do Código de Seabra¹³⁵, GUILHERME MOREIRA justificava, dogmaticamente, uma intensa limitação da capacidade com o facto de esta ser um privilégio concedido pelo Estado para a prossecução de interesses concretos, *i.e.*, uma apologia ao princípio da especialidade ancorada na referida doutrina *ultra vires*, à qual associava preocupações de aquisição de bens imóveis, confluindo, assim, ambos os enquadramentos justificantes sob a mesma alçada da especialidade¹³⁶. Foi, coetaneamente, criticado por aqueles que entendiam a capacidade da pessoa colectiva como *tendencialmente plena* – destaque para JOSÉ TAVARES e CUNHA GONÇALVES. Apesar de quer MOREIRA, quer TAVARES e GONÇALVES entenderem a capacidade como limitada, para o primeiro a limitação era a regra, enquanto que para os segundos a regra seria a capacidade e as limitações a excepção¹³⁷.

Na esteira daqueles últimos AA., o Anteprojecto de FERRER CORREIA previa no art. 5.º uma concepção ampla da capacidade jurídica da pessoa colectiva, sem contingências

¹³¹ Concebida a personificação colectiva como um privilégio concedido pelo Estado, maioria das vezes, por outorga parlamentar, através de acto legislativo que definia concretamente os fins e limites da actuação do ente criado, essa câmara julgava-se no direito de controlar os actos praticados ao abrigo da personalidade colectiva e, caso excedessem os poderes concedidos, decidir *a posterior* pela sua ineficácia. *Vide*, MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, III, p. 587.

¹³² Através da limitação da capacidade de pessoas colectivas procurava obviar-se aos *bens de mão morta, i.e.*, deixas testamentárias, sobretudo de bens imóveis, que vinham sendo feitas desde a época medieval (entre nós foi objecto de uma lei de D. Dinis), maioritariamente, a entes de escopo religioso. Tal conduzia, além das isenções no pagamento de impostos devido a privilégios eclesiásticos, à criação de obstáculos ao comércio jurídico por esses bens saírem de circulação. A solução encontrou-se na sujeição dessa capacidade de disposição de bens a limitações absolutas, ou dependência de autorização estadual. Assim, MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, III, pp.587-93.

¹³³ Nesse sentido, ANTUNES VARELA/PIRES DE LIMA, *Código Civil Anotado*, V. I, pp. 165-6 – sugerindo os AA. a estranheza desta opção, por não estar justificada no preâmbulo do DL da Reforma de 77, sobretudo atendendo ao contexto político e às influências marxistas da CRP de 1976.

¹³⁴ Assim, BARBOSA, *Reflexões...*, pp. 24-5.

¹³⁵ Estando o princípio estava consagrado no art. 34.º (e ss.), dispondo este que “as associações ou corporações, que gosam de individualidade jurídica, podem exercer todos os direitos civis relativos aos interesses legítimos do seu instituto”.

¹³⁶ Nesse sentido, MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, III, p. 594.

¹³⁷ *Vide*, COSTA GONÇALVES, *Pessoa Coletiva e ...*, pp. 720-1.

além das naturais – “(...) a capacidade das pessoas colectivas estende-se a todos os direitos e obrigações que, segundo a natureza das coisas ou a índole da sua disciplina legal, não forem inseparáveis da personalidade singular”. Essa formulação manteve-se na 1.^a RM, mas foi alterada na 2.^a, passando a dispor da letra que hoje lhe conhecemos – preservando as limitações provenientes da *natureza das coisas*, que passam a ser consideradas no .2, e passando a prever, no seu .1, que a capacidade será, adicionalmente, limitada pelos *fins* para que a pessoa colectiva seja constituída. Tal influenciou FERRER, aquando da elaboração do Anteprojecto da Parte Geral CSC, 1970, que, vendo vencida a sua posição, foi por isso, mais tarde, silente quanto à capacidade jurídica das sociedades comerciais. O projecto que vingou na formulação actual do art. 6.º CSC é atribuído a RAUL VENTURA, embora o seu .1 seja uma reprodução do art. 160 CC¹³⁸.

ANTUNES VARELA, enquanto Ministro da Justiça à data da 2.º RM (1965), foi decisivo para a manutenção do princípio da especialidade apesar da manifesta resistência doutrinal – uma opção que MENEZES CORDEIRO caracteriza como “sem justificação”¹³⁹ – mas mais tarde, e concretizando a escola de MANUEL DE ANDRADE¹⁴⁰, juntamente com PIRES DE LIMA, concretiza, em anotação ao CC, uma amplitude mitigadora pela convocação da “conveniência”¹⁴¹.

Considerando a irrelevância actual do problema dos bens de mão morta¹⁴², e dadas as alterações de 1974 e o consequente fim do sistema de concessão, é pertinente avaliar a oportunidade de qualquer limitação de capacidade que não advenha da mera natureza das coisas, *i.e.*, direitos e obrigações intrinsecamente ligados à subjectividade humana.

¹³⁸ Ibid.

¹³⁹ Cit. MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, III, p. 595

¹⁴⁰ Veja-se, ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, V. I, p. 122-5.

¹⁴¹ Em anotação ao art. 160.º o A. diz expressamente “não obstante a especialização (...) admite-se que a pessoa colectiva pratique actos convenientes à prossecução dos seus fins (...). Consagra-se, por conseguinte, o princípio da especialidade, mas com uma larga atenuação do seu rigor”, esclarecendo, até, que as excepções do .2 são as intrinsecamente ligadas à humanidade. Cit. ANTUNES VARELA/PIRES DE LIMA, *Código...*, V. I, p. 165.

¹⁴² Embora, como refira MENEZES CORDEIRO, actualmente se tenham transferido preocupações com a concentração imobiliária para outros sujeitos, como as instituições de crédito, cuja aquisição de imóveis está sujeita a autorização do Banco de Portugal. Assim, MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, III, p. 594.

4.2. As propostas de superação do princípio da especialidade

Da reflexão acerca dos fundamentos e limites do princípio da especialidade resultam esforços para a sua superação que, como vimos, não são novos. A interpretação mitigada, havida como a tese tradicional¹⁴³, já era proposta, como analisamos *supra*, por ANTUNES VARELA – seguindo MANUEL DE ANDRADE, e mais tarde secundada por outros AA. como, v.g., MOTA PINTO¹⁴⁴ - e é enquadrada por COSTA GONÇALVES como uma proposta de superação pragmática - *i.e.*, apologia pela manutenção da solução positiva, mas erodir o seu alcance por via interpretativa. A esta opõe o A. as posições enquadradas numa perspectiva de superação dogmática, *i.e.*, proponente de uma alteração da solução legal positivada ou do seu enquadramento científico¹⁴⁵.

O A. coloca a questão de modo complexo e extenso, sobretudo atendendo à harmonização dos art. 160.º e 6.º CSC, contudo apenas nos dedicaremos, no que concerne ao princípio da especialidade, à articulação da capacidade de gozo das pessoas colectivas (que sejam sociedades comerciais) com o escopo lucrativo. Assim, orientaremos a nossa reflexão para o ponto seguinte, no qual trataremos da resistência à compensação de danos não patrimoniais de sociedades comerciais por a isso, alegadamente, obstar o seu escopo lucrativo. De qualquer modo, a parcela problemática a que agora nos ateremos é a primeira premissa das variadas propostas de superação do princípio em análise: o reconhecimento de que a capacidade jurídica colectiva é tendencialmente plena, e a consequente *inoperacionalidade* do conceito de *fim*¹⁴⁶.

Quanto às sociedades, a tese tradicional identifica o seu escopo com o lucro. Pela forte influência da perspectiva contratualista da sociedade comercial¹⁴⁷, a identificação do *fim* com o *lucro* revelou-se evidente, dada a consideração do escopo lucrativo como elemento essencial¹⁴⁸ de um contrato de sociedade civil¹⁴⁹, *i.e.*, sem o qual não estaríamos

¹⁴³ Seguida, comumente, pela jurisprudência. Vide, BARBOSA, *Reflexões...*, pp. 20-3.

¹⁴⁴ Assim, MOTA PINTO, *Teoria...*, pp. 319-20.

¹⁴⁵ COSTA GONÇALVES, *Pessoa Coletiva e ...*, p. 724.

¹⁴⁶ *Idem*, p. 723.

¹⁴⁷ Originária da *societas romana* e típica do *Code*, mas mais tarde influente também no BGB, embora a tradição germânica fosse a da sua personificação. O CSC é receptáculo de ambas influências, evidenciando-se a contratualista, *e.g.*, na previsão do regime das sociedades civis como regime supletivo das comerciais (art. 2.º CSC). Assim, COSTA GONÇALVES, *Pessoa Coletiva e ...*, p. 731.

¹⁴⁸ Acerca dos elementos do negócio jurídico, *inter alios*, MOTA PINTO, *Teoria...*, pp. 383-4.

perante um contrato de sociedade, mas de associação. Assim, atendendo à referência aos *seus fins*, comum aos art. 160.º e 6.º CSC, aquando da referência ao conteúdo da capacidade das pessoas colectivas, *maxime* sociedades, e sendo o fim do contrato de sociedade o *lucro* - consagrado entre nós no art. 980.º *in fine*, “(...) a fim de repartirem os lucros resultantes dessa actividade” -, restaria concluir que a capacidade jurídica destas deveria por ele viver espartilhada¹⁵⁰.

Este entendimento, largamente difundido em qualquer manual da área, é, contudo, objecto frequente de atenção, sobretudo no que respeita a uma das suas facetas mais arduas: a inexistência de um consenso dogmático do que se entenda por *lucro*¹⁵¹. As diferentes concepções (*e.g.*, distinguir o lucro objectivo do subjectivo) são úteis à teorização jussocietária, mas pouco consistentes para densificar a capacidade, como o faz a teoria tradicional - o lucro real pouco importa (por só ser aferível *ex post*) e o lucro potencial é demasiado amplo para ser operacional. Assim, de acordo com COSTA GONÇALVES, vem-se observando, por parte dos defensores da posição tradicional, uma superação pragmática do princípio, pois, por via interpretativa, vêm limitando o seu alcance, conduzindo a que, materialmente, a capacidade acabe por ser entendida como tendencialmente plena, não obstante o princípio se manter positivado¹⁵².

Assim, não podemos afirmar a sua superação dogmática, mas não ignoramos a riqueza de algumas das propostas que apontam nesse sentido – destaque para a superação por formulação positiva do princípio da especialidade de PEDRO DE ALBUQUERQUE (transformando-se este problema num de vinculação social, na linha de OLIVEIRA ASCENSÃO e da sua teoria do *desvio do fim*)¹⁵³ e de PAIS DE VASCONCELOS (que o encara como um problema de legitimidade)¹⁵⁴; e a designada superação pura de MENEZES CORDEIRO¹⁵⁵ – mas, por se desviar da nossa reflexão, pois desenvolvem temas especificamente societários, não nos debruçaremos sobre as mesmas em detalhe. Permitimo-nos, contudo, a atentar na posição do A. que nos tem acompanhado nesta reflexão, COSTA GONÇALVES, o qual - encarando a superação pura de MENEZES

¹⁴⁹ Sobre os elementos constitutivos do contrato de sociedade civil, LEITÃO, *Direito das Obrigações*, pp. 228-33.

¹⁵⁰ *Vide*, COSTA GONÇALVES, *Pessoa Coletiva e ...*, p. 732.

¹⁵¹ *Inter alios*, ABREU, *Curso...*, II, pp. 29-36.

¹⁵² Neste sentido, COSTA GONÇALVES, *Pessoa Coletiva e ...*, pp. 729-42.

¹⁵³ Detalhadamente, *vide, idem*, pp. 744-52.

¹⁵⁴ *Idem*, pp. 752-4.

¹⁵⁵ *Idem*, p. 755.

CORDEIRO como reflexo de uma evolução necessária das posições doutrinárias de superação (mesmo que dificilmente enquadrável no sistema, e, por isso, devendo ser transitória até que se dê uma reforma) - propõe, na esteira daquele A.¹⁵⁶, uma formulação positiva do princípio da especialidade. Assim, este deve ser entendido como uma confirmação de uma capacidade de gozo tendencialmente plena (ou mesmo plena de acordo com a natureza das coisas) da pessoa colectiva, exceptuando-se, somente, a capacidade para actos intrinsecamente humanos. Justifica a sua posição num retorno ao espírito inicial do legislador de 1966 (como vimos, esta era a posição de FERRER, afastada pela 2.ª RM que institucionalizou uma visão negativa, pela sua formulação *a contrario*, i.e., só seriam capazes para direitos e obrigações orientados para os seus fins). Só nessas circunstâncias haveria cominação com nulidade por impossibilidade legal (280.º, primeira parte), passando a regra a ser a da capacidade. Tal não deriva de uma imposição axiológica, como que em paralelo com a superlativa subjectividade humana, mas sim de uma opção dogmática orientada pela predicativa instrumentalidade da personalidade colectiva. De igual modo, não significa que a sua actuação no comércio jurídico seja ilimitada e ilimitável, somente que essas limitações não são resultado de uma incapacidade. São, como refere o A., *ab extra*, exógenas¹⁵⁷ -, devendo recorrer-se a outros instrumentos, ou vedando-se determinados direitos e obrigações. Tal, é de notar, já tem vindo a ser feito¹⁵⁸, e vai na linha das *limitações legais* previstas no art. 160.º .2 (e 6.º 1 CSC) – as quais seriam estranhas à problemática da capacidade que aqui nos ocupa. A sua violação seria, igualmente, cominada com nulidade, agora já não por impossibilidade legal, mas sim por contrariedade à lei (nos termos dos art. 294.º e 280.º, segunda parte)¹⁵⁹.

O que nos importa reter é o consenso de parte significativa da doutrina acerca da superação pragmática do princípio da especialidade, tanto pela doutrina tradicional – que mitiga consideravelmente o seu alcance para as pessoas colectivas em geral -, quer pelos

¹⁵⁶ Que expressamente afirma que “Resta concluir: o denominado princípio da especialidade não restringe, hoje, a capacidade das pessoas colectivas: tal como emerge do artigo 160.º/1, ele diz-nos, no fundo, que os direitos e obrigações são, salvo excepções abaixo referidas, acessíveis às pessoas colectivas”, cit., MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, III, p. 597

¹⁵⁷ Dando corpo ao *princípio da livre actuação*, vide, COSTA GONÇALVES, *Pessoa Coletiva e ...*, pp. 916-9.

¹⁵⁸ *Inter alia*, art. 8.º RGIC, reserva às *instituições de crédito* – as previstas no seu 3.º - a prática dos actos nele discriminados.

¹⁵⁹ Veja-se, COSTA GONÇALVES, *Pessoa Coletiva e ...*, pp. 759-65 e, quanto aos 6.º .2 e .3 CSC e o seu entendimento como presunções legais de violação do dever de boa gestão, pp. 765-808.

AA., que convocámos *supra*, que preconizam um corte mais profundo entre este princípio e a capacidade jurídica de gozo (e analisam o seu regime, sobretudo, da perspectiva das sociedades). Os últimos, consideram-na tendencialmente plena (excepcionadas, somente, as limitações naturais, *i.e.*, que dependam da subjectividade humana), todavia não negam que a instrumentalidade da personalidade colectiva, aliada à necessidade de certeza e segurança no comércio jurídico, impliquem a instituição de balizas à sua actuação – e sanções ao respectivo incumprimento –, somente não entendem este problema como um problema de capacidade jurídica (fazendo inúmeras propostas de solução a esse enquadramento, de que, contudo, não trataremos, por respeitarem especificamente à dogmática jussocietária).

Paralelamente, é de referir a relativização da ausência de fim lucrativo das associações¹⁶⁰, afirmando a dogmática a viabilidade de estas os prosseguirem acessoriamente¹⁶¹, e a pacificada admissibilidade de prática de liberalidades¹⁶² por parte de sociedades (outra das tradicionais limitações à sua capacidade)¹⁶³ - concluindo, por isso, MENEZES CORDEIRO que “estas categorias estão hoje francamente ultrapassadas: apenas sobrevivem devido à sua formalização”¹⁶⁴.

4.3. O escopo lucrativo como alegado obstáculo à compensação de danos não patrimoniais de sociedades comerciais

Não raras vezes, a jurisprudência portuguesa afasta a compensação de danos não patrimoniais de pessoas colectivas, partindo da *summa divisio* entre pessoas colectivas de fins lucrativos *v.* pessoas colectivas de fins altruísticos, afirmando que tal seria incompatível com a capacidade jurídica das primeiras por limitações do princípio da

¹⁶⁰ Invocando-se o art. 157.º, estatuinto a aplicabilidade das normas do CC “(...) às associações que não tenham por fim o lucro económico dos associados (...)”.

¹⁶¹ *Inter alios*, MOTA PINTO, *Teoria...*, pp. 319-20.

¹⁶² Retirando ao princípio da especialidade do fim um significativo “campo de aplicação”. Assim, BARBOSA, *Reflexões...*, p. 18.

¹⁶³ Além de se admitir que estas podem fazer doações usuais – com intuito de, indirectamente, obter uma vantagem patrimonial mais tarde -, reconhece-se que podem fazê-lo, igualmente, com total altruísmo. De qualquer modo, nesta senda, uma doação que possa ser inválida sê-lo-á por, *e.g.* atentar contra a *distribuição de bens* entre sócios, não sendo um problema de capacidade. Nesse sentido, MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, III, pp. 596-7. Sobre as liberalidades e garantias das sociedades comerciais a terceiros, ABREU, *Curso...*, II, pp. 186-94.

¹⁶⁴ Cit., MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, III, p. 547.

especialidade¹⁶⁵. Assim, apesar de se reconhecer o dano não patrimonial, arguiu-se que este não poderá ser ressarcido, *per se*, somente de modo indirecto, caso se projecte num dano patrimonial. Esta limitação não se verificaria a propósito de pessoas colectivas que não tenham escopo lucrativo, afirmando-se que estas teriam o suporte ético suficiente para comportar danos deste tipo. Esta é, também, a posição de alguns AA., como CARNEIRO DA FRADA¹⁶⁶ e FILIPE ALBUQUERQUE MATOS¹⁶⁷.

Em consonância com o temos exposto ao longo deste capítulo – concebendo-se a capacidade da pessoa colectiva como tendencialmente plena, ou, ainda que como a doutrina tradicional, com alcance mitigado; deslocando outras possíveis limitações para outros campos, que não o da capacidade jurídica e reconhecendo o esbatimento da fronteira entre o escopo lucrativo e não lucrativo das associações¹⁶⁸ e, paralelamente, da capacidade de sociedades comerciais para a prática de liberalidades -, não podemos defender estes argumentos como procedentes. Além de não concordamos com esta limitação ao abrigo do princípio da especialidade, não encontramos justificação suficiente para o tratamento diferenciado de pessoas colectivas. CARNEIRO DA FRADA, a propósito de justificar a ausência de ponderação do impacto patrimonial do dano não patrimonial de uma pessoa singular, afirma que as pessoas colectiva se guiam por interesses diferentes (o que não discordamos), e que as pessoas singulares exigem a compensação destes danos por força de um “sentido ético-jurídico”¹⁶⁹. Afirmá-lo, como base da consideração de danos deste tipo, para justificar um tratamento diferenciado entre pessoas singulares e colectivas, mas reconhecer, concomitantemente, este tipo de danos a

¹⁶⁵ A título de exemplo, assim decidiu o STJ, em 23 de Janeiro de 2007; em 27 de Novembro de 2003; em 9 de Junho de 2005; o TRC em 24 de Fevereiro de 2015; o TRL em 23 de Setembro de 2007 e em 18 de Fevereiro de 2014.

¹⁶⁶ Neste sentido, CARNEIRO DA FRADA, *Danos...*, pp. 43-8.

¹⁶⁷ Assim, ALBUQUERQUE MATOS, *Responsabilidade...*, 381-2.

¹⁶⁸ Apesar de, no ponto anterior, nos termos dedicado especialmente às sociedades, merece um apontamento o consagrado no art. 182.º .2 .a) e .b), quanto às causas de extinção das associações – *quando o seu fim se tenha esgotado ou se haja tornado impossível* (alínea a); *quando o seu fim real não coincida com o fim expresso no acto de constituição ou nos estatutos* (alínea b). Esta conexão entre o fim e as actividades da associação, e consequente repercussão na continuidade da sua existência, não contraria o que temos vindo a expor. Por um lado, e de acordo com a lei, porque este *fim* é definido democraticamente nos estatutos ou no acto de constituição da associação, e por outro lado, porque a dogmática vem entendendo o desajuste entre o *fim real* e o *fim expresso cum grano salis*, admitindo a prática de actos convenientes e instrumentais, e reservando a identificação de um desvio de fim para os casos em que manifesta e constantemente a associação aja em total contrariedade à sua *ratio* fundadora. A esse respeito, MAFALDA MIRANDA BARBOSA sugere que não se pergunte se uma dada actividade *integra* ou *concretiza* o escopo da associação, mas sim *se o contraria ou não – i.e.*, e nas palavras da A., “a limitação pelo princípio da especialidade do fim deve ser entendida em termos negativos (...). Não se tem de investigar a conexão positiva”. Assim, BARBOSA, *Reflexões...*, pp. 29-30 e 37.

¹⁶⁹ CARNEIRO DA FRADA, *Danos...*, p. 46.

peçoas colectiva sem escopo lucrativo, parece-nos, salvo melhor opinião, um raciocínio falacioso, que trata no mesmo plano o que, na verdade, se encontra em planos diferentes. Além disso, parece sugerir que as peçoas colectivas sem escopo lucrativo se encontram num nível intermédio, entre as peçoas singulares e as peçoas colectivas - o que carece de fundamento. Se se poderia compreender (mesmo que não o aceitássemos), nessa senda, a negação da compensação de danos não patrimoniais de peçoas colectivas com fim lucrativo, já não se compreende o tratamento diferenciado entre peçoas colectivas igualmente guiadas por ideias de instrumentalidade e sem qualquer substância ontológica humana – nota comum à personificação colectiva, independentemente da existência de um escopo lucrativo ou não¹⁷⁰.

Parece-nos, igualmente, que esta posição falha por, apesar de, *prima facie*, negar a compensação do dano não patrimonial de peçoas colectivas com escopo lucrativo, acaba, na verdade, por reconhecer a verificação de um dano não patrimonial, somente se nega a compensá-lo – veja-se que se aceita a indemnização do dano patrimonial indirecto, ora, a sua assunção como *indirecto* pressupõe a mediação do dano não patrimonial, revelando uma postura pouco congruente. Se é certo que o sistema de responsabilidade civil nem sempre encontra um fundamento bastante para transferir o dano do lesado para o lesante – valendo o princípio *casum sentit dominus* -, parece-nos que esta diferenciação não se justifica e atenta contra o princípio da restauração integral. Em suma, ou se nega a compensação de danos não patrimoniais a todas as peçoas colectivas, ou se aceita, em abstracto, que possam ser compensados a qualquer uma, independentemente do seu escopo lucrativo¹⁷¹.

¹⁷⁰ No mesmo sentido, GUITIÁN, *Daño moral y persona jurídica: ¿Contradicción entre la doctrina de la Sala 1ª y la Sala 2ª del Tribunal Supremo?*, pp.10-11.

¹⁷¹ Igualmente no sentido de não discriminação entre peçoas colectivas em função do seu escopo lucrativo, o TC, Ac. 591/2016 julgou inconstitucional a norma do art. 7.º .3 da Lei de Acesso ao Direito e aos Tribunais (Lei n.º 34/2004, de 29 de Julho), por violação do art. 20.º .1 CRP, DF de acesso ao direito e tutela jurisdiccional efectiva. Esta norma define o âmbito pessoal do direito de protecção jurídica, e no seu .3 veda-a, *maxime* na forma de apoio judiciário, a peçoas colectivas com fins lucrativos e EIRL, pressupondo-se, diz o Tribunal, que estes entes, pela sua natureza, têm que dispor de “uma estrutura organizativa e financeira capaz de fazer face aos custos previsíveis da sua actividade, incluindo os que resultem da litigiosidade”, desconsiderando-se, por isso, a sua concreta insuficiência económica. O TC fundamentou a sua decisão apelando ao escopo do DLG de acesso aos Tribunais (20.º CRP), ao princípio da universalidade (art. 12.º .2 CRP) e à sua jurisprudência assente, em consonância com a do TEDH e TJUE, quanto ao facto de este apoio judiciário não consubstanciar um factor de distorção da concorrência (aliás concluindo que tal distorção resultaria da presente situação discriminatória, uma vez que esse direito é reconhecido em outros EM). Esta diferenciação nunca se funda, conclui o Tribunal, em “razões objectivas e razoáveis”, e a solução tem de passar, necessariamente, por uma análise concreta da (in)suficiência económica do ente em causa, não bastando afastar, *a priori*, peçoas colectivas de escopo lucrativo.

Capítulo IV

O conteúdo da personalidade colectiva

1. Preliminares

Outro argumento recorrente é o da inexistência de uma esfera imaterial que suporte a tutela deste tipo de danos em pessoas colectivas. De modo a refutar esse entendimento, procederemos à análise de algumas manifestações, no ordenamento jurídico, do reconhecimento e protecção de interesses imateriais de pessoas colectivas, seja pelo reconhecimento de Direitos Fundamentais e direito de personalidade, seja pela tutela penal e civil da honra e suas manifestações.

2. Personalidade jurídica singular v. colectiva: do substrato ontológico à técnica-jurídica

A subjectividade humana¹⁷², elemento seminal no gizamento do sistema jurídico e do sentido do direito, é o *prius* e a medida da personalidade jurídica singular. Esta depende somente, *ex vi* art. 66.º, do *nascimento completo e com vida*, não resultando de uma atribuição do Direito, ao contrário da personalidade colectiva, que se constitui seguindo um *iter legal* (158.º). A diferença é reveladora de que, apesar do paralelo em que ambas as realidades são apresentadas, estamos a lidar com institutos essencialmente diversos. Se tanto as pessoas singulares, com as colectivas têm personalidade jurídica, *i.e.*, titulam

¹⁷² Apesar de o modo como hoje concebemos a *pessoa* ser um produto do nosso tempo. Só com o advento do Cristianismo se possibilitou a emancipação da *persona*, e com ela a individualidade e a autoconsciência, uma vez que a miscigenação entre o indivíduo e a comunidade, característica da Antiguidade greco-latina, não favorecia a singularidade ante o *cosmos* (era *prósopon*). A sacralização de uma ideia de Deus fora do mundo natural permitiu a dessacralização da natureza, quebrando, assim, a visão monista da realidade e permitindo a substanciação ontológica da individualidade humana, identificando-a com a *pessoa*. COSTA GONÇALVES, *Pessoa e Direitos de Personalidade, Fundamentação Ontológica da Tutela*, pp. 23-44 e LEITE DE CAMPOS, *Nós – Estudos sobre o Direito das Pessoas*, pp. 23-44. COSTA GONÇALVES, na esteira de AA. personalistas, sugere uma compreensão da *pessoa* como *distinctum subsistens*, *i.e.*, subsiste diferenciadamente, ou seja, mais relevante que identificar a pessoa a partir da realidade fáctica, como ser vivo, é perceber como é que ela é, como é que processa a existência – ineliminavelmente marcada pela ideia de autopertença (à qual se associa a autonomia e a responsabilidade), mas também de *relação* (*respectivum*), e pela vocação para a finalidade. *Vide*, COSTA GONÇALVES, *Pessoa...*, pp. 40-61.

autonomamente relações jurídicas¹⁷³, a natureza, a justificação e os limites das suas personalidades não são idênticos.

ORLANDO DE CARVALHO, afirmando a personalidade jurídica (singular) como a *projectão no Direito da personalidade humana*, identifica-lhe como corolários as notas da *essencialidade, indissolubilidade e ilimitabilidade*. A essencialidade traduz a relação de necessidade entre a subjectividade humana e a personalidade jurídica singular, impondo as restantes notas enquanto reivindicações ao direito consonantes com a primazia da dignidade humana - traduzindo-se no seu carácter *irrecusável, inadiável, inexpropriável, indisponível e ilimitado*¹⁷⁴.

Estas garantias já não existem a propósito da personalidade colectiva, guiada por ideias de *instrumentalidade e analogia*¹⁷⁵, onde está ausente um substrato ontológico humano que as imponha. Assim, só haverá personalidade colectiva se houver uma iniciativa propulsora, por parte de pessoas singulares, nesse sentido – não é uma imposição ao Direito pela dignidade humana, não há *essencialidade* -, nem há *indissolubilidade e ilimitabilidade*, pois, v.g., o acto de constituição da pessoa colectiva está, *ex vi* 158.ºA, sujeito aos requisitos de validade do negócio jurídico (280.º), tem requisitos de conteúdo (167.º) e de forma (168.º) e pode verificar-se a sua extinção (182.º ss., quanto às associações). O exposto justifica que o sistema jurídico não se mobilize da mesma maneira, nem com a mesma intensidade para tutelar a personalidade colectiva, como o faz para a singular.

A personalidade jurídica singular goza de uma tutela multinível: constitucional, por Direitos Fundamentais¹⁷⁶; por via do direito internacional¹⁷⁷ e europeu¹⁷⁸; pelo direito administrativo e fiscal¹⁷⁹; penal e processual penal¹⁸⁰, processual civil¹⁸¹, *inter alia* - mas a

¹⁷³ MOTA PINTO, *Teoria...*, p. 193.

¹⁷⁴ ORLANDO DE CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, pp. 190-4.

¹⁷⁵ *Ibid.*

¹⁷⁶ Estendidos, na medida da compatibilidade com a respectiva natureza, às pessoas colectivas (art. 12.º .2 CRP) – em consonância com a letra do 160.º. CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, pp. 420-2.

¹⁷⁷ *E.g.*, através das Convenções internacionais que vinculam o Estado português (art. 8.º CRP); pela abertura a DF consagrados em diplomas internacionais e pela harmonização com a DUDH (16.º CRP).

¹⁷⁸ A CDFUE, *e.g.*, é, desde 2009, direito primário da UE (art. 6.º TUE), gozando assim de vinculatividade jurídica e dos princípios do efeito directo e do primado do direito europeu.

¹⁷⁹ Vinculando-se, por força do art. 18.º CRP, as entidades públicas aos DLG e orientando-se a AP pelos princípios de prossecução do interesse público e da protecção dos direitos e interesses dos cidadãos e pelo princípio da proporcionalidade (respectivamente, art. 4.º e 7.º, CPA); assim como, pelo amplo acesso à justiça tributária, v.g., art. 9.º LGT.

nossa reflexão situa-se especificamente no âmbito substantivo civil. Aí, o ponto de partida é necessariamente o art. 70.º onde se consagra uma *tutela geral da personalidade* capaz de abarcar em si todos os direitos de personalidade que os ramos *supra* prevejam, considerando “qualquer ofensa ilícita ou ameaça à sua personalidade física ou moral”, e que se faz valer por mecanismos repressivos (como a responsabilidade civil) e preventivos (como providências de prevenção ou atenuação de danos)¹⁸². Esta cláusula geral¹⁸³, de inspiração germânica, pretende providenciar uma tutela não constricta às limitações do legislador, revelando-se de extrema utilidade perante um entendimento da pessoa e da sua personalidade como algo complexo e em dinâmica contínua. O seu fito é providenciar uma defesa tão abrangente quanto o devir humano, na sua vertente pessoal¹⁸⁴ e social¹⁸⁵,

¹⁸⁰ A típica tensão com a liberdade/responsabilidade e a prevenção e segurança que estes ramos do direito balanceiam – evidente, *inter alia*, em princípios como o da legalidade criminal, direito ao silêncio e ao contraditório e o regime das proibições de prova.

¹⁸¹ *E.g.*, é legítima a recusa de dever de cooperação para a descoberta da verdade (de 3.º e de parte) quando a obediência implique, *inter alia*, violação da integridade física ou moral das pessoas (417.º 3 CPC).

¹⁸² As providências preventivas ou atenuantes, que podem ser cumuladas com responsabilidade civil, são, pela letra do 70.º .2, as “adequadas às circunstâncias do caso” – o que, sendo indeterminado, não é discricionário, pois está vinculado ao princípio da proporcionalidade. Estas podem consistir, *inter alia*, em *acção directa* (336.º); *legítima defesa* (337.º); no requerimento de providências cautelares conservatórias ou antecipatórias (362.º ss. CPC) e na proposição de uma acção declarativa sob a forma de processo especial de tutela da personalidade (878.º ss CPC), pelo qual o Tribunal pode decretar todas “providências concretamente adequadas”, e cominar o seu cumprimento com sanção pecuniária compulsória, ou até uma decisão provisória, não susceptível de recurso, quando perante *lesão iminente e irreversível da personalidade* (879.º .5 CPC).

No anterior CPC o processo especial de tutela de personalidade era consagrado como de jurisdição voluntária – aqueles em quem por só haver um feixe de interesses, não há condições de emergência do direito de acção e não se exerce a função jurisdicional em sentido próprio – mas, desde a Reforma de 2013, já não é. Esta alteração significa que já não se lhe aplicam os arts. 986.º ss. CPC, *maxime*, o Tribunal já não pode escusar-se aos *critérios de legalidade estrita* (987.º) porque este é um processo contencioso que implica o exercício da função jurisdicional. *Vide*, LEBRE DE FREITAS, *A Acção Declarativa Comum à luz do Código de Processo Civil de 2013*, pp. 17-8 e REMÉDIO MARQUES, *A Acção Declarativa à luz do Código Revisto*, pp. 113-8.

¹⁸³ Mais adequada que uma regulação por *fattispecie*, embora ambas sejam usadas em ordenamentos jurídicos denominados de *igualitários*, *i.e.*, aqueles que tutelam a personalidade humana de forma igual (e plena), e não, como os *inigualitários*, por referência a *status* com níveis diferenciados de tutela (legitimadores, *v.g.*, da escravatura, por se julgar a personalidade jurídica do escravo *alieni iuris*). A relevância da distinção entre um sistema de cláusula geral ou de direitos especiais de personalidade (que pode, mesmo assim, admitir ou não a tutela da personalidade como um todo) diminui à medida que aumenta o círculo desses direitos positivados, sobretudo na medida em que não sejam taxativos. CAPELO DE SOUSA, *O Direito...*, pp. 119-23

¹⁸⁴ E, apesar de ser comum a todas as pessoas – associando a comum *humanitas* a igual *dignitas* -, é também matriz para a individualidade, não se tutelando a pessoa idealizada, mas sim cada pessoa com respeito pela sua individualidade e direito à diferença e livre desenvolvimento da personalidade. CAPELO DE SOUSA, *O Direito...*, p.113-8 e 151-5.

¹⁸⁵ A gregriedade humana é, além de uma ideia básica à própria emergência do Direito, essencial à formação da personalidade pela articulação do eu-pessoal com o eu-social – veja-se, *e.g.*, as diferenças de desenvolvimento psíquico relatadas nos conhecidos casos de *feral children*, privadas do processo de enculturação, assim como os impactos negativos no desenvolvimento e no sistema imunitário registados em bebés institucionalizados com défice de contacto humano.

identificando, por isso, um direito matriz (*Mutterrecht*) do qual todos os outros – positivados¹⁸⁶ ou não – derivariam¹⁸⁷.

O direito geral de personalidade caracteriza-se pelo seu objecto ser de *carácter unitário, complexo, integrado e dinâmico*¹⁸⁸, o que se reflecte na riqueza e multiplicidade de bens que a integram, insusceptíveis, por isso, de autonomização exaustiva. A dogmática, partindo da matriz do art. 70.º, extrai concretizações dessa tutela geral, destacando direitos especiais de personalidade e facilitando a sua operacionalidade. O próprio legislador sentiu necessidade em fazê-lo pontualmente, como se torna evidente pela análise dos artigos seguintes – nome; pseudónimo; imagem¹⁸⁹. Temos, deste modo, que conciliar a existência do direito geral de personalidade com a dos direitos especiais, sejam estes especificamente autonomizados pelo legislador, seja os que advêm do labor doutrinal e jurisprudencial.

Não ignorando as essenciais diferenças entre as pessoas singulares e colectivas, cremos que a opção de subjectivar determinados complexos ontologicamente distintos dos humanos, e não outros, demonstra a eleição de uma determinada escala de intervenientes no comércio jurídico que tem necessariamente de ser respeitada, mesmo que se possa discutir, a montante, os fundamentos da distinção entre eles¹⁹⁰. E esse respeito implicará,

¹⁸⁶ Cuja autonomização se deve à “memória do sistema”, *i.e.*, a recorrente dinâmica violação-tutela desses interesses levou a que o legislador os destacasse. Embora a sua tipicidade não lhes garanta um estatuto mais elevado face a outros interesses que se possam considerar como parte do direito geral, a consagração de um regime específico tem que ser considerada com valor de lei especial, aplicando-se não só quando diante da sua hipótese, mas servindo de suporte (sempre que possível) para a construção analógica, aquando da mobilização da cláusula geral, do regime de outros interesses não especialmente positivados. PAIS DE VASCONCELOS, *Direito de Personalidade*, pp. 64-6.

¹⁸⁷ A identificação de uma pluralidade de direitos especiais não representa uma desconjuntura, porque em rigor eles nunca se libertam do direito geral – são somente manifestações suas e que não esgotam o complexo do direito geral – cuja unidade transporta uma dinâmica que supera a mera junção das partes. CAPELO DE SOUSA, *O Direito...*, pp. 559-62.

¹⁸⁸ O auxílio de ciências extra-jurídicas revelam a pluralidade de factores – bio-psico-sociais - que contribuem para a formação da personalidade humana, numa dinâmica rica e exposta à historicidade, e por isso impossível de delimitar ou contemplar na sua plenitude – daí a necessidade de tutelar o *ser em devir*. *Idem*, pp.106-17.

¹⁸⁹ Contudo, como bem nota CAPELO DE SOUSA, os bens da personalidade são virtualmente ilimitados, pelo que além de estas autonomizações não poderem jamais ser taxativas, não devem procurar ser exaustivas – o que seria objectivamente impossível e frustrador dos objectivos do legislador. Assim, CAPELO DE SOUSA, *O Direito...*, p.152

¹⁹⁰ Veja-se, a este propósito, ZENHA MARTINS, *Das Associações sem personalidade jurídica*, pp. 101 e ss. e PAIS DE VASCONCELOS, *As pessoas colectivas no Código Civil – 30 anos depois*, pp. 248-9.

Esta questão não seria, para o nosso tema, uma dificuldade se o sistema delitual português, à semelhança do francês, assentasse numa cláusula geral, mais aberta à consideração dos danos destas realidades sem

no nosso entender, o reconhecimento de *direitos de personalidade*¹⁹¹, sem os quais não se verificaria a verdadeira elevação de um dado complexo à categoria de *sujeito de direitos*¹⁹². Esta é, aliás, a posição maioritária da dogmática portuguesa¹⁹³, o que justifica que, apesar de o argumento da *não titularidade de direitos de personalidade* ser também invocado para negar a compensação de danos não patrimoniais de pessoas colectivas¹⁹⁴, apenas o abordemos lateralmente, introduzindo a problematização de direitos de personalidade concretos.

CAPELO DE SOUSA parte da capacidade das pessoas colectiva (160.º) para afirmar a distinção entre os direitos (especiais) de personalidade passíveis de serem reconhecidos às pessoas colectivas, exceptuando, por isso, todos aqueles que ficam de fora da sua capacidade – *i.e.*, aqueles que sejam inseparáveis da personalidade humana, restando todos aqueles que sejam compatíveis com a sua natureza^{195 196}. Percebemos que estes direitos, na linha do que já havíamos visto para a própria personalidade jurídica, não são exactamente da mesma natureza dos reconhecidos a pessoas singulares, mas sim *análogos*.

Outra questão que, legitimamente, se pode colocar é acerca da viabilidade de extensão da cláusula geral do art. 70.º às pessoas colectivas. Concordamos com CAPELO DE SOUSA quando o A. qualifica o direito geral de personalidade como “indissolúvelmente ligado às pessoas singulares” – pelo modo como o caracterizámos *supra* -, concluindo, por isso, ser “de afastar que tal direito, *quo tale*, possa valer para as pessoas colectivas”¹⁹⁷. O

necessidade de subjectivização prévia e correspondente atribuição de direitos de personalidade. Neste sentido, VELOSO, *Danos não patrimoniais a sociedade comercial?*, p. 37.

¹⁹¹ O contrário tornaria a tutela delitual do bom nome e do crédito do art. 484.º imprestável. Assim, ALBUQUERQUE MATOS, *Responsabilidade...*, p. 370.

¹⁹² “Ser sujeito de direito (...) significa (...) ser sujeito de direitos”, *cit.*, MOTA PINTO, *Teoria...*, p. 100.

¹⁹³ PAIS DE VASCONCELOS, apesar de afirmar que “os direitos de personalidade estão indissolúvelmente ligados à dignidade humana e são, por isso, inseparáveis da personalidade singular”, cunhando até o seu reconhecimento a pessoas colectivas como um “equivoco positivista”, acaba por, apelando à analogia, alcançar conclusões similares às que aqui tomámos e que coincidem com a posição maioritária da dogmática. *Cit.* PAIS DE VASCONCELOS, *Direito...*, p. 123.

¹⁹⁴ Assim, VELOSO, *Danos não patrimoniais a sociedade comercial?*, pp. 35-6.

¹⁹⁵ Excluindo-se, *inter alia*, o direito à vida, à integridade física, à liberdade sexual, e reconhecendo-se, *e.g.*, o direito à identidade pessoal, à honra, à autodeterminação informacional. Assim, CAPELO DE SOUSA, *O Direito...*, pp. 594-9. Sendo, nesta linha, muito criticada, pela dogmática penal, a inclusão no catálogo do art. 11.º .2 CP de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual de menores (art. 163.º a 166.º), *i.e.*, havendo-se a pessoa colectiva como agente do crime. *Inter alios*, FIGUEIREDO DIAS, *Direito...*, p. 302.

¹⁹⁶ O A., apesar de se focar mais no critério da natureza, refere também o *princípio da especialidade do fim* enquanto crivo dos direitos de personalidade da pessoa colectiva. Como já desenvolvemos *supra*, qualquer que seja o entendimento que sufraguemos quanto a esta matéria, não poderíamos considerar *os fins* da pessoa colectiva como uma limitação, porque no nosso sistema não há controlo prévio de fins.

¹⁹⁷ *Cit.* CAPELO DE SOUSA, *O Direito...*, p. 601.

A. ressalva, contudo, a possibilidade de considerar, dentro da multiplicidade de bens integrantes da personalidade humana, alguns para os quais se verifica a analogia necessária à extensão da sua tutela para pessoas colectivas – o único limite seria o da própria capacidade colectiva, e esta, como vimos, é limitada em função da sua diferenciação ontológica para com a personalidade humana. Estes são de considerar quer estejam, ou não positivados, permitindo-se o A., desse modo, continuar a referência a um *direito geral de personalidade*, mesmo para pessoas colectivas, embora já não lhe possa apontar as características essenciais da cláusula geral que intenciona defender um *ser em devir* - na sua dimensão pessoal e social -, nem tão pouco caracterizar os seus direitos especiais de personalidade da mesma maneira¹⁹⁸ – são meros resultados de uma analogia, para qual há semelhanças suficientes que a justifiquem, mas não há uma identificação de *relata*.

3. Tutela da personalidade jurídica colectiva

3.1. Direitos de personalidade colectiva – o caso da honra

Vimos que as personalidades jurídicas singular e colectiva são, na sua essência, diferentes, mas que apesar disso, as pessoas colectivas têm, no ordenamento jurídico português, direitos (e deveres) fundamentais, pois assim está expressamente consagrado no art. 12.º .2 CRP – cuja única limitação é a compatibilidade do respectivo direito com a sua natureza (à semelhança do que se consagra na lei civil), o que depende da natureza do próprio direito e cuja adequação se encontra somente por uma análise casuística¹⁹⁹.

A tutela da honra merece a nossa especial atenção, quer pelo valor que ocupa no ordenamento jurídico, quer pela regularidade com que o tema é posto à jurisprudência – representando, no que concerne ao nosso tema, directa ou indirectamente, a quase totalidade dos casos-problema²⁰⁰.

¹⁹⁸ Ibid.

¹⁹⁹ Nesse sentido, CANOTILHO e MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, pp. 330-1.

²⁰⁰ Como uma análise à jurisprudência relevante, v.g., CUNHA RODRIGUES, *et al.*, *O Dano na responsabilidade civil*, pp. 319-38. Igualmente, quanto a alguns casos postos aos tribunais italiano, PLEBANI, *La terza stagione del danno non patrimoniale (1995-2003): la sua estensione e dilatazione*, pp. 28-32.

Constitucionalmente, o *bom nome e a reputação*²⁰¹ integram o elenco de *outros direitos pessoais* consagrados no art. 26.º CRP²⁰², qualificando-se, por isso, como DLG e beneficiando do seu regime de especial tutela²⁰³.

No que respeita ao direito penal, entre os crimes contra a honra em que possa figurar como ofendido uma pessoa colectiva, consagram-se, respectivamente, nos art. 180.º, 181.º e 187.º CP, o crime de difamação, de injúria e o de ofensa a organismo, serviço ou pessoa colectiva. O STJ, por Assento de 24 de Fevereiro de 1960, fixou jurisprudência no sentido de as pessoas colectivas poderem ser sujeitos passivos dos crimes de difamação e de injúria²⁰⁴ – com base num Parecer da PGR que, ainda na vigência do CP 1886, ancorou a sua argumentação numa interpretação extensiva da letra desses tipos²⁰⁵, assim como no regime de protecção que o CCom. dispensa à firma²⁰⁶ - e essa é a opinião da doutrina maioritária²⁰⁷.

O mesmo consenso já não se verifica em relação ao tipo legal do art. 187.º CP, que desde a revisão operada pela Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro, sofreu uma inversão na sua letra que alterou radicalmente o sentido que a dogmática lhe vinha atribuindo. Até essa alteração, o art. referia a “(...) credibilidade, o prestígio e a confiança que sejam devidos a pessoa colectiva, instituição, corporação, organismo ou serviço que exerça autoridade pública (...)”, agora dispõe sobre os “(...) que sejam devidos a organismo ou serviço que exerçam autoridade pública, pessoa colectiva, instituição ou corporação (...). A

²⁰¹ Apesar de não ser feita uma referência expressa à *honra*, é esse bem jurídico que a doutrina tem encontrado como objecto de tutela. Nesse sentido, CANOTILHO e MOREIRA, *Constituição...*, p. 466.

²⁰² Gozam de um destaque sistemático, seguindo o *direito à vida e à integridade pessoal*, que se repete no CP, o qual dedica aos *crimes contra a honra* um capítulo específico, e os tipifica logo depois dos crimes contra a vida, a integridade física e contra a liberdade pessoal e sexual.

O art. 26.º CRP consagra, ainda, um direito *ao desenvolvimento da personalidade*, um DLG formalmente constitucional desde 1997, que, *inter alia*, comporta, em paralelo com um direito à *auto-afirmação* (*i.e.*, a descobrir e cultivar as suas potencialidades sem ingerências), o direito à *auto-exposição*, *i.e.*, à construção do eu-social e à protecção do indivíduo no espaço público – do qual se pode extrair, igualmente, uma tutela do bom nome e da reputação. Assim, CANOTILHO e MOREIRA, *Constituição...*, pp. 463-5.

²⁰³ Para mais desenvolvimentos, CANOTILHO, *Direito...*, pp. 438-84.

²⁰⁴ Ambos os tipos objectivos de ilícito implicam a imputação a uma pessoa de juízos, de facto ou de valor, *ofensivos da sua honra ou consideração*. A diferença está em essa imputação ser feita directa (injúria) ou indirectamente (difamação) por via de um terceiro. FARIA COSTA (*vide*, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, pp. 911-2) nota a invulgar ordenação sistemática entre ambos os tipos legais, pois, sendo o bem jurídico em causa pessoalíssimo, uma ofensa directa ter-se-ia por mais gravosa que uma ofensa indirecta – o que a sistemática e moldura penal não traduzem, uma vez que a difamação está consagrada em primeiro lugar e com o dobro da moldura da injúria, revelando que a ofensa à honra assume maior dignidade penal quando é, neste caso pela instrumentalização de um terceiro, levada a cabo num contexto menos privado e por isso mais atentatório da sua faceta exterior.

²⁰⁵ Art. 407.º e 410.º, que, respectivamente, se referem ao sujeito passivo por “outrem” e “qualquer pessoa”.

²⁰⁶ Entretanto revogado (art. 19.º a 28.º) e hoje consagrado no CSC, como veremos.

²⁰⁷ FARIA COSTA, *Comentário...*, p. 980.

transposição do requisito da *autoridade pública* levou a que seja agora um elemento do tipo restrito aos *organismos e serviços*, o que, conseqüentemente, implica que tenha deixado de o ser para as *pessoas colectivas, instituições ou corporações*, aumentando-se, desse modo, o espectro da incriminação (a todas as pessoas colectivas) e remodelando o espírito da norma²⁰⁸. O CP 1886 já consagrava, no art. 411.º, uma norma semelhante ao art. 187.º na formulação anterior a 2007 - referindo-se à *corporação que exerça autoridade pública* -, e a intenção de se querer, especificamente, incriminar condutas que atentem contra manifestações de *ius imperii* é clara, e.g., se olharmos ao conteúdo da Lei n.º 15/1977, de 24 de Fevereiro, que altera, *inter alia*, o art. 411.º, em contexto de outras alterações exclusivamente atinentes a crimes contra representantes da República e contra a CRP. Assim, cremos ter razão FARIA COSTA quando critica esta inversão de 2007 por originar um excesso de incriminação *injustificável e insustentável*, e por isso violadora do princípio do Direito Penal como *ultima ratio* – uma vez que, afirma o A., já se reconhecia a tutela criminal da injúria e da difamação e a lesão à *credibilidade* de pessoas colectivas privadas deve ser relegada ao direito civil (que, aliás, a ela se dedica)²⁰⁹.

A honra é um bem jurídico multidimensional e a sua tutela manifesta essa complexidade e é da maior importância para a nossa reflexão. Nela, pode identificar-se uma faceta interna ou subjectiva e uma faceta externa ou objectiva²¹⁰. A dimensão subjectiva respeita à forma como o indivíduo se vê a si próprio, a sua auto-estima, enquanto que a objectiva concerne ao modo como este é visto pelos outros, *i.e.*, pela sociedade. Como analisámos *supra*, a tutela geral da personalidade, conferida pelo art. 70.º, ambiciona ser tão ampla quanto o exija a realização do ser humano, enquanto ser em devir em abertura relacional, o que a prepara para esta complementaridade entre a faceta interna e externa do bem jurídico em causa, estando os mecanismos repressivos, preventivos e mitigadores do 70.º .2 à disposição da sua tutela, qualquer que seja a vertente em causa – destaque para a tutela delitual, por recurso ao art. 483.º. O direito à honra é um direito subjectivo²¹¹, e por isso absoluto, que serve, ademais, como *referência matricial*

²⁰⁸ *Idem*, p. 981.

²⁰⁹ *Idem*, pp. 988-9.

²¹⁰ Variando a denominação consoante a perspectiva que se tenha sobre a natureza da honra. *Vide*, Conceção fáctica v. normativa v. interpessoal, FARIA COSTA, *Comentário...*, pp. 906-11.

²¹¹ *I.e.*, na formulação tradicional, um “poder jurídico (reconhecido pela ordem jurídica a uma pessoa) de livremente exigir ou pretender de outrem um comportamento positivo (acção) ou negativo (omissão) ou de

para outros direitos pessoais (subjectivos) igualmente tutelados por concretizarem o seu alcance²¹².

Se a vertente subjectiva está intimamente dependente de um suporte bio-psicológico – ser capaz de juízos de valor sobre si mesmo e de ter uma resposta somática quando esses sejam negativos -, a vertente objectiva está inteiramente dependente da consideração que terceiros tenham sobre uma determinada pessoa. Mesmo que as considerações que os outros teçam sobre um indivíduo possam afectar o modo como este se vê a si mesmo, as duas vertentes são autónomas e não se confundem. Um indivíduo pode ver lesada a sua auto-estima sem que se registre qualquer lesão à sua consideração social, e a reputação de uma pessoa pode ser lesada sem que tal tenha qualquer consequência sobre a ideia que o indivíduo tenha de si mesmo – e se o conhecimento da afectação à faceta externa tiver impacto na faceta interna, esse é exclusivamente um problema desta última.

É esta autonomia que possibilita que se estenda um direito à honra, e respectiva tutela, a pessoas colectivas, pois, mesmo que aquela vertente interna não exista, a externa não só existe, como veremos *infra*, como o ordenamento jurídico disponibiliza inúmeros e diversificados mecanismos para a sua tutela. Assim decidiu o TC(Es) que, em 1995²¹³, afirmou que a titularidade de DF por pessoas colectivas depende não só dos fins que estas pretendam realizar – devendo assegurar-se-lhes todos os direitos necessários ao cumprimento do seu escopo, e manutenção da existência e identidade do próprio ente²¹⁴ -, mas também da natureza do DF em causa, e, a esse propósito, partindo de uma compreensão bilateral do bem jurídico *honra*, concluiu que as pessoas colectivas só são titulares da sua faceta objectiva. Sendo esta violada, terão, então, as pessoas colectivas um direito à respectiva tutela²¹⁵, nos termos do art. 18.º .1 CE e da Ley Orgánica n.º 1/1982, de

por um acto livre de vontade, só de per si ou integrado por um acto de uma autoridade pública, produzir determinados efeitos jurídicos que inevitavelmente se impõe a outra pessoa (contraparte ou adversário)”. Cit. MOTA PINTO, *Teoria...*, pp. 178-9.

²¹² Até de outros direitos subjectivos que dela sejam autónomos, como o direito à imagem que analisaremos *infra*. ALBUQUERQUE MATOS, *Responsabilidade...*, pp. 128-30.

²¹³ STC 139/1995, de 26 de Setembro, BOE 246. Já anteriormente, o TS, STS de 31/03/1930, havia reconhecido o direito fundamental à honra de pessoas colectivas privadas, *in casu* uma S.A., e tal fez jurisprudência até à inversão personalista do TC(Es), pela STC 107/1988, de 8 de Junho, que vedou este DF a pessoas não humanas, e influenciou o TS até 1995. Assim, VERAS SANTOS, *Las personas jurídicas privadas como titulares del derecho al honor en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, pp. 21-32.

²¹⁴ Vide, GUITIÁN, *El derecho al honor de las personas jurídicas*, p. 807.

²¹⁵ *Idem*, pp. 808-10.

5 de Maio²¹⁶ - destaque para o art. 9.º 3 que consagra o direito a uma *indemnização* pelo *dano moral*²¹⁷, que, por força desta posição do TC(Es), se considera aplicável às pessoas colectivas.

Esta é também uma posição clara no STJ que, *inter alia*, no Ac. de 8 de Março de 2007, reconhece o direito “à honra na sua vertente da consideração social” a pessoas colectivas, embora essa unanimidade não se reflecta na necessária consequência de condenação do demandado à compensação de danos não patrimoniais (como ocorreu, *in casu*, por ofensa ao direito ao crédito).

3.2. A tutela do crédito e do bom nome como concretizações da honra

O art. 484.º consagra uma tutela do *bom nome* e do *crédito*, lesados pela difusão de factos²¹⁸, impondo uma obrigação de reparação dos danos causados, seja o lesado uma pessoa singular ou colectiva. ALBUQUERQUE MATOS afirma não haver qualquer *telos*, nem justificação histórica, para a autonomização desta norma da regra geral que a precede, pois a tutela do bem jurídico honra já se subsume na primeira modalidade de ilicitude²¹⁹ e as ofensas ao bom nome, através da afirmação ou difusão de factos, encontram aí guarida – qualificando, por isso, esta norma como uma precipitação legislativa, que melhor figuraria

²¹⁶ Que consagra expressa protecção civil aos direitos fundamentais da honra, intimidade da vida privada e familiar e da imagem – consagrados, primeiramente, no art.º 18.1 CE. É de destacar, aliás, que esta dupla face do bem jurídico *honra* tem suporte legal no art. 7.º 7 da LO, que faz referência à *fama* e à *propria estimación*. A referência à *fama* é, segundo ALBUQUERQUE MATOS, uma defeituosa referência à faceta externa da honra (à reputação), não tendo sido intenção do legislador espanhol tutelar uma “efêmera notoriedade pública”, a qual não tem dignidade jurídica para uma tutela autónoma (nem tão pouco está em paralelo com a auto-estima, como, caso contrário, decorreria daquela norma). *Vide*, ALBUQUERQUE MATOS, *Responsabilidade ...*, pp. 133-4.

²¹⁷ Na terminologia do legislador e jurisprudência espanhóis.

²¹⁸ A diferenciação entre juízos de valor e de facto é essencial para o preenchimento do tipo de ilícito específico. Um juízo de facto advém da realidade e por isso pode ser testado, qualificando-se como verdadeiro ou falso. Um juízo de valor, por seu lado, é uma opinião, produto de uma convicção subjectiva e por isso somente avaliável quanto à sua justeza (por via de outro juízo de valor). *Vide*, ALBUQUERQUE MATOS, *Responsabilidade...*, pp. 263-87.

Se o facto consistir, ao invés, na afirmação ou difusão de juízos de valor, e for violador da honra, a tutela far-se-á ao abrigo do direito geral de personalidade, art. 70.º, e do princípio geral de responsabilidade civil, art. 483.º.

²¹⁹ Afastando assim a sua recondução à segunda modalidade – violação de norma de protecção –, uma posição que, em comentário à norma, ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA não estavam confortáveis em assumir sem reservas, deixando em aberto a questão da titularidade de um direito subjectivo ao crédito e ao bom nome por pessoas colectivas. Assim, ANTUNES VARELA/PIRES DE LIMA, *Código...*, I, pp. 485-6.

a propósito dos direitos de personalidade que da responsabilidade civil²²⁰ (como, v.g., no CCM, art. 73.º, embora em termos diferentes²²¹). As mesmas considerações já não se estendem à autonomização do crédito, que, apesar de se manter como um direito de personalidade, tem notas de patrimonialidade que sustentam a sua sistematização e regime especial²²². Apesar destas observações, com as quais concordamos, a consagração do art. 484.º tem outros elementos relevantes para a nossa reflexão, uma vez que faz expressa menção à possibilidade de o sujeito lesado ser uma pessoa colectiva.

O bom nome e o crédito são realidades diversas, mas ambas são componentes do bem jurídico matricial *honra*, em rigor, da sua dimensão externa. O bom nome traduz o feixe de concepções que uma dada comunidade tem acerca de cada um dos seus membros, *i.e.*, o *status* que uma pessoa aduz no meio em que se insere, consoante a *praxis* do mesmo; o crédito reporta-se à especificidade desse estatuto quanto às relações comerciais, *i.e.*, ao reconhecimento, por terceiros, de que um determinado sujeito é fiável, honrado e competente nos seus negócios, e por isso digno de confiança e segurança. Assim, o leque de possíveis lesados no direito ao crédito é mais reduzido que o de lesados no direito ao bom nome, restringindo-se aquela lesão ao sujeito passivo que desempenhe uma actividade sócio-profissional e aos casos em que haja correspondência entre a mesma e os factos afirmados ou difundidos²²³.

Sendo o *bom nome* e o *crédito* bem jurídicos, *per se*, já reconduzíveis à dimensão social da honra, não há particularidades de regime consoante o lesado seja uma pessoa singular ou colectiva, pelo que valorizamos este art. sobretudo pelo destaque à personalidade colectiva, superando dúvidas que, caso contrário, pudessem surgir. ALBUQUERQUE MATOS aponta, contudo, que a ausência da dignidade humana, enquanto matriz da personalidade colectiva, poderá ter repercussões aquando do confronto entre o direito ao bom nome e a liberdade de expressão, caso se confirme que o facto ofensivo é verdadeiro. Entender a divulgação de factos verdadeiros ainda como uma lesão ao bom nome e ao crédito resulta de uma valorização – no confronto entre aqueles valores

²²⁰ Apesar de, nos trabalhos preparatórios, VAZ SERRA autonomizar alguns direitos subjectivos – não para criar um sistema de *numerus clausus* de direitos ou de tipicidade de ilícito (pois pretendia o contrário), mas somente como reforço de alguns direitos mais relevantes, meras exemplificações comuns a um processo de habituação a um sistema em mudança - que deveriam ser reconduzidos a uma cláusula do tipo da que hoje está consagrada no art. 483.º, o A. não faz referência alguma ao *bom nome*, somente à *honra*. Assim, ALBUQUERQUE MATOS, *Responsabilidade...*, pp. 150-6.

²²¹ PAULO MOTA PINTO, *Os mecanismos de protecção civil da honra e a comunicação social*, p. 86.

²²² Neste sentido, ALBUQUERQUE MATOS, *Responsabilidade...*, pp. 163-9 e 189-90.

²²³ *Idem*, pp. 114-20 e 156-63.

e a liberdade de expressão – preferencial dos mesmos, enquanto manifestações da dignidade humana²²⁴. Tal estará ausente se o lesado for pessoa colectiva, conferindo-lhe menor *densidade axiológica*, e conduzindo, perante este desequilíbrio de arguição da verdade, à possível exclusão da responsabilidade do lesante. Apesar disso, tal não basta, na óptica do A., para que se crie um regime diferenciado para as pessoas colectivas, sob o risco de anular o conteúdo do art. 484.^{o225}, mas é uma repercussão das diferenças essenciais entre a personalidade colectiva e singular relevante para a nossa reflexão.

3.3. A tutela da imagem

Em alguns Acs., *e.g.*, STJ de 12 de Setembro de 2013, discute-se a compensação de danos não patrimoniais de pessoas colectivas a propósito da lesão do direito à imagem, contudo parece-nos que, em rigor, estamos diante de ofensas à honra - cuja projecção externa pode ser confundida com uma acepção lata de *imagem*. Há que manter presente, contudo, que o direito à imagem respeita à autodeterminação quanto à projecção (literalmente) imagética de uma dada pessoa - quer quanto à captura, quer quanto à sua manipulação de imagens²²⁶. Não se confundindo, desse modo, com a projecção externa da honra, que apenas na linguagem corrente conotamos com a *imagem*.

No Ac. citado, está em causa a revista de um Ac. do TRG que havia revogado uma sentença condenatória em indemnização de danos patrimoniais e compensação de não patrimoniais, mantendo somente a parte indemnizatória por considerar que se registava uma duplicação de danos. O demandante alegou que a Relação desconsiderou que dos factos provados resultavam, igualmente, danos não patrimoniais, nomeadamente à sua imagem “(...) na medida em que a sua capacidade de obtenção de crédito junto dos fornecedores estava dependente da sua reputação e credibilidade, que teria sido abalada (...)”. Ora, parece-nos que o termo *imagem* está aqui empregue naquela acepção lata, e não de acordo com rigor jurídico; e a tutela que se clama – e se concede, revogando o STJ a revogação feita em apelação – é a tutela do bom nome e do crédito²²⁷.

²²⁴ Para mais desenvolvimentos sobre a divulgação de factos verdadeiros, *idem*, pp. 432-62.

²²⁵ Assim, *idem*, pp. 378-9.

²²⁶ CANOTILHO e MOREIRA, *Constituição...*, p. 467 e PAIS VASCONCELOS, *Direito...*, pp. 83-4.

²²⁷ E o Tribunal acaba por o reconhecer, embora não se afaste daquela linguagem ambígua, afirmando que “não foi esta violação da imagem da autora, imagem esta tomada no seu aspecto de bem imaterial, melhor dizendo, no aspecto de produtora de bens imateriais – a estima, a consideração, o bom nome (...)”.

Assim, não cremos que o direito à imagem, conforme o compreendemos, integre o leque de direitos de personalidade cujo confronto da sua natureza com a natureza de uma pessoa colectiva não seja um obstáculo à sua extensão à personalidade colectiva²²⁸. Além de ser óbvio que uma pessoa colectiva é destituída de materialidade corpórea em que possa incidir luz a ser capturada por uma lente, não vale aqui um princípio de liberdade e autodeterminação em respeito ao próprio corpo²²⁹ que inspira esta tutela da representação imagética de uma pessoa – cuja natureza está incindivelmente ligada à personalidade jurídica singular.

3.4. A tutela da identidade pessoal

Apesar das considerações tecidas no ponto anterior, há uma esfera de imaterialidade mais ampla, diferente do direito à honra (e suas manifestações no bom nome e no crédito), mas estabelecendo com ela uma relação de proximidade que justifica a sua consideração neste momento. Falamos do *direito à identidade pessoal* e dos interesses imateriais nele entretecidos cuja violação pode ser susceptível de fundar uma acção de responsabilidade civil por danos não patrimoniais, mesmo que ante um lesado que seja pessoa colectiva. Entre nós, tem consagração constitucional, enquanto DLG, no art. 26.º e, civilmente ao abrigo do direito geral de personalidade (70.º), além de se concretizar em inúmeros direitos especiais de personalidade.

O conteúdo direito à identidade pessoal caracteriza-se pela sua *fluidéz*, resultado da sua matriz pretoriana no ordenamento jurídico italiano²³⁰, qualificando-o ALBUQUERQUE MATOS como um *Rahmenrecht*. Pode sintetizar-se no direito a portar uma identidade própria e que essa seja respeitada pelos demais, contudo, os seus elementos constitutivos são ilimitados (ancorando-se, cremos, como que vimos *supra* a propósito do direito geral de personalidade, na ideia do ser em devir). O A. enuncia algumas

²²⁸ Em sentido, contrário, v.g., MAFALDA MIRANDA BARBOSA, reconhecendo-lhe, contudo, um núcleo não coincidente com o de quando titulado por pessoa singular, mas reconduzindo-o ao “poder de controlar o uso que se faz dos sinais distintivos da pessoa”, por nós tratado, ao invés, a propósito da honra, *lato sensu*, direito à identidade pessoal e direitos de propriedade intelectual. Cit. BARBOSA, *Reflexões...*, p. 13.

²²⁹ Que, a par da tutela da integridade física, se suportam no direito geral de personalidade, art. 70.º e são tutelados *ex vi* 483.º. *Vide*, a propósito do consentimento para intervenções médicas, DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente*, pp.121-8 e CAPELO DE SOUSA, *O direito...*, pp. 218-28.

²³⁰ Sobre o direito à identidade pessoal no direito italiano, oposição à sua autonomização e a evolução das suas concepções, *vide*, ALBUQUERQUE MATOS, *Responsabilidade...*, pp. 190-204.

concretizações mais comuns em direitos de personalidade que a ele se reconduzem, como o direito ao nome e ao pseudónimo; direito à imagem; ao segredo, à inviolabilidade da correspondência e do domicílio; direito à liberdade religiosa, de pensamento e expressão política, cultural, etc²³¹.

Não é ainda clara, contudo, qual a perspectiva deste direito, *i.e.*, que aspectos relevam para a sua concretização – e que, por fim, nos permitirão avaliar a sua compatibilidade com a personalidade jurídica colectiva. Confrontam-se, neste campo, os modelos intimista, da aparência e da integração comunitária. ALBUQUERQUE MATOS demarca-se das primeiras duas posições, criticando-lhes a insegurança jurídica associada à sua tutela. A primeira perspectiva apologiza a tutela da identidade pessoal pelas concepções que o sujeito tenha de si próprio, enquanto que a segunda o faz a partir da ideia da aparência, ou seja, proteger-se-ia o modo como cada um entenda preferível apresentar-se à sociedade. Concordamos com o A. quando este aponta a impossibilidade de tutelar *os sentimentos mais íntimos* - que aliás nunca poderiam ser compreendidos sem a mediação de representações sociais, ou mesmo transmitidos sem as insuperáveis limitações da linguagem -, e a inadequação de tutelar as ficções intercomunicáveis que assistem cada um no contacto social, insusceptíveis de se suportarem no valor da segurança e certeza jurídicas²³². Prefere, por isso, uma concepção de identidade pessoal que optimize as dimensões pessoal e social da subjectividade – a perspectiva da integração comunitária. Por esta, o âmbito de tutela jurídica circunscreve-se aos papéis sociais (*status*), *i.e.*, ao eu-social enformado não pelas considerações subjectivas do sujeito ou pela sua projecção aparente, mas a “(...) projecção da sua individualidade (...)” atendendo a “(...) critérios de conformação social comunitariamente prevalentes”²³³ que sejam perceptíveis/cognoscíveis objectivamente²³⁴.

Deste modo, admitindo-se este direito à identidade pessoal, concede-se abrigo a diversas manifestações da personalidade, nomeadamente no seu âmbito social/comunitário, mais amplamente que através da tutela da, já referida, vertente externa da honra (mais próxima da pouco rigorosa referência à *imagem*, ou apenas compreensível numa acepção lata, que analisámos no ponto anterior). A ofensa não consiste agora na afirmação ou

²³¹ *Idem*, p. 205.

²³² Ambas em detalhe, e respectivas críticas, *idem*, pp. 208-11.

²³³ Cit. *idem*, p. 213.

²³⁴ Sobre esta perspectiva, veja-se *idem*, pp. 212-5.

divulgação de factos que ponham em causa, *e.g.*, o bom nome ou o crédito, mas, diríamos, na *desfiguração* da identidade de uma pessoa que, cremos, tanto pode ser singular como colectiva. Como veremos *infra*, pelo que nos escusamos a mais considerações neste ponto, consagra-se, entre nós, um leque de direitos pelos quais, directa ou indirectamente, se visa proteger esta esfera social dos sujeitos de direito, *in casu* pessoas colectivas. Contudo, há que manter presente que o reconhecimento do direito à identidade pessoal como um *Rahmenrecht* obriga-nos a uma atitude de prudência, pois na maioria das vezes a tutela poderá ser feita *ex vi* algumas das suas concretizações (*v.g.* direito ao nome), de modo que, para evitar uma duplicação de tutela, este deve permanecer em pano de fundo e nem sempre intervirá directamente.

CAPÍTULO V

Outros interesses imateriais compensáveis titulados por pessoa colectiva

1. Preliminares

Pacificada a tutela da personalidade colectiva por via de direitos de personalidade e densificados os mais frequentemente lesados, urge olhar a outros direitos consagrados no ordenamento jurídico para tutela de interesses cujos titulares possam ser pessoas colectivas, e nos quais se faz uma menção expressa à compensação de danos não patrimoniais. Por não configurarem direitos de personalidade, embora estes estejam com eles indirectamente implicados, decidimos tratá-los em capítulo autónomo.

2. Direito de Propriedade Intelectual

O direito da propriedade intelectual engloba a Propriedade Industrial e o Direito de Autor e Direitos Conexos, e, nos termos do art. 17.º .2 CDFUE, é objecto de tutela pelo Direito enquanto direito de propriedade. No contexto do Acordo TRIPS – um tratado internacional, do qual são signatários todos os membros da OMC, cujo objectivo é estabelecer um padrão mínimo de regulação de propriedade intelectual de modo a facilitar as trocas comerciais internacionais²³⁵ - a UE, igualmente signatária (assim como cada um dos seus EM), procurou reforçar a prossecução dos objectivos do Tratado e harmonizar os mecanismos de tutela de direitos de propriedade intelectual no âmbito do mercado interno²³⁶, através da Directiva n.º 2004/48/CE, do PE e do Conselho, de 29 de Abril, também designada de Directiva *Enforcement*. No art. 13.º a Directiva prevê que os EM devem garantir mecanismos para que as autoridades competentes imponham ao *infractor* uma obrigação de *indemnização por perdas e danos*. A transposição para o direito nacional português fez-se pela Lei n.º 16/2008, de 1 de Abril que, *inter alia*, procedeu ao aditamento do art. 338.ºL ao CPI e à alteração do art. 211.º do CDADC, ambos respeitantes à obrigação de indemnização por violação, ora de um direito de propriedade industrial, ora de um direito de autor ou direito conexo. Tal como previsto na alínea a) do art. 13.º .1 da Directiva, o legislador português consagrou a possibilidade de se

²³⁵ Assim, Preâmbulo do Tratado, https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/31bis_trips_e.pdf.

²³⁶ *Vide*, Considerandos 16 a 19, <http://data.europa.eu/eli/dir/2004/48/oj>.

considerarem, entre outros, os *danos não patrimoniais* aquando da fixação do montante indemnizatório (art. 338.º L. 4 CPI e 211.º L. 4 CDADC)²³⁷. Podendo as pessoas colectivas ser titulares destes direitos e, correspondentemente, em caso de violação, titulares do direito à indemnização - o que, ocorrendo frequentemente, não pode ter estado longe do pensamento do legislador – compete-nos analisar o seu regime e perceber se não estará também aqui consagrada, expressamente, entre nós, a ressarcibilidade de danos não patrimoniais por violação de interesses imateriais de uma pessoa colectiva²³⁸.

Há inúmeros direitos de propriedade intelectual, pelo que nos permitimos a abordar somente, quanto à propriedade industrial, os sinais distintivos e, quanto aos direitos de autor e direitos conexos, somente o direito de autor.

Como vimos, é posição do direito comunitário que estes direitos são direitos de propriedade²³⁹, e, também na senda da doutrina maioritária portuguesa, esta é a que acompanharemos²⁴⁰. Esta é a perspectiva clássica, que vê a particularidade da propriedade

²³⁷ Esta formulação - aliás até semelhante à do nosso CC, na medida em que, art. 496.º, consagra que “na fixação da indemnização deve atender-se (...)” - é criticada por desconsiderar a diferente essência entre danos patrimoniais e não patrimoniais. ABRANTES GERALDES preconiza que, em termos processuais, se distinga a matéria de facto relevante para uns e para outros, assim como as diferentes pretensões, apreciando-se cada uma autonomamente. Assim, ABRANTES GERALDES, *Indemnização por Infracção aos Direitos de Propriedade Intelectual*, p. 9.

Antes desta alteração já se considerava, nos termos parcos do 211.º CDADC - *indemnização* - e 316.º CPI - *garantias da propriedade industrial* -, como um ilícito civil ao qual poderia corresponder um direito à indemnização de danos patrimoniais e compensação de danos não patrimoniais, mas não se encontravam expressamente discriminados e raramente eram objecto de atenção pelos Tribunais. Depois da alteração arriscaríamos, pelo que pudemos até agora verificar, que a jurisprudência se tem concentrado sobretudo na introdução da consideração do lucro do lesante para o cálculo do montante indemnizatório e as consequências da mesma para as finalidades da responsabilidade civil. *Vide*, LOPES ROCHA *et al.*, *Tribunal da Propriedade Intelectual*, pp.77-85 e 103-8.

O art. 13.º da Directiva n.º 2004/48 tem originado pouca jurisprudência no TJUE (apenas 5 reenvios prejudiciais), e em respeito a danos não patrimoniais apenas se regista um Ac., de 17 de Março de 2016, onde se discutiu se um pedido de indemnização nos termos do 13.º.b (remunerações hipotéticas) impediria, cumulativamente, a consideração de danos não patrimoniais, tendo o Tribunal decidido que não.

²³⁸ Não ignoramos que na maioria destes exemplos jogar-se-á simultaneamente com uma outra faceta que não pode ser confundida com a pessoa colectiva *qua tale* - a empresa ou estabelecimento comercial. A empresa, em termos gerais, é, *enquanto conjunto de meios relacionados em ordem a um processo produtivo*, parte do objecto da sociedade e manifesta a personalidade jurídica deste sujeito-pessoa colectiva. Mais desenvolvidamente, ABREU, *Da Empresarialidade (as empresas no Direito)*, pp. 214-25.

²³⁹ Tem, assim, as qualidades de um direito de gozo pleno (caracterizado pela indeterminação dos poderes do seu titular para usar, fruir e dispor do bem, dentro dos limites da lei), elástico (pois, mesmo que onerado, a sua potencialidade mantém-se e a cessação do ónus repercute-se automaticamente no retorno dessas faculdade ao titular do direito-mãe); perpétuo (não se extinguindo, via de regra, pelo não uso que, aliás, consubstancia uma das manifestações dos poderes do proprietário); e, como em qualquer direito real, exclusivo e absoluto, traduzindo-se num poder directo e imediato sobre uma coisa. MESQUITA, *Direitos Reais, Sumários das Lições ao Curso de 1966-1967*, pp. 133-7.

²⁴⁰ Igualmente, ABREU, *Curso...*, I, p. 344.

intelectual no seu objecto – por ser uma coisa incorpórea²⁴¹ -, qualificando-a de *direito especial de propriedade* porque, conforme ao art. 1304.º, o CC apenas se lhe aplica subsidiariamente, verificando-se uma relação de especialidade com outras leis, *maxime* CPI e CDADC^{242 243}.

2.1. Tutela da propriedade industrial

O direito de propriedade industrial é um ramo autónomo do direito comercial que se dedica à tutela da propriedade sobre direitos industriais e à garantia da lealdade da concorrência (art. 1.º CPI)²⁴⁴. Interessam-nos sobretudo aqueles que servem o propósito de distinguir produtos e empresas, *inter alia*, marcas (art. 222.º ss.) e logótipos (304.ºA e ss.)²⁴⁵.

As marcas e logótipos são sinais distintivos susceptíveis de representação gráfica²⁴⁶, e enquanto as primeiras distinguem produtos, os segundos distinguem empresas. Uma vez registados nos termos da lei, a marca e o logótipo conferem ao seu titular um direito de propriedade que goza de uma tutela ampla²⁴⁷ – destacamos o direito a ser

²⁴¹ Para mais desenvolvimentos, ORLANDO DE CARVALHO, *Direito das Coisas*, pp. 140-5. A relevância dos bens incorpóreos não é de somenos, visto que “(...) 70% do PIB europeu está no sector dos serviços onde nada é fabricado e em que os *intangible assets* constituem quase 80% do valor de mercado das principais empresas”, cit. LOPES ROCHA, *Breve nota sobre a proposta de Diretiva relativa à protecção do know-how não divulgado e ao segredo comercial*, p. 112.

É ainda de referir que as normas da propriedade foram alvo de revisão pela Lei n.º 8/2017, de 3 de Março, passando a prever-se os animais separadamente das coisas - embora continuem a ser objecto de direito de propriedade (regulada nos termos, *inter alia*, do art. 1305.ºA). Diferenciando animal e coisa e, mesmo assim, vendo o primeiro como objecto de propriedade enfraquece os argumentos dos AA. que recusam a propriedade intelectual como propriedade por incidir sobre coisas incorpóreas – o animal é corpóreo, mas deixou de ser coisa, logo o objecto do direito de propriedade já não se reduz às coisas, mas também aos *seres sencientes* – uma discussão interessante, mas a que não nos dedicaremos.

²⁴² ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA, *Código Civil Anotado*, V. III, pp. 86-9

²⁴³ A reflexão detalhada sobre este assunto excederia manifestamente o nosso objecto, mas cumpre fazer-lhe nota, pois justifica que tratemos da tutela da propriedade intelectual num lugar sistematicamente autónomo da dos direitos de personalidade. Para mais desenvolvimentos, e para uma abordagem crítica da teoria alternativa dos direitos de monopólio de OLIVEIRA ASCENSÃO, *vide* DIAS PEREIRA, *Direitos de Autor e Liberdade de Informação*, pp. 85-168. Os direitos de autor merecerão algumas considerações extra *infra*.

²⁴⁴ Exoneramo-nos das discussões em torno do seu objecto, sendo o nosso recorte baseado somente na letra da lei. Para mais desenvolvimentos, *vide*, COUTO GONÇALVES, *Manual de Direito Industrial*, pp. 15-24.

²⁴⁵ Há outros, *inter alia*, como as *recompensas* – e.g. condecorações, atestados conferidos a empresários – e as *denominações de origem e indicações geográficas* - que respeitam às normas europeias de qualidade dos alimentos, protecção da concorrência e PAC.

²⁴⁶ O que não deve ocasionar a confusão, como vimos *supra* a respeito das projecções externas da honra, com um direito de personalidade à imagem – estamos no âmbito de um direito de propriedade que será tutelado enquanto tal, não se estabelecendo qualquer paralelo.

²⁴⁷ E.g., direito de reclamação de pedido de registo de marca ou logótipo idênticos; legitimidade activa para acção de anulação de marca ou logótipo; crime de contrafacção, imitação e uso ilegal de marca;

indemnizado pela violação do seu direito de propriedade, nos termos do art. 338.ºL CPI. Ora, os titulares destes direitos de propriedade industrial podem ser, *ex vi* art. 225.º e 304.ºB CPI, pessoas colectivas²⁴⁸, logo a legitimidade activa para a sua tutela, e correspectiva legitimidade passiva para a violação do direito em causa, pertence aos entes colectivos em questão. Devemos, por isso, reconhecer que o art. 338.ºL .4 consagra, expressamente, um direito a que, na fixação da indemnização, sejam atendidos os danos não patrimoniais causados, encontrando-se, desse modo, entre nós, aqui positivado um reconhecimento legislativo de danos não patrimoniais a pessoas colectivas.

Resta saber que interesses não patrimoniais, compatíveis com um lesado que seja pessoa colectiva, podem ser configurados neste âmbito – e foi a resposta essa questão que nos levou a destacar as marcas e os logótipos. O direito de propriedade industrial tutela também *invenções* (patentes e modelos de utilidade); *topografias de produtos semicondutores*; *desenhos ou modelos*; *recompensas* e *DOP* e *IGP*, pelo que a violação de qualquer um destes direitos goza da tutela do art. 338.ºL - *i.e.*, um direito a ser indemnizado pelos danos causados, pela violação ilícita do seu direito, por lesante que aja com dolo ou mera culpa – mas cremos que a hipótese do seu .4 – *danos não patrimoniais causados pela conduta do infractor* – não se verifica com a mesma intensidade nos diferentes direitos de propriedade industrial.

As marcas e logótipos desempenham uma essencial função distintiva, à qual se associam funções de garantia de qualidade de produtos e serviços e funções publicitárias²⁴⁹. De modo, a cumprirem este seu desígnio destaca-se o essencial *princípio da capacidade distintiva*, *i.e.*, devem comportar potencialidade diferenciadora - afastando-se sinais *específicos* (relativos à espécie), *descritivos* (mera reprodução de características) e *genéricos* (de uso comum), aos quais se associa a proibição absoluta de registo de

contraordenação de uso de marcas ilícitas e de uso exclusivo de logótipo, etc. Assim, ABREU, *Curso...*, I, pp. 350-1 e 382-3.

²⁴⁸ Não obstante a diferença de linguagem das duas normas – visto que só o art. 304.ºB, respeitante ao logótipo, consagra expressamente a titularidade de direito de registo a ente colectivo -, os sujeitos elencados no art. 225.º podem ser pessoas colectivas, como é flagrante a propósito da referência a *comerciantes*. Pelo art. 13.º CCom. sabemos que podem ser comerciantes não só aqueles que *tendo capacidade para praticar actos de comércio*, façam deles profissão (.1), como também as sociedades comerciais (.2). Além do mais, sabemos que uma interpretação *objectivo-actualista* do 13.º .1 CCom. conduz-nos a reconhecer, a outras pessoas colectivas que não sociedades comerciais, nomeadamente aos ACE, AEIE, às EPE e cooperativas, o estatuto de comerciantes desde que pratiquem actos comerciais. *Vide*, ABREU, *Curso...*, I, pp. 118-23.

²⁴⁹ COUTO GONÇALVES, *Manual...*, pp. 161-73.

marca²⁵⁰. Estas funções e princípios não estão presentes nos restantes direitos de propriedade industrial. Assim, é, salvo melhor entendimento, pela deterioração da capacidade distintiva – e consequentemente afectação do crédito e bom nome – que a consideração de danos não patrimoniais por violação de direito de propriedade industrial ganha mais relevância – seja o seu titular uma pessoa singular ou colectiva, mas sobretudo se for uma pessoa colectiva²⁵¹. Tal não implica que outros direitos sejam menos importantes, ou menos dignos de tutela. Apenas nos parece mais difícil identificar um interesse imaterial que possa ser concretizado, a fim de ser compensado, quando o titular do direito de propriedade industrial seja uma pessoa colectiva. Se o titular for uma pessoa singular, facilmente identificamos possíveis danos não patrimoniais por violação de qualquer um destes direitos de propriedade industrial – desde logo os chamados danos morais *stricto sensu*, pela íntima ligação ao desenvolvimento da personalidade e realização pessoal que estas criações intelectuais têm. Mas, sendo o titular uma pessoa colectiva, esta ligação umbilical de parentesco existe em meros termos de propriedade, não enquanto extensão da personalidade do criador – *e.g.*, a pessoa colectiva é titular de um direito de propriedade industrial de invenção de patente porque comissionou o seu desenvolvimento, no âmbito da sua actividade comercial, a um determinado indivíduo ou grupo de indivíduos com os quais celebrou um contrato de trabalho ou de prestação de serviços. Estes indivíduos directamente implicados no desenvolvimento daquela invenção podem sentir-se pessoalmente afectados ante o seu uso indevido, mas isso não é relevante se eles não forem titulares do direito de propriedade industrial – não têm legitimidade activa para intentarem uma acção declarativa de condenação, porque não figuram como sujeitos passivos do direito violado. Quanto às pessoas colectivas, a esfera de imaterialidade destacar-se-ia em ligação ao princípio da capacidade distintiva e enquanto manifestação do bem jurídico da honra, ou, mais amplamente, identidade pessoal.

Outra questão pode levantar-se a propósito das certificações DO e IG, que também são sinais distintivos, à semelhança das marcas e logótipos (*in casu*, mais próximas das

²⁵⁰ Apenas escusados quando actue o princípio do *secondary meaning* que lhes atribua, ainda assim, potencialidade diferenciadora. Assim, ABREU, *Curso...*, I, pp. 345-71 e COUTO GONÇALVES, *Manual...*, pp. 193-223.

²⁵¹ Neste sentido decidiu, *v.g.*, o TRP em 28 de Abril de 2009, condenando o demandado à compensação de danos não patrimoniais ao demandante, uma sociedade comercial, por contrafacção de produto de qualidade significativamente mais baixa que o produto original e, por isso, lesivos da sua marca.

marcas, visto que também respeitam a produtos). O actual regime das DO e IG está previsto no Regulamento n.º 1151/2012, do PE e do Conselho, de 21 de Novembro, assim como no Regulamento Delegado (UE) n.º 664/2013, da Comissão, de 18 de Dezembro e no Regulamento de Execução (UE) n.º 668/2014, de 13 de Junho. As distinções DO e IG identificam determinados produtos (que cumpram o caderno de especificações) como originários de um local ou região em que, pelas suas características (humanas e naturais) específicas e exclusivas, tal se repercute na qualidade especial do produto. Obterá DO ou IG conforme, respectivamente, todas as fases de produção, ou no mínimo uma delas, ocorram no local em questão. Visam promover políticas públicas de garantia de qualidade alimentar, de protecção e justiça social, laboral e dos direitos dos consumidores, assim como a lealdade da concorrência e respeito pela propriedade intelectual no mercado interno²⁵², e são protegidas, nos termos do art. 13.º do Regulamento n.º 1151/2012, de utilizações comerciais em produtos não abrangidos; imitações; utilizações abusivas; indicações falsas e de qualquer prática que seja enganosa para os consumidores, devendo os EM, nos termos do .3 desse art., estabelecer mecanismos administrativos e judiciais de modo a *prevenir e impedir* essas utilizações ilegais de DO ou IG. Parece-nos que implicados estão, sobretudo, interesses cujos titulares são os consumidores, a dinâmica própria do mercado interno garantida pela lealdade da concorrência e, possivelmente (imagine-se, pela utilização indevida de DO em produtos estragados), a região que possa ficar identificada com esse produto aos olhos de terceiros – mas não um titular individual *per se*²⁵³. A distinção que é operada pela DO ou IG conexas-se, então, com os interesses regionais e não prejudicam a projecção externa do bom nome, crédito ou identidade pessoal de nenhuma pessoa, individual ou colectiva, pelo que, salvo melhor opinião, apesar de serem sinais distintivos, não poderão ser tutelados através do 338.ºL .4, mas somente por via dos outros mecanismos disponibilizados – *e.g.*, regime da concorrência desleal.

²⁵² *Vide*, Considerandos 18 a 20 e art. 1.º e 4.º do Regulamento n.º 1151/2012. A tudo isto soma-se o seu enquadramento geral no âmbito das prioridades estratégicas para a Europa 2020.

²⁵³ Poderíamos pôr a hipótese de existir um monopólio de facto de comercialização de um dado produto distinguido com DO e, por isso, ser identificado de forma individualizada – o que levaria à afectação, *v.g.*, do seu bom nome e crédito. Contudo, mesmo nesse caso, não vemos que a solução seja essa, pelo menos no que especificamente à DO ou IG diga respeito. Mesmo que haja um monopólio de facto e seja, efectivamente, possível distinguir particularmente um determinado ente, singular ou colectivo, a distinção em causa está ligada aos interesses regionais, é endémica – a sua circunstância pessoal de distinção pelo monopólio de facto é um mero acaso, e só pode ser tutelada nos termos do regime da concorrência desleal e, se houver afectação da sua marca, bom nome ou crédito, etc., pelos respectivos regimes.

Assim, a ligação entre o princípio da capacidade distintiva e a faceta externa da honra e identidade pessoal de pessoas colectivas que possam aqui ser consideradas – relevante, por isso, para os seus danos não patrimoniais – tem que ser considerada *cum grano salis*. Não é por estar presente, e por contribuir para a reputação do ente em causa, que implicará que se registem necessariamente danos não patrimoniais em todas as ocasiões – a intensidade dessa ligação deve ser avaliada casuisticamente, assim como a justiça de reconhecimento desses danos²⁵⁴.

2.2. Tutela de Direitos de Autor e Direitos Conexos

Tal como vimos *supra*, tanto o CPI como o CDADC foram alterados pela transposição da Directiva n.º 2004/48 para a ordem jurídica portuguesa – nomeadamente no que respeita ao seu regime de tutela, *in casu*, o art. 211.º. Este consagra a responsabilidade por danos patrimoniais e não patrimoniais (.4) de quem, *com dolo ou mera culpa, viole ilicitamente o direito de autor ou os direitos conexos de outrem* (.1) – uma norma semelhante ao art. 338.ºL CPI. Contudo, a natureza do direito autoral merece que olhemos a algumas das suas especificidades.

O art. 11.º CDADC dispõe que *o direito de autor pertence ao criador intelectual*, o qual, complementarmente, o art. 27.º do mesmo diploma, afirma ser o *autor* – ambos admitindo a possibilidade de *disposição em contrário*. O criador intelectual é necessariamente uma pessoa física, pois só essas dispõem de intelecto – o que traduz o

²⁵⁴ Não ignoramos que, contra esta ligação ao ente e contributo para a construção da sua imagem social, se pode arguir que as marcas e logótipos são transmissíveis (31.º CPI) e que, a propósito dos negócios sobre empresas, poderão até integrar o *âmbito natural* daqueles (todos aqueles elementos que se transmitam com o silêncio das partes) – nos termos do .5 daquele art. e 304.ºP, se neles não figurarem *nome individual, firma ou denominação social do titular* -, e possivelmente também o *âmbito essencial* (elementos sem os quais não se pode considerar efectiva a transmissão do EC enquanto *unidade funcional e jurídica*). Neste sentido, ABREU, I, pp. 287-8 e 316. Contudo, parece-nos que isto não contraria as nossas conclusões, somente evidencia que, como sabemos, esta possível manifestação parcial, por via de um EC, da faceta externa da honra de uma pessoa colectiva tem uma natureza eminentemente instrumental, na linha da própria personalidade colectiva. E não significa, igualmente, que estejamos a admitir a *transmissibilidade* da personalidade colectiva. Estamos somente a reconhecer que há, muitas, vezes coincidências entre os titulares destes EC e as pessoas colectivas; que há manifestações de direitos de personalidade destes entes que se ligam a elementos que constituem direitos de propriedade e que esses elementos são transmissíveis, enfraquecendo, assim, o elo de ligação àquela personalidade para cuja reputação contribuíam. Veja-se, aliás, a diferente intensidade em que tal se verifica consoante estejamos perante cada um dos dois negócios típicos sobre empresas: o trespasse e a locação de estabelecimento. No trespasse, que consubstancia uma transmissão definitiva *inter vivos*, esse elo enfraquecer-se-á até à extinção; mas na locação, uma transmissão temporária onerosa, ficará *on standby*. Há que manter presente a necessidade, até processual, de averiguar caso a caso se se verificam danos não patrimoniais, não valendo qualquer presunção.

*princípio da autoria*²⁵⁵. Cumpre analisar em que termos se processa e quais as circunstâncias em que, por disposição expressa, se pode desfasar o titular do direito do criador intelectual, procurando saber se há lugar à titularidade destes direitos por pessoas colectivas, e, assim, conseqüentemente, titularidade do direito à indemnização, consagrado no art. 211.º CDADC, em caso de violação desse direito – pois, uma compreensão pura deste princípio, onde não se admitissem desvios, levar-nos-ia à necessária conclusão de que, pelo menos *ab origine*, uma pessoa colectiva não poderia ser havida como autora²⁵⁶. Assim, ao contrário do que vimos *supra* quanto à propriedade industrial, não podemos dizer, sem mais, que os direitos de autor possam ser titulados tanto por pessoas colectivas como por pessoas singulares. Vejamos.

É relevante que comecemos por esclarecer que a nossa análise é influenciada pelas opções fundamentais do nosso sistema, que se insere no modelo de *droit d'auteur* continental (por oposição ao modelo de copyright anglo-saxónico), o que, *inter alia*, justifica aquela identidade entre autoria e titularidade *ab origine*. Além disso, caracteriza-se pelo *dualismo* (em oposição ao *Urheberrecht* monista alemão), que justifica a bipartição entre o seu conteúdo patrimonial e pessoal, aos quais correspondem, respectivamente, os direitos económicos²⁵⁷ e os direitos morais²⁵⁸ de autor (art. 9.º CDADC), e viabiliza que possa distinguir-se - sem ferir o princípio da autoria - o autor-titular-dos-direitos-morais do titular dos direitos patrimoniais de autor²⁵⁹. Então, só é possível transferir ou onerar os direitos de autor na sua faceta patrimonial, como resulta da combinação, *v.g.*, dos art. 40.º (“o titular originário (...) [pode] transmitir ou onerar, no todo ou em parte, o conteúdo

²⁵⁵ ALEXANDRE DIAS PEREIRA assevera pela centralidade deste princípio, pugnando pela correcção dos seus desvios através da adopção de uma perspectiva ontológica, em oposição às teorias funcionais – na esteira de ORLANDO DE CARVALHO – assente no princípio do criador, *i.e.*, por mero acto da criação a pessoa singular seria sempre o primeiro titular do direito de autor. Assim, DIAS PEREIRA, *Direitos...*, pp. 435-6.

²⁵⁶ “(...)os direitos de autor supõem uma manifestação de personalidade (...). Evidentemente, a sociedade não pode satisfazer esta exigência (...) ela não pode prevalecer-se de prerrogativas de autor senão por via de transferência”. Cit. DESBOIS, *La propriété littéraire et artistique*, 1953, pp. 161-2 *apud* DIAS PEREIRA, *Direitos...*, p. 437.

²⁵⁷ *I.e.*, o direito à exploração económica exclusiva de uma determinada obra, *v.g.*, através da sua reprodução, distribuição e comunicação. Assim, *idem*, pp. 482 e ss.

²⁵⁸ Que englobam direitos como o da *autoria*; *paternidade*; *de inédito*; à integridade, genuinidade e dignidade da obra, pelos quais se protegem a honra e reputação do autor-criador, concebida a obra como produto do seu intelecto, ou seja, manifestação da sua personalidade – levando a que ORLANDO DE CARVALHO o qualificasse de direito de personalidade, subscrita por DIAS PEREIRA. *Vide, idem*, pp. 463-5. Em detalhe, sobre a natureza do direito moral de autor, VELOSO, *A compensação...*, pp. 321-31.

²⁵⁹ Pelo contrário, no sistema de *copyright* – orientado à tutela do interesse económico da obra – a *first ownership* não tem que ser do autor, será na maioria das vezes, e no âmbito de uma relação de laboral, do empregador-pessoa-colectiva. Sobre as diferenças e aproximações em detalhe, *vide, idem*, pp. 240-65.

patrimonial do direito de autor sobre essa obra”) e 56.º (.1 “independentemente dos direitos de carácter patrimonial e ainda os que tenha alienado ou onerado, o autor goza durante toda a vida do direito de reivindicar a paternidade da obra e de assegurar a genuinidade e integridade desta (...); .2 este direito é inalienável, irrenunciável e imprescritível (...)”) CDADC. Tal resulta da diferente natureza de ambos. Os direitos patrimoniais, enquanto direitos de propriedade, conferem ao autor as prerrogativas típicas de gozar, fruir e dispor (9.º .2 CDADC); os direitos morais estão intimamente ligados à personalidade do autor, enquanto produto do seu intelecto, reconhecendo-se-lhe o direito inalienável de reivindicar a paternidade e defender a integridade e genuinidade da sua obra (9.º .3 CDADC).

Esta seria a posição ideal, mas a admissibilidade de excepções à identidade entre a titularidade e a autoria, como as previstas na lei portuguesa, são criticadas por AA. como ALEXANDRE DIAS PEREIRA, que sugere a sua correcção – nomeadamente pela reserva dos desvios ao princípio da autoria à dimensão patrimonial do direito, por esta ser passível de aquisição derivada por via contratual ou *ex lege*. O A., na esteira de ROMANO MARTINEZ, encontra fundamento para tal no art. 14.º CDADC, relativo à titularidade do direito em casos excepcionais, onde se afirma (.4) que “ainda quando a titularidade do conteúdo patrimonial do direito de autor pertença àquele para quem a obra é realizada (...)”²⁶⁰. Compreendemos a bondade da solução, mas, salvo melhor opinião, não vemos que o art. 14.º .4 afaste expressamente a transmissibilidade dos direitos morais de autor. O A. cita somente a parte inicial da norma – tal como a transcrevemos *supra* -, mas cremos que uma leitura global permite outras interpretações. Ao salvaguardar, *ab initio*, a possibilidade de a titularidade do direito patrimonial de autor pertencer a outro que não o criador, o legislador não está a tomar posição sobre a (in)transmissibilidade do direito moral de autor, esta é, somente, a primeira premissa justificativa da tutela reforçada que aqui consagra ao autor-criador. Isto é, ainda que tenha havido transferência do conteúdo patrimonial de autor para um terceiro – e, por isso, esse conteúdo tenha saído da esfera jurídica do criador -, devem reconhecer-se ao autor-criador direitos patrimoniais adicionais (uma remuneração especial) caso se verifiquem as hipóteses das alíneas seguintes. O plano do discurso é sempre o mesmo – a dimensão patrimonial -, pelo que não podemos encontrar aqui uma justificação para a intransmissibilidade do direito moral de autor. Isso não implica que não se chegue à mesma conclusão de intransmissibilidade – desde logo a partir do art. 56.º .2

²⁶⁰ *Idem*, p. 439.

CDADC que qualifica o direito moral de autor como inalienável. Se, e voltando ao contexto do art. 14.º CDADC, o titular do direito moral de autor de *obra feita por encomenda ou por conta de outrem* pudesse ser uma pessoa colectiva (em termos tão latos como parece sugerir o seu .1), porque motivo haveria de ser o direito inalienável? Se o objectivo fosse ferir de morte o princípio da autoria e reconhecer a obra como um produto a proteger *per se*, independentemente da sua ligação à personalidade de um autor humano, porque não haveria de ser alienável pelo titular pessoa-colectiva, sob pena de atentar contra o seu direito fundamental à liberdade de iniciativa económica (art. 61.º CRP)? Deixamos à consideração.

Resta-nos, por fim, analisar o regime da obra colectiva, cujo art. 19.º .1 CDADC afirma a possibilidade de o direito de autor ser atribuído “a entidade singular ou colectiva que tiver organizado e dirigido a sua criação e em nome de quem tiver sido divulgada ou publicada”. ALEXANDRE DIAS PEREIRA vê na sua interpretação restritiva da transmissibilidade, que analisámos *supra*, apoio para compreender outros regimes que, caso contrário, poderiam ser violadores do princípio da autoria, entre os quais o da obra colectiva²⁶¹ e, quanto a esta, interpreta a norma como uma aquisição derivada *ex lege* de direitos patrimoniais, não bastando a actividade de *direcção da criação* ou *publicação* para que terceiros (singulares ou colectivos) sejam havidos como autores – manter-se-ia o direito moral com o seu criador intelectual²⁶². Se bem o entendemos, a lei reconhece-o (apesar que de modo deficitário), ao remeter (19.º .2) para o regime da obra em colaboração (18.º .2) a tutela dos direitos morais pelo autor-criador – sem prejuízo de os direitos patrimoniais serem explorados por um terceiro - quando seja possível a *discriminação da sua produção pessoal*. Parece confirmar-se que o conteúdo pessoal do direito de autor se mantém com o criador intelectual – não com a entidade singular ou colectiva organizadora -, restando a diferença, quanto às possibilidades de tutela, no facto de a sua contribuição ser identificável ou não²⁶³.

²⁶¹ O mesmo para o da obra subsidiada, pois havendo convenção em contrário poderá dissociar-se o titular do criador (13.º), assim como a presunção (14.º .3) de que a obra feita por encomenda da qual não conste o nome do criador é titulada, não por este, mas por quem a encomendou. *Idem, loc. cit.*

²⁶² *Idem*, pp. 460-1.

²⁶³ Caso em que, DIAS PEREIRA sugere que se aplique o regime da obra de autor anónimo, considerando-se a entidade do art. 19.º enquanto titular do direito de autor por ser *representante* do autor-criador. Assim, *ibid.*

Percorrido este caminho, parece podermos concluir que, ao contrário do que vimos a propósito do direito de propriedade industrial – e apesar de as normas serem semelhantes e ambas provenientes da mesma Directiva -, a referência do art. 211.º .4 CDADC aos *danos não patrimoniais* pode ligar-se a uma dimensão do direito autoral, os direitos morais de autor, que, mantendo-se uma visão fiel ao princípio da autoria (pois, se assim não fosse, as nossas conclusões seriam, porventura, diferentes), comporta interesses que não podem pertencer, a título próprio, a uma pessoa colectiva à qual seja transmitido um direito patrimonial de autor – no fundo, cremos que retomamos, pelo princípio da autoria, à limitação original dos direitos de personalidade não passíveis de serem reconhecidos em pessoas colectivas, *i.e.*, aqueles cuja natureza seja inseparável da subjectividade humana. Contudo, tal não obsta a que, por violação do direito patrimonial de autor e sendo lesados interesses imateriais²⁶⁴, o seu titular não deva por eles ser compensado (verificados os pressupostos legais), seja este uma pessoa singular ou uma pessoa colectiva.

3. Tutela da firma e denominação

Nos termos do que temos vindo a analisar, a firma e a denominação também são sinais distintivos associados a um estabelecimento comercial – utilizando-se, preferencialmente, as primeiras para comerciantes e as segundas para não comerciantes²⁶⁵.

São reguladas, em primeira linha, pelo RRNPC e, de acordo com o seu art. 4.º, pertencem, em princípio, a pessoas colectivas, sendo, usualmente, designadas de *nome comercial da empresa*. Os requisitos específicos de constituição de firma ou denominação estão dispersos pelos diferentes regimes que disciplinem o ente em causa em cada caso. *E.g.*, as regras relativas à composição de firma de uma sociedade comercial estão consagradas no CSC (*ex vi* art. 37.º RRNPC). Assim, *v.g.*, dispõe o art. 200.º a respeito das S.Q. que a sua firma se forma, *com ou sem sigla, pelo nome ou firma de todos, algum ou alguns dos sócios, ou por uma denominação particular, ou pela reunião de ambos esses elementos, mas em qualquer caso concluirá pela palavra “limitada” ou pela abreviatura*

²⁶⁴ Porque a emergência de danos não patrimoniais depende, somente, da violação de um interesse imaterial, cuja natureza não está determinada pela natureza do bem ou do direito em que reste o interesse. Assim, tanto se podem verificar danos não patrimoniais por lesão de direito económico, como por lesão de direito moral de autor, apesar de os últimos serem mais propícios a estes danos. Neste sentido, VELOSO, *A compensação...*, p. 400.

²⁶⁵ Assim, ABREU, *Curso...*, I, p. 159.

“*L^{da}*”. Por isso, e de entre os diversos princípios que orientam esta matéria, realçamos, o *princípio da capacidade distintiva*²⁶⁶, pois as firmas e denominações também têm uma finalidade diferenciadora, contribuindo para a construção da projecção externa das entidades a que se associam, à semelhança das marcas e logótipos.

A sua natureza é entre nós reconhecida, maioritariamente, como propriedade (também de coisa incorpórea, embora já não industrial), afastando-se, por isso, da posição doutrinal daqueles que a encaram como um direito de personalidade (v.g. FERRARA) ou como um híbrido entre a propriedade e a personalidade (posição dominante na Alemanha)²⁶⁷ – justificando-se o seu tratamento nesta parte do trabalho.

A sua tutela repressiva²⁶⁸ opera nos termos do art. 62.º RRNPC, relativa ao *uso ilegal de firma ou denominação*, conferindo, *inter alia*, um direito a *indemnização pelos danos daí emergentes*. Não se especifica que danos são estes, mas a referência no plural e a semelhança desta norma com o 338.ºL CPI dá-nos confiança que aqui também se poderão considerar danos não patrimoniais por *uso ilegal de firma ou denominação*. Parece-nos que, na linha das considerações que tecemos *supra*, a sua associação ao princípio da capacidade distintiva, e deste à dimensão externa da honra e identidade pessoal dos seus titulares, cumpre os requisitos mínimos para que haja compatibilidade com os interesses que a personalidade colectiva visa prosseguir, podendo, caso se justifique dadas as circunstâncias de cada caso concreto, e salvo melhor opinião, verificar-se, também a seu propósito, condições para compensação de danos não patrimoniais a pessoas colectivas.

4. Tutela do segredo comercial

Actualmente, a violação de segredo comercial é tutelada no âmbito da concorrência desleal (318.º CPI)²⁶⁹. Esta configura-se a partir de uma cláusula geral, 317.º .1 CPI – *acto de concorrência contrário às normas e usos honestos de qualquer ramo de actividade económica* -, concretizada, em *tipus apertus*, nas alíneas seguintes. Nos termos do art.

²⁶⁶ *Idem*, p. 171.

²⁶⁷ *Idem*, pp. 180-1.

²⁶⁸ Há outros meios de tutela de firma ou denominação registadas, *vide*, ABREU, *Curso...*, I, pp. 177-9, não relevantes para o ponto.

²⁶⁹ Para mais desenvolvimento, *vide*, COUTO GONÇALVES *et al.*, *Código da Propriedade Industrial Anotado*, pp. 498-508.

331.º CPI, pode ser reprimido enquanto ilícito contra-ordenacional, e, consoante os elementos do caso concreto, ainda nos termos da responsabilidade civil extracontratual²⁷⁰.

A recente Directiva n.º 2016/943, de 8 de Junho - ainda não transposta para a ordem jurídica nacional, mas que tem como matriz a Directiva n.º 2004/48 - trata, especificamente, da protecção do *know how* e segredos comerciais. Entre vários mecanismos cautelares, mitigadores e correctivos, figura, no art. 14.º, o direito à indemnização por violação de segredo comercial. Apesar de ligeiras diferenças na formulação, fá-lo de forma idêntica à Directiva n.º 2004/48, consagrando, uma vez mais, que, *em casos apropriados*, ao lesado sejam reparados também *danos morais*. Nos termos do art. 2.º .2 da Directiva, o titular do segredo é a *pessoa singular ou colectiva* que legalmente exerça o seu controlo. Assim, cumpre-nos aferir se, e em que termos, se pode registar um dano não patrimonial por violação de segredo comercial sendo o seu titular uma pessoa colectiva.

O segredo comercial é comumente englobado no *know-how*, *i.e.*, um bem incorpóreo (*intangible asset*), e, por isso, não uma *coisa* em sentido jurídico, mas sim uma *situação de facto*, um complexo fluído, que comporta valor económico²⁷¹. Apesar desta elasticidade do saber-fazer, o *segredo*, em particular, é definido em termos precisos nesta Directiva. Nos termos do seu art. 1.º .1 deve, cumulativamente, respeitar a informações *secretas* (por não estarem na disponibilidade das pessoas daquele meio, nem serem facilmente acessíveis), que tenham *valor comercial*, exactamente por essa descrição, e verificar-se um esforço, por parte de quem sobre ela tenha controlo, para as manter confidenciais. Esta concepção é coincidente com a do art. 318.º CPI, com a particularidade de a ilicitude desta se circunscrever à *divulgação, aquisição ou utilização* de segredo de concorrentes.

É notório que esta protecção se processa em torno de um conjunto de informações secretas não só por serem secretas, mas por esse segredo ter um valor económico subjacente, *i.e.*, por ter relevância comercial que se traduz pecuniariamente. Assim, o segredo, apesar de imaterial, não deve ser confundido com um interesse não pecuniário,

²⁷⁰ COUTO GONÇALVES, *Manual...*, pp. 388-91.

²⁷¹ Nesse sentido, ABREU, *Curso...*, I, p. 294. É definido, para efeitos de DUE, no Regulamento n.º 316/2014, de 21 de Março, art. 1.º .i, como *um conjunto de informações práticas, decorrentes da experiência e de ensaios*, que seja *secreto, substancial e descrita de forma suficientemente completa* para preencher os dois critérios prévios. Engloba duas realidades autonomizáveis: o segredo/saber-fazer técnico ou industrial - relativo a informações específicas do processo produtivo; fórmulas, técnicas - e o segredo comercial *stricto sensu/know how* comercial - que se reporta à comercialização, *marketing*, relação com o cliente, etc. Assim, COUTO GONÇALVES, *Manual...*, p. 390 e LOPES ROCHA, *Breve...*, p. 114.

nem ser posto em paralelo com a reserva da intimidade da vida privada e familiar das pessoas singulares. Assim, parece-nos que à tutela do segredo comercial em si – sem, v.g., a uma possível lesão concomitante da honra *lato sensu* – não subjaz qualquer especificidade diferenciadora consoante o titular seja uma pessoa singular ou colectiva, e não se confunde com o direito à autodeterminação informacional. É tutelado enquanto bem económico, não como manifestação de uma esfera de privacidade. Por isso, e apesar de a Directiva ainda não estar transposta, cremos que os interesses tutelados pelo segredo comercial não são coincidentes com os interesses imateriais transportados pela personalidade colectiva²⁷², não se cumprindo a adequação (de natureza) necessária para que se justifique esta reparação. Tal não invalida que o direito ao segredo, ao sigilo e à autodeterminação informacional não sejam tutelados, enquanto direitos de personalidade extensíveis a pessoas colectivas. Nesse sentido, já se pronunciou o TC, no Ac. 198/1985, a propósito do direito ao sigilo da correspondência.

Após este périplo por alguns regimes legais onde se consagra expressamente um direito à compensação por danos não patrimoniais por violação de interesses cujos titulares podem ser pessoas colectivas, devemos reter, cremos, a importância de manter, a cada momento, uma atitude prudente (mesmo quando haja, como nestes casos, uma hipótese normativa clara) concretizada na contínua dialéctica de compatibilização entre os interesses imateriais em causa e os interesses comportados pela personalidade jurídica colectiva – nem sempre haverá, *ab ovo, i.e.*, independentemente dos sucessivos filtros do sistema, interesses imateriais que justifiquem uma compensação.

²⁷² Para reforçar esta ausência de conexão à personalidade colectiva podemos invocar (uma vez mais, mas note-se que não invalida o que dissemos *supra*, onde se verifica uma miscigenação na projecção externa do ente – algo que está ausente aqui) o facto de o *know how* integrar o âmbito natural de entrega, e, possivelmente, o âmbito essencial, de negócios sobre empresa, *maxime* trespasse e locação de estabelecimento, para que haja uma *efectiva entrega da unidade funcional e jurídica*. Veja-se, ABREU, *Curso...*, I. p. 294 e 317.

CAPÍTULO VI

As finalidades da responsabilidade civil e a compensação de danos não patrimoniais

1. Preliminares

O último argumento que nos propomos a analisar concerne ao funcionamento do mecanismo compensatório e à sua articulação com as finalidades da responsabilidade civil. Julgamos que pode ser invocado como um possível obstáculo à compensação de danos não patrimoniais do lesado pessoa colectiva, embora ainda não o tenhamos encontrado em discussão na dogmática. Averiguaremos da sua pertinência e sugeriremos um caminho de superação às possíveis dificuldades identificadas.

A relevância deste argumento pressupõe já – e, por isso, é o último a ser analisado – que o acto lesivo reuniu todas as condições necessárias à emergência de uma obrigação de compensação, discutindo-se, agora, os termos em que a mesma será feita.

2. A determinação do montante compensatório

2.1. O juízo equitativo

O n.º 4 do art. 496.º consagra que o *quantum* ressarcitório deve ser determinado por recurso à equidade e atendendo às circunstâncias previstas no art. 494.º. Este art. respeita à *limitação da indemnização no caso de mera culpa*, ou seja, o legislador autoriza que o dano reparável não coincida com o dano efectivamente verificado, fixando-se, por recurso à equidade, em montante inferior àquele, por se reunirem determinadas circunstâncias, além da ausência de dolo, que justifiquem uma reacção mais leniente para com o lesante (a qual se furta, assim, ao princípio da reparação integral do dano). A intencionalidade da remissão, porém, não pode ser confundida com aquela que a norma transporta sem a articulação com o art. 496.º. O seu .4 remete para as circunstâncias atendíveis no contexto daquela diminuição a favor do lesante negligente (de um *quantum* já determinado), mas para que sirvam de guias ao juízo equitativo do tribunal depurados dessa intencionalidade lenitiva – para determinar o próprio *quantum*²⁷³ -, não se consagrando, por via da remissão,

²⁷³ Assim, VELOSO, *Danos...*, p. 528.

uma excepção ao princípio da reparação integral do dano não patrimonial (embora, pela natureza dos interesses em causa, se admita que a *integralidade* se atingirá na medida do possível e se possível, mas se não o for, não se deverá ao art. 494.º, mas à natureza do dano).

O mecanismo de determinação do *quantum* compensatório de danos não patrimoniais é, por força da lei, a equidade. Tal está em diametral oposição à teoria da diferença, que constituiu a regra quando os danos sejam patrimoniais, procurando-se (de acordo com o art. 562.º) a reconstituição da situação hipotética actual, *i.e.*, o *status quo ante* não fora a verificação do dano, pela determinação da diferença entre o estado do património imediatamente antes à prática do facto que origine responsabilidade, e o estado do mesmo património após a sua verificação (considerando-se, ainda, os lucros cessantes e os danos futuros, art. 564.º). À teoria da diferença associa-se, ainda, um outro princípio fundamental do sistema de responsabilidade: o princípio da restauração natural, *i.e.*, a reposição do *satus quo ante* será feita preferencialmente através da substituição em género do bem objecto imediato do dano. Tal só não ocorrerá, havendo por isso lugar a reparação pecuniária, quando, nos termos do art. 566.º, não seja possível (*v.g.*, por o bem ser infungível); seja demasiado oneroso para o devedor (pois, articulando-se com os fins da responsabilidade civil, a sua obrigação de indemnização tem como limite máximo o próprio dano); ou quando essa restauração natural não seja suficiente para proceder à restituição integral do dano. Quando, *ex vi* art. 566.º .3, não seja possível determinar o valor pecuniário ressarcível, o tribunal deve indemnizar estes danos patrimoniais recorrendo, também neste caso, à equidade.

A equidade é comumente apelidada de justiça do caso concreto, procurando-se através da decisão equitativa um juízo *ex aequo et bono*, uma justa repartição ou harmonização, atentas as particularidades de um caso específico – em suma, não é uma solução, é um modo de decidir²⁷⁴. Não se confunde, porém, com uma decisão arbitrária, porque, mesmo sendo um *esbatimento dos aspectos formais* que, em regra, conduziriam à solução do caso-problema, o juízo equitativo é compreendido no sistema de Direito e opera dentro de cada um dos seus estratos (além de que, art. 4.º, estão legalmente determinadas

²⁷⁴ CARNEIRO DA FRADA, *A equidade (ou a justiça do coração)*, p. 121.

as situações em que um Tribunal pode a ela recorrer, não dependendo de um juízo de oportunidade judicial)²⁷⁵.

A convocação de um processo equitativo para a determinação do montante de danos não patrimoniais impõe-se pela natureza distintiva dos mesmos - como vimos *supra*, o dano não patrimonial caracteriza-se por ser consequência da lesão de interesses imateriais, cuja peculiaridade é a insusceptibilidade de avaliação pecuniária – sendo impossível fazê-lo pelo processo de subtracção da teoria da diferença²⁷⁶.

Também devido à sua natureza, se pode arguir, como MARIA MANUEL VELOSO, que o princípio de prevalência da restauração natural não é válido quando estejam em causa danos não patrimoniais, por, devido à sua imaterialidade, não importar a situação hipotética, mas somente reunir os meios para “ultrapassar a situação actual”²⁷⁷. Esta conclusão parece-nos de sufragar e, embora a reposição do *status quo ante* (por reposição *in natura* ou por equivalente) seja sempre uma ficção porque é uma reacção – *i.e.*, não altera a história, mesmo que o lesado se considere indemne -, concordamos que a natureza dos interesses lesados num dano não patrimonial se guia por uma lógica diferente²⁷⁸ e estes não podem, por serem infungíveis, ser repostos. Isso não importa, a nosso ver, que o lesado não possa requerer a condenação do lesante, em alternativa, subsidiária ou cumulativamente, à prestação de coisa ou factos que não uma quantia pecuniária (*ex vi* art. 10.º 3 .b; 553.º; 554.º e 555.º CPC), como, *v.g.*, uma retractação pública²⁷⁹. Quanto a estes pedidos/condenações serem considerados como uma forma de reparação natural, já não o aceitamos sem hesitação, devido à natureza específica destes danos²⁸⁰ – tenderíamos, com mais segurança, a qualificá-los como alternativas à responsabilidade civil, em linha com o art. 70.º .2.

²⁷⁵ Vide, MENEZES CORDEIRO, *A equidade como fonte de Direito*, pp. 25-8.

²⁷⁶ ALBUQUERQUE MATOS, *Reparação por danos não patrimoniais: inconstitucionalidade da relevância da situação económica do lesado* (arts. 496.º, n.º 3 e 494.º do Código Civil), p. 212.

²⁷⁷ Nesse sentido, VELOSO, *Danos...*, p. 539.

²⁷⁸ No extremo, PESSOA JORGE, afirma que “a reparação dos danos não patrimoniais escapa, em larga medida, às coordenadas legais do sistema da responsabilidade civil”. Cit. PESSOA JORGE, *Ensaio...*, p. 376.

²⁷⁹ Em pormenor sobre diferentes mecanismos de tutela de bens imateriais – *inter alia*, direito de resposta; direito à publicação de sentenças judiciais; sanção pecuniária compulsória - (tenham-se, ou não, como formas de restauração natural), *in casu*, orientados ao bom nome e ao crédito, ALBUQUERQUE MATOS, *Responsabilidade...*, pp. 598-688.

²⁸⁰ Em sentido contrário, ALBUQUERQUE MATOS, *idem*, p. 596-8, embora, em fase mais adiantada da sua reflexão, acabe por qualificar esta reparação natural como *sui generis*, por ser “em rigor difícil de admitir uma autêntica restituição natural”. Cit. *idem*, p. 640.

2.2. Os critérios do art. 494.º

O juízo equitativo é, por força da remissão do art. 496.º 4, orientado pela consideração do *grau de culpabilidade do agente*, pela *situação económica deste e do lesado e pelas demais circunstâncias do caso*. Consideremos cada um deles e o seu impacto na densificação do sistema de responsabilidade civil por danos não patrimoniais, sobretudo no escopo da compensação.

2.2.1. Grau de culpabilidade do agente

Atender à culpabilidade do agente como critério de fixação do *quantum* compensatório é a manifestação mais concreta de uma finalidade compensatório-punitiva²⁸¹ da responsabilidade civil por danos não patrimoniais - além da meramente reparatória que a caracteriza em primeira linha²⁸². A este propósito, MAFALDA MIRANDA BARBOSA parte da distinção entre uma finalidade sancionatória (ou punitiva *lato sensu*) – *i.e.*, uma reacção a uma actuação antijurídica - e uma finalidade punitiva em sentido estrito – *i.e.*, uma retribuição ou vingança. A finalidade sancionatória acompanha a primacial reparadora e reflecte a dinâmica entre a prescrição e a sanção comum a todo o sistema jurídico, caracterizando, especialmente, o instituto da responsabilidade civil²⁸³ - e a

²⁸¹ “(...) destrói o dogma da função meramente reparatória”, cit. LOURENÇO, *A função punitiva da responsabilidade civil*, p. 284. Que, se na dogmática portuguesa é um entendimento pacificado – *vide*, VELOSO, *Danos...*, p. 540 – para outros AA. reacende receios de ressarcibilidade de danos não patrimoniais em geral, comparando a compensação com uma pena privada. Assim, PINTO MONTEIRO, *Cláusula Penal e Indemnização*, pp. 655-6.

²⁸² Tem como fim fundamental a reposição do *status quo ante*, como é evidente na primazia dos princípios da reparação integral do dano e da restauração natural, mas com outras manifestações como, *e.g.*, a desconsideração da tentativa e, concomitantemente, a centralidade do dano; o dano ser havido como medida e limite da reparação; o facto de não haver legitimidade *ex officio* para propor uma acção de responsabilidade civil; a transmissibilidade sucessória de uma obrigação de indemnização já constituída, etc. Neste sentido, BARBOSA, *Lições...*, pp. 43-6 e *Reflexões em torno da responsabilidade civil: teleologia e teleonomologia em debate*, pp. 511-9.

²⁸³ À qual se pode associar um *sentido* ético, fundamentado na responsabilidade como *reafirmação da pessoalidade*, *i.e.*, pela passagem do indivíduo à pessoa, e com a identificação desta na reciprocidade com o *outro*, a responsabilidade (e, concomitantemente, a liberdade) podem ser perspectivadas positivamente, ou seja, não só como um espaço de exclusão, mas de acção, envolvendo, por isso, a sanção um reconhecimento da pessoa e da sua dignidade, e ocupando os pressupostos da culpa e da ilicitude um papel determinante - “implica não só a delimitação de espaços de liberdade que a serem ultrapassados originarão uma pretensão indemnizatória, mas a análise do direito também sob o prisma dos deveres, que, por seu turno fundamentarão a responsabilidade”. Cit. BARBOSA, *Reflexões em torno...*, pp. 556-7 e, sobre a matriz ética da responsabilidade civil, pp. 550-8. Igualmente, MENEZES CORDEIRO, acerca da duplicidade *ilicitude e culpa* como pressupostos do acto lesivo, *Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais*, pp. 481-3.

si associa-se, ainda, um escopo preventivo²⁸⁴ por a previsibilidade e conhecimento das consequências precatar possíveis futuros agentes²⁸⁵.

A ressarcibilidade de danos não patrimoniais, por juízo equitativo no qual se considera o grau de culpa do lesante, vai além da punição em sentido lato da responsabilidade civil, registando-se laivos de punição *stricto sensu*²⁸⁶. Esta traduz-se, comumente, através da ideia de *satisfação*, pela qual, além de se conferir ao lesado um determinado montante que lhe faculte vantagens imateriais que, de algum modo, balancem as que perdeu e não retomarão (pela natureza específica dos interesses lesados), lhe permite mitigar o seu dano também pelo facto de, pela atribuição dessa compensação, ver o seu prejuízo validado pela ordem jurídica e o lesante responsabilizado, em rigor, punido²⁸⁷. Funcionando no patamar de determinação do *quantum*, e não da sua mera redução tendo havido prévia fixação, e não havendo um referente pecuniário equivalente a reparar (como no dano patrimonial), as considerações que levaram MAFALADA MIRANDA BARBOSA a não identificar na aplicação autónoma do art. 494.º uma finalidade punitiva, já não se encontram preenchidas, assumindo a A. que a compensação de danos não patrimoniais transporta, por isso, um verdadeiro escopo punitivo *stricto sensu*²⁸⁸. Contudo, pela sua configuração no contexto de um juízo equitativo – que, por sua vez, serve de remédio à impossibilidade de equivalência de prestações, enquanto consequência da

²⁸⁴ Neste sentido, LOURENÇO, *A Função...*, p. 375.

²⁸⁵ À ideia de prevenção associa-se o entendimento de que os sujeitos que conheçam o funcionamento da lei e as reacções do sistema jurídico - *in casu*, do sistema de responsabilidade civil -, procurarão actuar de acordo com a prescrição, de modo a evitar a sanção. Neste sentido e sobre a finalidade preventiva e ponderação da sua hegemonia, BARBOSA, *Reflexões em torno...*, pp. 519-20 e 524-50 e *Lições...*, pp. 46-9.

²⁸⁶ Quer na sua consideração a propósito da remissão do 496.º, quer aquando da aplicação autónoma do 494.º para redução do montante indemnizatório. Assim, BARBOSA, *Lições...*, p. 62, BRANDÃO PROENÇA, *A Conduta do Lesado como Pressuposto e Critério de Imputação do Dano Extracontratual*, p. 167 e LOURENÇO, *A Função...*, pp. 285-7. Igualmente, PEREIRA COELHO, *Culpa do lesante e extensão da reparação*, pp. 68 e ss. O A., numa formulação sugestiva, refere que a influência da culpa no dano reparável leva a que se conclua que, “se se quer dizer que o dano é naturalmente o mesmo, a coisa é evidente por si (...), mas pode bem ser o caso de o dano, sendo naturalmente o mesmo, ser juridicamente outro (ser causa de outros efeitos jurídicos)”, cit., *idem*, p. 70. Em sentido contrário encontram-se AA. como, *e.g.*, BRANDÃO PROENÇA, que vê neste critério do art. 494.º uma mera salvaguarda do lesante negligente. MAFALDA MIRANDA BARBOSA, no que concerne ao art. 494.º quando aplicado sem conexão com o art. 496.º, afasta-se, igualmente, da maioria da doutrina, e não lhe identifica uma finalidade punitiva, mas somente sancionatória, uma vez que este art. se limita a permitir a diminuição de um *quantum* já previamente determinado, e nunca, em sentido contrário, uma ultrapassagem do valor do dano, operando, por isso, ainda dentro de um escopo marcadamente reparatório. As mesmas considerações já não se estenderão à compensação de danos não patrimoniais. Assim, BARBOSA, *Reflexões em torno...*, pp. 566-7.

²⁸⁷ Reforçando as críticas à atribuição de montantes compensatórios demasiado baixos, pelos quais esta vertente satisfatória seria ignorada. A apologia de montante não miserabilistas tem sido feita, também, pelo STJ – *v.g.*, Ac. 11 de Janeiro de 2007 e de 24 de Abril de 2013. Assim, ALBUQUERQUE MATOS, *Reparação...*, p. 195 e 216.

²⁸⁸ Assim, BARBOSA, *Reflexões em torno...*, pp. 567-70.

insusceptibilidade de avaliação pecuniária -, e não sendo este um critério isolado, esta finalidade punitivo-compensatória deve compreender-se como operando na senda da finalidade reparatória, não autonomamente²⁸⁹ – evitando, desse modo, a sua identificação com a admissibilidade de *punitive damages*²⁹⁰.

Como o juízo-decisório acerca dos danos não patrimoniais, a compensar num determinado caso concreto, pode respeitar a uma responsabilização objectiva do lesante – aceite entre nós -, a reflexão do julgador, quanto a este critério, tem que representar um automático abatimento do *quantum* (mesmo que, por influência de outras considerações, esse valor acabe por subir, o facto de a responsabilidade ser independentemente de culpa é, necessariamente, uma força descensional), porque a culpa não é considerada^{291 292}.

Quando a responsabilidade seja subjectiva, certo é – por estarmos já a discutir a emergência da obrigação de compensação – que já se deu como provada a culpa do lesante para efeitos de preenchimento dos pressupostos de responsabilidade, mas a consideração do seu *grau de culpa* não equivale a uma dupla valoração, é antes uma manifestação dessa finalidade sancionatório-punitiva, para a qual a conduta do lesado é parte essencial. Quanto maior o grau de culpa, mais se justifica a vertente punitiva da compensação, e vice-versa. Ademais, não é de ignorar que a intencionalidade do lesado ao causar o dano é susceptível de influenciar a formação do próprio dano não patrimonial – pensamos, sobretudo, nos

²⁸⁹ Assim, na senda de STOLL e, reforçando esta imbricação com a nota, de DEUTSCH, sobre a inversão hierárquica entre a reparação e a punição, BARBOSA, *Lições...*, pp. 60-2. Não basta, como ante danos patrimoniais, *reintegrar* a situação do lesado, só há responsabilização – e, assim, reafirmação da personalidade - com a assunção de um escopo punitivo, ainda que em cumplicidade com um reparador (em segunda linha). Neste sentido, *Reflexões em torno...*, pp. 569-70.

²⁹⁰ *Vide*, ALBUQUERQUE MATOS, *Reparação...*, pp. 196-200 e, em pormenor, BARBOSA, *Lições...*, pp. 62-80.

²⁹¹ VELOSO, *Danos...*, p. 540. Pode julgar-se excessivo impor uma obrigação de compensação com intuitos não só reparatórios, mas também punitivos, a um ente cuja culpa (exista ou não) não foi alvo de apreciação. No entanto julgamos que não o é, em primeiro lugar, porque o juízo equitativo tê-lo-á em conta e, em segundo lugar, porque os fundamentos do sistema de responsabilidade objectiva não se alteram em função da natureza do dano. *Vide*, BARBOSA, *Estudos a Propósito da Responsabilidade Objectiva*, pp. 42-6.

²⁹² Há, ainda, que considerar os casos de responsabilidade civil por intervenções lícitas, em que, verificado um dano, apesar de não se poder qualificar o acto lesivo como ilícito, se consideram reunidas razões de justiça para efectivar, mesmo assim, a sua reparação – *e.g.*, 339.º 2, estado de necessidade; 1367.º, apanha de frutos; 1349.º 3, passagem forçada momentânea, etc. Assim, ANTUNES VARELA, *Das Obrigações...*, pp. 715-7. Tal como dissemos a propósito da responsabilidade objectiva, a identificação de finalidades além da meramente reparatória na compensação de danos não patrimoniais, não colide com a ausência, *in casu*, de ilicitude. As razões de justiça que enformam a reparação de alguns danos por actos lícitos mantêm-se, independentemente da natureza dos interesses lesados. É, cremos, só mais um factor a considerar aquando do juízo equitativo de fixação do *quantum* (e deve sê-lo).

casos de dano moral *stricto sensu*, podendo alegar-se que um elevado grau de culpa é correlato de um maior sofrimento, angústia ou ansiedade.

Para avaliar o grau de culpabilidade do agente, o julgador, no âmbito do seu juízo equitativo, poderá lançar mão do que julgar mais conveniente – desde logo, as clássicas distinções entre modalidades de culpa – dolo *v.* negligência; as diferentes concretizações do dolo (directo, necessário ou eventual); a existência de presunções de culpa, etc²⁹³.

Julgamos importante ressaltar que, como dissemos *supra*, a remissão do art. 496.º .4 para as circunstâncias do art. 494.º implica uma reconfiguração da intencionalidade daquele art. pela articulação que agora se lhe impõe²⁹⁴. Assim, e ao contrário do que parecem sugerir alguns AA.²⁹⁵, o facto de o art. 494.º *per se* se aplicar somente a casos de mera culpa, não representa, aquando da sua conexão com o 496.º que o critério *grau de culpabilidade do agente* seja preenchido pela *mera culpa*. Essa parte inicial do art. 494.º torna-se irrelevante na remissão do 496.º - só são prestáveis os seus critérios que, na sua aplicabilidade ordinária, serviriam para reduzir a indemnização em caso de mera culpa do lesante e agora passam a servir de orientação ao julgador para o juízo equitativo.

2.2.2. Situação económica do lesante e do lesado

Este critério reflecte as considerações tecidas, *supra*, acerca do escopo da compensação, revelando os quadros operatórios prestáveis a um verdadeiro juízo *ex aequo et bono*, no qual a articulação, *inter alia*, do grau de culpabilidade do lesante com as situações económicas desse e do lesado, a comprometem com um finalidade híbrida compensatório-punitiva.

Creemos que a sua rigorosa compreensão implica que a situação económica do lesado²⁹⁶ e do lesante sejam consideradas não de modo individualizado, mas em dialética. Não se pretende favorecer ou desfavorecer nenhum dos envolvidos, mas somente, aliada no princípio da proporcionalidade e da igualdade material, encontrar a solução justa -

²⁹³ Para mais desenvolvimentos, ANTUNES VARELA, *Das Obrigações...*, I, pp. 569-89 e BARBOSA, *Lições...*, pp. 227-48.

²⁹⁴ No mesmo sentido, BARBOSA, *Reflexões em torno...*, p. 569.

²⁹⁵ *Vide*, ALBUQUERQUE MATOS, *Reparação...*, p. 214

²⁹⁶ A inconstitucionalidade do critério da situação económica do lesado tem vindo a ser suscitada, mormente pelo STJ, por violação do princípio da igualdade (art. 13.º CRP). *E.g.*, STJ, Ac. de 11 Janeiro de 2007; de 7 de Fevereiro de 2008 e de 24 de Abril de 2013. Para mais desenvolvimentos, *idem*, pp. 203-7 e VELOSO, *Danos...*, p. 542.

evitando que, por um lado, a compensação constitua um enriquecimento injustificado do lesado e, por outro, que o lesante seja colocado numa situação de precariedade; serve igualmente, por não considerar a posição económica do lesado de modo isolado, de freio aos receios da *functional approach*²⁹⁷, evitando a incerteza e parcialidade de procurar uma quantia correspondente aos hábitos lúdicos de cada lesado²⁹⁸. A esta apreciação de equilíbrio ainda se soma a dos restantes critérios, pelo que não é decisiva - mesmo que um lesante seja manifestamente menos endinheirado que o seu lesado, isso não culmina, sem mais, numa compensação simbólica (apesar de, em princípio, fazer pender a balança nesse sentido).

A apreciação deste critério aza outros problemas como o da relevância de seguro de responsabilidade civil e de seguro de danos para a determinação das situações económicas, respectivamente, do lesante e do lesado. Parece-nos que estes não devem ser atendidos como contributo para as situações económicas dos sujeitos, porque tal contrariaria o contraponto pretendido pelo legislador. Quanto ao seguro de responsabilidade, a sua consideração tornaria toda a comunidade de risco como factor de ponderação, quando, na relação entre o lesante e o lesado, não é relevante a relação que o lesante, na sua veste de tomador, tenha com a seguradora - a responsabilidade desta é reflexa e um factor exógeno à dinâmica da responsabilidade civil, revelando-se injusto o benefício que a sua consideração tenha para o lesado. No que respeita ao seguro de danos próprios, é paradoxal que ao lesado seja concedida uma compensação de valor mais diminuto, uma vez mais, por intervenção de um factor externo à responsabilidade civil – estaria a ser penalizado pela sua cautela. Além disso foi, ao contratar o seguro, contribuinte para o património dessa comunidade de risco que agora o reembolsa, o que originaria uma esfera de impunidade ao lesante. Contudo, neste último caso, se deduzido o valor dos prémios e considerado o possível agravamento futuro dos mesmos, caso se verifique que o segurado fica numa posição de vantagem, poderá esse *quantitativo líquido* ser considerado na avaliação da sua situação económica²⁹⁹.

²⁹⁷ VELOSO, *Danos...*, p. 536.

²⁹⁸ Neste sentido, *idem*, pp. 204-6.

²⁹⁹ Neste sentido, ALBUQUERQUE MATOS, *Reparação...*, pp. 207-10.

2.2.3. Demais circunstâncias do caso

A consagração desta abertura às particularidades da *praxis* é conforme à flexibilidade subjacente a um juízo equitativo. MARIA MANUEL VELOSO aponta a essencialidade de se terem, a este propósito, em conta a “intensidade e natureza da lesão e a importância do bem jurídico violado”³⁰⁰ enquanto crivos últimos a possíveis tendências subjectivistas, e critica o facto de não terem sido expressamente consagrados no elenco de critérios. Outras circunstâncias comumente consideradas são a idade do lesado, as previsões de evolução da lesão, a concorrência de culpa do lesado, etc.³⁰¹. No que respeita ao nosso tema, parece-nos que será relevante aqui enquadrar – considerando que a acção de responsabilidade chega a este estágio – as diferenças, mormente como consequência da ausência de substrato ontológico humano, entre a personalidade jurídica singular e colectiva.

Além destes critérios, e ancorada na margem de liberdade concedida pela equidade, a jurisprudência invoca outros, como o da ideia de proporcionalidade; as vantagens da identificação de padrões compensatórios de modo a, pela uniformização, melhor se concretizar a ideia de justiça; e a ponderação expressa da finalidade punitiva da responsabilidade por danos não patrimoniais, justificando a elevação dos montantes compensatórios³⁰². O primeiro e o terceiro parecem-nos de relevo indiscutível, e julgamos já estarem de certo modo contemplados, respectivamente, no critério das situações económicas do lesado e do lesante e no grau de culpabilidade do lesado. Quanto ao segundo critério, entendemos a intenção que lhe subjaz – *inter alia*, a segurança jurídica de evitar soluções desiguais para problemas idênticos; facilitar a decisão do julgador e possíveis acordos extrajudiciais – mas acompanhamos as preocupações daqueles que receiam uma subversão do juízo equitativo, e apagamento das peculiaridades da casuística, pelo estabelecimento de uma sobrevalorização do precedente (estranho ao nosso sistema jurídico). Semelhantemente, se a criação de um sistema tabelar é aplaudida em alguns campos - como o do dano corporal e dos acidentes de trabalho, nos quais há a intervenção de perícias médico-legais que conferem uma dimensão de objectividade que justifica a

³⁰⁰ Cit. VELOSO, *Danos...*, p. 542.

³⁰¹ *Idem*, p. 543.

³⁰² Em detalhe, *idem*, pp. 543-57.

estandardização -, talvez, em relação a outros, o juízo equitativo, e a concreta apreciação do caso-problema, sejam inconveniências insuperáveis em favor da concretização da justiça³⁰³.

3. Breves considerações sobre o escopo compensatório e a compensação de danos não patrimoniais de pessoas colectivas

O instituto da responsabilidade civil é, como vimos analisando, genericamente, uma forma complexa e diversificada de, percorrido um determinado *iter*, cominar, justificadamente, uma pessoa com o prejuízo sofrido por outra, de modo a que esta fique indemne – a finalidade primária reparadora do instituto. Não se preenchendo cada um dos múltiplos requisitos para que opere a transferência do dano, valerá o princípio *casum sentit dominus*³⁰⁴. Na reparação de danos patrimoniais, sabemos que o dano é o *prius*, e é-o em duas vertentes. Aquando da propulsão do sistema de responsabilidade civil (ponto em comum com a compensação de danos não patrimoniais), porque sem dano nem se põe o problema da responsabilidade; e é-o, ainda, naquele segundo momento de emergência da obrigação de indemnização, pois, sendo o interesse lesado susceptível de expressão pecuniária, via de regra, o dano reparável coincidirá com ele³⁰⁵. No dano não patrimonial não há esse referente, os interesses lesados são, como vimos *supra*, insusceptíveis de avaliação pecuniária, conduzindo, igualmente, à ausência de equivalência entre o *status quo ante* e a prestação sucedânea³⁰⁶. Ainda assim, o legislador concluiu serem dignos de protecção, nomeadamente, pela admissibilidade da sua *compensação*³⁰⁷. Contudo, dada a impossibilidade de estabelecer essa equivalência, e como reacção às resistências da ressarcibilidade destes danos, a dogmática preconiza que, reunidos os pressupostos bastantes para a emergência de uma obrigação ressarcitória, essa não será uma obrigação de indemnização, mas sim de *compensação* ou de *satisfação*³⁰⁸ - não há equivalência, mas

³⁰³ No mesmo sentido, ALBUQUERQUE MATOS, *Reparação...*, pp. 217-8.

³⁰⁴ Vide, SINDE MONTEIRO, *Rudimentos da Responsabilidade Civil*, pp. 353-8.

³⁰⁵ Salvo, e.g., havendo diminuição por mera culpa (494.º); redução de obrigação de indemnização por pessoa não imputável (489.º .2); pelos limites máximos da responsabilidade objectiva (508.º); diminuição por concorrência de culpa do lesado (570.º), etc.

³⁰⁶ Assim, GOMES, *Função punitiva para a responsabilidade civil e reparatória para a responsabilidade penal*, p. 118.

³⁰⁷ A este propósito, PAULA MEIRA LOURENÇO refere-se à emergência da nova categoria dos *danos irreparáveis*, da qual constaria o dano não patrimonial e danos difusos. Vide, *A função...*, pp. 17-22.

³⁰⁸ VAZ SERRA, *Reparação...*, p. 80.

somente um contrabalanço. Desse modo, a atribuição de uma determinada quantia pecuniária criaria uma disponibilidade económica capaz de atenuar os danos não patrimoniais, não se pretendendo *pagar a dor*, mas “proporcionar prazeres ou satisfações à vítima” que sirvam de contrapeso³⁰⁹.

Uma perspectiva que se guiasse puramente pela ficção de equivalência entre o dano não patrimonial sofrido e o montante pecuniário necessário às actividades proporcionadoras de alegrias e distrações – *functional approach*³¹⁰ -, tem o inconveniente de fundar soluções de discriminação, quer para o lesante, quer para o lesado, uma vez que tendo um lesado mais abastado (com maior probabilidade) interesse num *quantum* mais elevado, ficaria em constante desvantagem tanto o lesado de situação económica mais débil, como o lesante que por infortúnio lesasse uma pessoa mais rica³¹¹. Cremos que esse não foi o intuito do nosso legislador, desde logo pela remissão do art. 496.º para o art. 494.º, apelando à conjugação de vários critérios orientadores do juízo equitativo - mas é, se considerada nesta apreciação global, *uma linha de orientação plausível*³¹².

A conjugação dos diversos critérios orientadores do juízo equitativo, como vimos, afasta a ressarcibilidade de danos não patrimoniais de uma finalidade puramente reparatória, combinando-a com uma compensatório-punitiva que, pode defender-se, ocupa um lugar de destaque. A consideração do grau de culpa do lesante aponta para a vertente punitiva, porém essa é temperada pela influência dialética das situações económicas desse e do lesado e, ao abrigo da abertura às demais circunstâncias do caso, por ser aconselhável a ponderação (*inter alia*) da natureza e intensidade do dano – o que evidencia um intuito compensatório com preocupações reparadoras (não só punitivas), quer pela atenção às especificidades do lesado e do seu dano, para a determinação do *quantum*, quer por não ser indiferente a quem se entrega esse montante (é ao lesado, não a um terceiro, ao contrário da pena de multa)³¹³.

Assim, a consideração de que a entrega de um determinado valor pecuniário - que garanta uma maior disponibilidade económica e viabilize a satisfação de outros interesses imateriais -, combinada com o reconhecimento de que condutas mais censuráveis devem

³⁰⁹ Cit. PINTO MONTEIRO, *Sobre a...*, p. 20. No mesmo sentido, *inter alios*, ALBUQUERQUE MATOS, *Reparação...*, p. 203.

³¹⁰ VELOSO, *Danos...*, p. 536 e ANTUNES VARELA, *Das Obrigações...*, I, pp. 607-8.

³¹¹ No mesmo sentido, VAZ SERRA, *Anotação ao Acórdão de 28 de Fevereiro de 1969*, p.180.

³¹² VAZ SERRA, *Reparação...*, pp. 84-5.

³¹³ *Vide*, LOURENÇO, *A Função...*, pp. 285-6.

ser mais censuradas – o que, em articulação com os restantes critérios, pode conduzir a quantias mais elevadas – é suficiente para se haver o lesado por compensado. Questionamos, porém, e apesar de nunca termos encontrado o problema posto na jurisprudência, como fundamentar este processo quando o lesado seja uma pessoa colectiva, a qual, por natureza, não vai levar a cabo actividades que, como a dogmática tem vindo a entender, lhe proporcionariam outras alegrias, nem sentirá satisfação ou apaziguamento em ver reflectido no montante compensatório o grau de culpabilidade do lesante?

Julgamos que este último obstáculo pode ser superado se, à semelhança do que fez a dogmática a propósito da extensão do dano moral ao não patrimonial, entendermos que o que está em causa é, essencialmente, um balanceamento de interesses imateriais, mesmo que por intermédio de uma quantia pecuniária. O montante compensatório não tem que ser concebido, como tradicionalmente, como um meio de aquisição de outras alegrias e prazeres que distraiam o espírito lesado. Essa formulação está, salvo melhor opinião, enraizada numa concepção limitada de dano não patrimonial, próxima do dano moral – enquanto uma repercussão no espírito do lesado causadora de tristeza e ansiedade, que seriam contrariadas pelas distrações propiciadas pela nova disponibilidade económica – e, além de ser pouco adequada à configuração de um lesado que seja uma pessoa colectiva, não é, igualmente, um enquadramento dogmático suficiente para algumas pessoas singulares que se encontrem no papel de lesado (*e.g.*, a compensação de danos não patrimoniais próprios quando se dê a morte da vítima, art. 496.º .4).

Se a compensação for considerada, ao invés, meramente, como um balanço de interesses imateriais, poder-se-á arguir, convocando aquela natureza híbrida de compensação-punição, que este fim se cumpre independentemente da natureza singular ou colectiva do lesado. A retórica sobre a utilização do dinheiro como *iter* para novos estados de alma, mitigadores do sofrimento, serviu, salvo melhor opinião, os interesses de uma época de resistência à compensação destes danos por se temer a comercialização de determinados bens (como fizemos referência nas primeiras linhas desta reflexão). Hoje, pacificada a admissibilidade da compensação destes danos, e dada a superação do dano moral *stricto sensu*, não cremos que este quadro dogmático mantenha sustentação. A entrega de um determinado montante pecuniário serve, cremos e, atenta a natureza do dano e dos interesses lesados, na medida do possível, reequilibrar a balança. Através do decorrer

da acção e, sobretudo, através da condenação, o lesado recupera um dado controlo na sua órbita de interesses imateriais ao ver os seus direitos afirmados contrafactivamente. Aqui pesam as finalidades punitivas que identificámos *supra*, contribuindo para a sua satisfação o facto de o lesante ocupar a posição processual de demandado, réu, e de vir a ser condenado por um Tribunal.

De qualquer modo, entendemos que a concepção da compensação conforme vem sendo caracterizada pela dogmática não deve servir de impedimento à compensação de danos não patrimoniais a uma pessoa colectiva, porque, salvo melhor opinião, é irrelevante. Ante um lesado que seja pessoa singular, uma vez atribuída uma determinada quantia pecuniária, não há qualquer averiguação *ex post* dos modos de utilização desse dinheiro e o cumprimento de interesses imateriais sucedâneos pelo lesado pode materializar-se em qualquer forma que a sua imaginação permita (até em entesouramento). Do mesmo modo, poderíamos arguir que a entrega de uma quantia pecuniária a uma pessoa colectiva lhe viabilizará uma dada disponibilidade económica que lhe permita levar a cabo actividades contributivas para a *reconstrução* dos interesses danificados. Isto é particularmente relevante se atentarmos que, por regra, as pessoas colectivas são lesadas em interesses imateriais ligados ao bem jurídico da honra na sua dimensão externa. Não poderão conceber-se como equivalentes (1) a decisão em que uma quantia seja entregue com o propósito de disponibilizar prazeres a um lesado singular, com aquela em que (2) uma quantia seja entregue a um lesado pessoa colectiva para que este invista em mecanismos de recuperação da sua imagem social danificada, *v.g.*, por via de estratégias de *marketing* ou pela sua associação a causas de solidariedade socialmente reconhecidas, etc.? Tanto podemos fazer este esforço de procurar um paralelo, entre os lesados que sejam pessoas singulares e os lesados pessoas colectivas, no que respeita ao destino da quantia pecuniária compensatória, ou podemos admitir que esse destino nunca será alvo, em qualquer um daqueles entes, de efectiva apreciação pelo tribunal ou pela sociedade (até em linha com as considerações que tecemos a propósito do afastamento da *functional approach*), e que estamos somente a atribuir uma quantia pecuniária, alcançada por um processo equitativo de decisão, porque os bens em causa são, objectivamente, irreparáveis de outro modo. Corremos o risco de ser acusados de promover o comércio de interesses imateriais, mas, cremos, o que sugerimos não é nenhuma alteração do *status quo*, só uma

clarificação de que, de facto, o ordenamento jurídico não está interessado, nem nunca esteve, nos fins em que estas quantias pecuniárias são, efectivamente, empregues.

Em suma: o interesse imaterial foi lesado; reúnem-se os pressupostos da responsabilidade civil; a quantia é atribuída por funcionamento de um sistema que almeja ser proporcional e prudente, e que considera as circunstâncias do caso concreto. O destino do dinheiro não é preocupação do legislador. A sua conexão à mitigação do sofrimento ancora-se num conceito de dano moral que não é suficiente para a panóplia de interesses imateriais que hoje podemos considerar e não se coaduna com alguns lesados, sejam pessoas singulares ou colectivas. Por isso, não deve ser relevante a natureza, singular ou colectiva, do sujeito lesado, pois não faz parte da equação, na dinâmica do sistema de responsabilidade civil, se este irá efectivamente empregar o dinheiro na mitigação do sofrimento. A própria condenação e entrega de uma quantia compensatória, revalidam a dignidade dos interesses imateriais lesados e isso é, *per se*, também um interesse imaterial considerável.

Quanto à ausência de apaziguamento pela punição do lesante, poderíamos arguir que essa vertente se consubstancia em duas dimensões: a acção para com o lesante (punição *per se*), e a reacção do lesado a essa acção (apaziguamento). Sendo o lesado pessoa colectiva, somente não se registaria a segunda dimensão, contudo isso não retira a importância da primeira. Independentemente de o lesado em causa ter, ou não, subjectividade humana (e processos cerebrais que sustentem um estado de consciência), chegar-se-á, no seguimento de um processo judicial, a uma decisão condenatória em que há correlação entre o grau de culpa do lesante e o montante atribuído, cumprindo-se a finalidade punitiva e a preventiva a si associada. Note-se, aliás, que, mesmo a propósito de pessoas singulares, nem sempre a vertente do apaziguamento pode estar presente – considerem-se os danos não patrimoniais causados a pessoas que, posteriormente, entrem em estado comatoso ou que faleçam logo após a verificação do dano – e tal não é invocado como razão de irressarcibilidade dos mesmos. Além disso, e no que concerne às pessoas colectivas, mesmo que estas não se *apaziguem*, há uma comunidade que com elas interage - e, quanto a danos que colidam com modos de projecção externa da sua personalidade jurídica, que é até parte das circunstâncias de efectivação do dano – que, conforme reagiu

ao acto lesivo, agora reagirá à decisão judicial de condenação do seu agente, mantendo-se, por isso, em parte um efectivo escopo punitivo e, em associação, preventivo.

NOTAS CONCLUSIVAS

O sistema português de ressarcibilidade de danos não patrimoniais é, como vimos, generoso. Isso não implica que se tenha que aceitar a compensação deste tipo de danos inquestionavelmente. Como referimos, no início da nossa reflexão, este é um campo fértil para a resistência. A imaterialidade do dano potencia a incerteza e, na dialética entre a liberdade e a responsabilidade, vai vencendo a liberdade – ou melhor, neste caso, a segurança. A resistência e o dissenso deram-nos a oportunidade para reflectir e, percorrido este trajecto, cremos que construímos uma base justificativa bastante para a admissibilidade da compensação de danos não patrimoniais de pessoas colectivas.

Não ignoramos que a personificação de entes não humanos pode ser um tema sensível e com implicações que ultrapassam o mero debate académico – veja-se a actualidade da discussão da natureza e extensão da personalidade jurídica colectiva no universo da política norte-americana, inspirando o movimento Occupy Wall Street e, mais recentemente, as polémicas influências, no próprio funcionamento da democracia, da decisão, do Supremo Tribunal Federal dos Estados Unidos da América, *Citizens United*³¹⁴ -, assim como as questões em torno da protecção dos animais e contenda sobre o seu estatuto jurídico (recentemente alterado, em Portugal, pela Lei n.º 8/2017, de 3 de Março de 2017), ou até das denominadas *e-persons*.

A nossa reflexão, porém, consciente destes perigos, procurou nunca se desviar da ideia fundamental de não equiparação da personalidade colectiva à personalidade singular, delineando as diferenças fundamentais entre ambas, marcadas pela ausência de subjectividade humana e suas consequentes imposições axiológicas.

Partindo da problematização do conceito de dano, ensaiámos a dissociação entre o dano moral e o dano não patrimonial – recortado como lesão de um interesse imaterial -, defendendo que esta não é uma mera questão terminológica, mas sim o confronto de dois conceitos diferentes. Como vimos, a identificação do dano não patrimonial com o dano moral tem conduzido, não escassas vezes, a decisões judiciais de negação da compensação destes danos a pessoas colectivas, por se considerar que estas não comportam o substracto psíquico necessário ao sofrimento e à tristeza.

³¹⁴ SCOTUS, *Citizens United v. FEC*, de 21 de Janeiro de 2010. Para mais desenvolvimentos, LEVITT, *Confronting the Impact of Citizens United*, p. 217 e ss.

Superado este obstáculo básico, seguimos para a problematização do fenómeno de personificação. Comprometemo-nos com uma análise histórica do pensamento jurídico de modo a espelhar que a resistência à atendibilidade destes danos subjaz uma resistência à própria pessoa colectiva. Quisemos fazê-lo desde a época arcaica do Direito Romano porque, frequentemente, encontrámos essa análise feita, somente, ou a partir da Idade Média e do contributo de DEI FIESHI, ou a partir de SAVIGNY.

No que concerne ao processo de personificação, julgamos que a contextualização histórico-política das implicações que a opção por um sistema de concessão tem, em oposição a um sistema de atribuição normativa ou de aquisição automática, é relevante para introduzir a discussão em torno do princípio da especialidade – tal como o enquadramento histórico deste e a sua instrumentalização ao poder político. Uma análise da dinâmica doutrinal portuguesa revela, como damos conta, que a manutenção deste princípio no ordenamento jurídico – e, sobretudo, a sua concepção mais restritiva – não foi cunhada de certeza nem convicção, levando a que mesmo os seus defensores acabassem por incorrer, em maior ou menor medida, no que designámos de superação pragmática, *i.e.*, na mitigação do seu alcance.

Estas conclusões deram sustento a que experimentássemos a superação de um outro argumento usado contra a compensação de danos não patrimoniais de pessoas colectivas - este ancorado no princípio da especialidade e na finalidade lucrativa das sociedades comerciais. A nossa resposta passa por uma compreensão da capacidade jurídica das pessoas colectivas como tendencialmente plena, e meramente limitada pela essencial ausência da subjectividade humana, deslocando, por isso, os problemas que, tradicionalmente, se entendem como de capacidade para outros campos (de interesse para a doutrina jussocietária) nos quais se acaulem as legítimas preocupações de certeza e segurança, ou pelo menos, e na linha da doutrina tradicional, assumir a sua superação pragmática por mitigação, retirando-lhe consideravelmente a capacidade limitativa. Paralelamente, criticámos a posição daqueles que afirmam a ressarcibilidade do mero dano patrimonial indirecto, quer pela incoerência de reconhecer a existência do dano (como mediador), mas recusa em tutelá-lo, quer pela, concomitante, injustificada diferenciação entre pessoas colectivas sem escopo lucrativo e com escopo lucrativo.

Reconfigurado o dano e superada a limitação da capacidade jurídica, partimos para a busca de interesses imateriais que suportem a admissibilidade deste tipo de danos. Caracterizada a personalidade jurídica singular e feito um confronto vincado com a personalidade jurídica colectiva – a premissa que nos tem acompanhado ao longo deste trabalho –, procedemos à caracterização e análise do bem jurídico da honra (expondo o seu dualismo), assim como da tutela das suas manifestações, nomeadamente do bom nome e do crédito, e reflectimos sobre a autonomização do direito à identidade pessoal. Nestes direitos, cremos, encontramos uma compatibilidade bastante para se admitir a sua extensão a pessoas colectivas e, havendo violação, a respectiva tutela, nomeadamente pela compensação de danos não patrimoniais.

Fechado o capítulo dos direitos de personalidade, procurámos, no ordenamento jurídico, outras manifestações de tutela de interesses imateriais de pessoas colectivas, sobretudo em diplomas legais que consagrem direitos tipicamente titulados não só por entes humanos, mas também colectivos, e, simultaneamente, a ressarcibilidade expressa de danos não patrimoniais. Reflectimos sobre direitos de propriedade intelectual, como os sinais distintivos no âmbito do direito de propriedade industrial, e direitos de autor, e sobre a tutela do segredo comercial. Adoptámos uma perspectiva crítica e quisemos delimitar, com rigor, as circunstâncias em que, no nosso entendimento, a compensação de danos não patrimoniais seria justificada, ante entes colectivos, assim como aquelas em que não o seria, apesar dessa previsão expressa.

Por fim, terminámos a nossa reflexão com o estudo das finalidades da responsabilidade civil, e suscitámos um problema que, embora superável, merece ser atendido se se quiser, com segurança, admitir a compensação de danos deste tipo. Para tal, expusemos – fechando o círculo com o modo como começamos a nossa reflexão – o regime consagrado no art. 496.º quanto à fixação do montante compensatório – o juízo equitativo e seus critérios orientadores - e, através desta exposição, defendemos que não estão presentes fins meramente reparatórios, nem sancionatórios *lato sensu*, mas também punitivos. Para uma adequação dos fins típicos do montante compensatório à sua atribuição a uma pessoa colectiva, propusemos que estes se desliguem de uma ideia - excessivamente associada ao dano moral *stricto sensu* - de mitigação do dano por via da

atribuição de uma soma pecuniária, capaz de proporcionar outras alegrias, e a sua, conseqüente, substituição por um entendimento de mero balanceamento de interesses imateriais (alcançados por via da entrega de uma quantia pecuniária). Entendemos, até pelo seu enquadramento histórico de contraposição às resistências de ressarcimento de danos não patrimoniais, que esta teorização não se traduz num real interesse, do ordenamento jurídico, nos fins em que as quantias pecuniárias compensatórias são empregues – pois nem há uma aferição *ex post*, nem esta ideia se adequa a todos os lesados (mesmo que pessoas singulares), nem nos guiamos pela *functional approach*, -, pelo que esta não deve consubstanciar um obstáculo à compensação de danos não patrimoniais a um lesado pessoa colectiva. De qualquer modo, se se quiser manter aquele enquadramento, sempre se poderão identificar interesses imateriais sucedâneos igualmente alcançáveis por via dessa quantia, ponderando-se a equiparação.

Para obstar à, por nós alegada, incompatibilidade da segunda dimensão da faceta punitiva – o apaziguamento – com um lesado que seja pessoa colectiva, arguimos que esta vertente não tem que estar sempre presente – o que também se verificará a propósito de alguns lesados que sejam pessoas singulares -, assim como a manutenção, além da concomitante função preventiva, da sua vertente de punição com foco no lesante (independente do tipo de lesado). Acresce ainda, que os danos típicos destes entes comportam uma dimensão externa significativa, constituindo a comunidade um elemento da concretização do próprio dano. Tal como a reacção da comunidade relevou para a existência do dano, a faceta punitiva desempenha junto desta um papel não despiciendo, representando, ademais, o próprio processo e, sendo caso disso, condenação, um interesse imaterial, *per se*, considerável.

Creemos que não tomámos por certa a generosidade do nosso sistema. Compreendemos que, na dialética entre a liberdade e a responsabilidade - e embora a responsabilização cumpra uma tarefa densificadora da liberdade -, aqueles que quiserem sacrificar a primeira, em nome da segunda, suportarão o esforço da justificação. Quanto ao tema que aqui nos convoca, julgamos estarem reunidos, atendendo ao que expusemos, fundamentos bastantes para admitir a compensação de danos não patrimoniais a pessoas colectivas, verificando-se todos os pressupostos legais e caso assim o dite a justiça do caso concreto.

BIBLIOGRAFIA

ABRANTES GERALDES, António Santos

- *Indemnização por Infracção aos Direitos de Propriedade Intelectual*, texto elaborado para o Curso de Especialização, Temas da Jurisdição dos Tribunais de Comércio do Centro de Estudos Judiciários, 2010. Disponível em:
http://www.cjlp.org/materias/indemnizacao_infraccao_direitos_propriedade_intelectual.html#_ftnref1 (consultado pela última vez em 20/10/2017)

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de

- *Da empresarialidade (as empresas no Direito)*, Almedina, 1999
- *Curso de Direito Comercial – Introdução, Actos de comércio, Comerciantes, Empresas, Sinais Distintivos*, V. I, 9.^a ed., Almedina, 2013
- *Curso de Direito Comercial – Das Sociedades*, V. II, 5.^a ed., Almedina, 2015

AGOGLIA, María Martha

- *El daño jurídico, enfoque actual*, La Ley, Buenos Aires, 1999

ALARCÃO, Rui de, com a colaboração de **RIBEIRO**, J. Sousa, **MONTEIRO**, J. Sinde, **SÁ**, Almeno de e **PROENÇA**, J. C. Brandão

- *Direito das Obrigações*, policopiado, 1983

ALBUQUERQUE MATOS, Filipe

- *Responsabilidade Civil por Ofensa ao Crédito ou ao Bom Nome*, Almedina, 2011
- *Reparação por danos não patrimoniais: inconstitucionalidade da relevância da situação económica do lesado (arts. 496.º, n.º 3 e 494.º do Código Civil)*, in RLJ, ano 143.º, n.º 3984, 2014

ALMEIDA COSTA, Mário Júlio

- *Direito das Obrigações*, 12.º ed., Almedina, 2013

ANDRADE, Manuel A. Domingues de

- *Teoria Geral da Relação Jurídica*, V. I, reimp., Almedina, 2003

ANDRADE, Manuel A. Domingues de, com colaboração de **ALARCÃO**, Rui de

- *Teoria Geral das Obrigações*, 3.^a ed., Almedina, 1966

ANTUNES VARELA, João de Matos

- *Das Obrigações em Geral*, V. I, 10.^a ed., Almedina, 2013

ANTUNES VARELA, João de Matos/**PIRES DE LIMA**, Fernando Andrade

- *Código Civil Anotado*, V. I, 4.^a ed., Coimbra Editora, 1987

- *Código Civil Anotado*, V. III, 2.^a ed., Coimbra Editora, 2010

BARBOSA, Mafalda Miranda

- *Reflexões em torno da responsabilidade civil: teleologia e teleonomologia em debate*, BFD, V. LXXXI, 2005

- *Liberdade vs. Responsabilidade, a precaução como fundamento da imputação delitual? – considerações a propósito dos cable cases*, Almedina, 2006

- *Estudos a Propósito da Responsabilidade Objetiva*, Principia, 2014

- *Reflexões acerca do princípio da especialidade do fim*, RFDULP, V. 7, n.º 7, 2015

- *Lições de Responsabilidade Civil*, Principia, 2017

BARRETO, Julio Lessa

- *A pessoa jurídica como sujeito passivo do dano moral*, in RTDC, V. 11, 2002

BRANDÃO PROENÇA, José Carlos

- *A Conduta do Lesado como Pressuposto e Critério de Imputação do Dano Extracontratual*, Almedina, 2007

CANOTILHO, J.J. Gomes

- *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.^a ed., Almedina, 2003

CANOTILHO, J.J. Gomes, MOREIRA, Vital

- Constituição da República Portuguesa Anotada, V. I, 4.^a ed. revista, reimp., Coimbra Editora, 2014

CAPELO DE SOUSA, Rabindranath

- O Direito Geral de Personalidade, 1.^a ed. reimp., Coimbra Editora, Coimbra, 2011

CARNEIRO DA FRADA, Manuel

- *A equidade (ou a justiça do coração), a propósito da decisão arbitral segundo a equidade*, in ROA, n.º 72, 2012

- *Danos societários e governação de sociedades (corporate governance)*, in CDP n.º2 (especial), 2012

CARVALHO, ORLANDO, coord. LIBERAL FERNANDES, Francisco, GUIMARÃES, Maria Raquel, REDINHA, Maria Regina

- *Direito das Coisas*, Coimbra Editora, 2012

- *Teoria Geral do Direito Civil*, 3.^a ed., Coimbra Editora, 2012

CARVALHO FERNANDES, Luís A.

- *Lições de Direitos Reais*, 6.^a ed., Quid Juris, 2010

CASTRO MENDES, João

- *Do conceito jurídico de prejuízo*, Jornal do Fôro, Lisboa, 1953

COUTO GONGALVES, Luís

- *Manual de Direito Industrial*, Almedina, 2015

COUTO GONÇALVES, Luís e CAMPINOS, António (coord.), ROBALO, André, ALBUQUERQUE, Carla, LOPES, Inês Vieira, MARCELINO, João, RAMOS, Maria João, GUSMÃO, Miguel, VILELA, Telma

- *Código da Propriedade Industrial Anotado*, Almedina, 2015

COSTA, Ricardo

- *Sociedades: de dentro para fora do Código Civil*, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977*, V. II, Coimbra Editora, 2006

COSTA GONÇALVES, Diogo

- *Pessoa e Direitos de Personalidade, Fundamentação Ontológica da Tutela*, Almedina, 2008

- *Pessoa Colectiva e Sociedades Comerciais*, Almedina, 2016

CUNHA RODRIGUES, Gabriela, GEMAS, Laurinda, NUNES, Pedro Caetano, PAZ, Margarida (org.),

- *O Dano na responsabilidade civil*, Centro de Estudos Judiciários, Ebook, 2014

DIAS PEREIRA, Alexandre

- *Direitos de Autor e Liberdade de Informação*, Almedina, 2008

DIAS PEREIRA, André

- *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente – estudo de Direito Civil*, Coimbra Editora, 2004

- *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, Coimbra Editora, 2015

DEAKIN, Simon, JOHNSTON, Angus, MARKESINIS, Basil

- *Markesinis and Deakin's Tort Law*, 5.^a ed., Oxford University Press, 2003

EMBERLAND, Marius

- *Compensating companies for non-pecuniary damage: Comingersoll AS v. Portugal and the ambivalent expansion of the ECHR scope*, in *British Yearbook of International Law*, 74, 2003

FARIA COSTA, José de

- *in Comentário Conimbricense do Código Penal*, org. FIGUEIREDO DIAS, Jorge, Parte Especial, T. I, 2.^a ed., 2012

FEDTKE, Jörg

- *The Reform of German Tort Law*, ERPL, 4, 2003

FERREIRA DIAS, Pedro Branquinho

- *O Dano Moral na doutrina e na jurisprudência*, Almedina, 2001

FIGUEIREDO DIAS, Jorge

- *Direito Penal Português – as consequências jurídicas do crime*, 4.^a reimp., Coimbra Editora, 2003

- *Direito Penal – parte geral*, 2.^a ed., Coimbra Editora, 2012

FISCHER, Hans Albrecht

- *A reparação dos danos no direito civil*, Arménio Amado Editor, 1938

FROTA, Pablo Malheiros da Cunha

- *Danos morais e a pessoa jurídica*, Editora Método, 2008

FUSARO, Arianna

- *I diritti della personalità du soggetti collettivi*, CEDAM, Padova, 2002

GALVÃO TELLES, Inocêncio

- *Manual de Direito das Obrigações*, T. I, 2.^a ed., Coimbra Editora, 1965

GOMES, Júlio

- *Uma função punitiva para a responsabilidade civil e uma função reparatória para a responsabilidade penal?*, in RDE, A. 15, 1989

GOMES DA SILVA, Manuel

- *O dever de prestar e o dever de indemnizar*, V. I, Tipografia Ramos, 1944

GUTIÁN, Alma María Rodríguez

- *El derecho al honor de las personas jurídicas, comentario a la STC 139/1995 de 26 de septiembre*), in *Anuario de Derecho Civil*, V. 49, n.º2, 1996

- *¿Contradicción entre la doctrina de la Sala 1ª y la Sala 2ª del Tribunal Supremo?*, *InDret*, 334, 2006

LEBRE DE FREITAS, José

- *A Acção Declarativa Comum à luz do Código de Processo Civil de 2013*, 3.ª ed., Coimbra Editora, 2013

- *A Acção Executiva à luz do Código de Processo Civil de 2013*, 6.ª ed., Coimbra Editora, 2014

LEITE CAMPOS, Diogo

- *Nós – Estudos sobre o Direito das Pessoas*, Almedina, 2004

LEVITT, Justin

- *Confronting the Impact of Citizens United*, in *Yale Law & Policy Review*, V. 29, 2010

LOPES ROCHA, Manuel

- *Breve nota sobre a proposta de Diretiva relativa à protecção do know-how não divulgado e ao segredo comercial*, in *Revista de Direito Intelectual*, n.º 1, 2016

LOPES ROCHA, Manuel, CARRETAS, Miguel Lourenço, MARTINHO DA SILVA, Paula, RODRIGUES, Isabel Sarsfield; MARCELINO, João

- *Tribunal da Propriedade Intelectual*, Almedina, 2012

LOTUFO, Renan

- *Dano Moral da Pessoa Jurídica*, in *RBDC*, n.º25, 2003

LOURENÇO, Paula Meira

- *A função punitiva da responsabilidade civil*, Coimbra Editora, 2006

LUCENA, Delfim Maya de

- *Danos não patrimoniais – o dano da morte*, Almedina, 1985

MARKESINIS, Basil e **UNBERATH**, Hannes

- *The German Law of Torts – A Comparative Treatise*, 4.^a ed., Hart Publishing, 2002

MARTÍN-CASALS, Miquel

- *Conceptos perjudiciales (heads of damage) en la indemnización por muerte y por lesiones personales en Europa*, in *InDret*, 2, 2013

MENDES, João de Castro

- *Do conceito jurídico de prejuízo*, Separata de *Jornal do Fôro*, Lisboa, 1953

MENEZES CORDEIRO, António

- *Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais*, Lex, 1997

- *Tratato de Direito Civil*, T. III, Almedina, 2004

- *A equidade como fonte de Direito*, in *O Direito*, ano 144, 2012

MENEZES LEITÃO, Luís

- *Direito das Obrigações*, V. III, 10.^a ed., Almedina, 2015

MESQUITA, Henrique

- *Direitos Reais, Sumários das Lições ao Curso de 1966-1967*, policopiado, 1967

MOTA PINTO, Carlos da

- *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.^a ed., Coimbra Editora, 2005

MOTA PINTO, Paulo

- Os mecanismos de protecção civil da honra e a comunicação social, *in* BFDUM, A. 14, n.º 29, 2010

PAIS DE VASCONCELOS, Pedro

- *As pessoas colectivas no Código Civil – 30 anos depois*, *in* Revista Themis, Ed. Especial, Julho, 2008

- *Direito de Personalidade*, Almedina, 2014

- *Teoria Geral do Direito Civil*, 8.ª ed., Almedina, 2015

PEREIRA, Rui Soares

- *A Responsabilidade por Danos Não Patrimoniais do Incumprimento das Obrigações no Direito Civil Português*, Coimbra Editora, 2009

PEREIRA COELHO, Francisco Manuel

- *Culpa do lesante e extensão da reparação*, *in* RDES, A. VI, 1950-51

- *O nexó de causalidade na responsabilidade civil*, BFD, Suplemento IX, 1951

PESSOA JORGE, Fernando

- *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, CEFDGCIMF, 1968

PINTO MONTEIRO, António

- *Sobre a reparação dos danos morais*, *in* RPDC, A. I, n.º 1, 1992

- *Negócio jurídico e contrato de sociedade comercial*, *in* RLJ, A. 136, n.º 3941, 2006

- *Cláusula Penal e Indemnização*, Almedina, 2.ª reimp., 2014

- *A indemnização por danos não patrimoniais em debate: também na responsabilidade contratual? Também a favor das pessoas jurídicas?*, *in* RBDC, V. 5, 2015

PLEBANI, Francesca

- *La terza stagione del danno non patrimoniale (1995-2003): la sua estensione e dilatazione*, in *Il “nuovo” danno non patrimoniale*, org. Giulio Ponzanelli, CEDAM, Padova, 2004

SCOGNAMIGLIO, Renato

- *Il danno morale (contributo alla teoria del danno extracontrattuale)*, in *Rivista di Diritto Civile*, A. III, 1957

SERENS, Manuel Nogueira

- *Em tema de fundações*, in *RLJ*, A. 143, n.º 3985 e n.º 3986, 2014

SINDE MONTEIRO, Jorge

- *Rudimentos da Responsabilidade Civil*, in *RFDUP*, A. II, 2005

SOUSA RIBEIRO, Joaquim de

- *Fundações: “Uma espécie em vias de extensão”?*, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977*, V. II, Coimbra Editora, 2006

REMÉDIO MARQUES, João Paulo

- *A Acção Declarativa à luz do Código Revisto*, 3.^a ed., Coimbra Editora, 2010

ROGERS, W. V. Horton (coord.)

- *Damages for non-pecuniary loss in a comparative perspective*, Springer, Wien/New York, 2001

VAZ SERRA, Adriano

- *Anotação ao Acórdão de 28 de Fevereiro de 1969*, in *RLJ*, 103, n.º 3417, 1970

- *Reparação do dano não patrimonial*, in *BMJ*, n.º 83, 1989

VELOSO, Maria Manuel

- *A Compensação do Dano Contratual não Patrimonial (em especial no Direito de Autor)*, policopiado, Coimbra, 1998

- *Danos não patrimoniais, in Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977*, V. III, Coimbra Editora, 2007

- *Danos não patrimoniais, a sociedade comercial, in RDP*, n.º 18, 2007

VERAS SANTOS, José Manuel

- *Las personas jurídicas privadas como titulares del derecho al honor en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Centro Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998

VISINTINI, Giovanna

- *Trattato Breve della Responsabilità Civile*, 3.^a ed., CEDAM, Padova, 2005

VON BAR, Christian

- *The Common European Law of Torts*, V. II, Oxford University Press, 2000

WILCOX, Vanessa

- *A Company's Right to Damages for Non-Pecuniary Loss*, Cambridge University Press, 2016

ZENHA MARTINS, João

- *Das Associações sem personalidade jurídica*, Almedina, 2016

JURISPRUDÊNCIA

Portugal

- TC, 198/1985, Proc. 32/83
- TC, 591/2016, Proc. 278/16
- STJ, 24 de Fevereiro de 1960 (Assento)
- STJ, 9 Fevereiro de 2006, Proc. 4048/05
- STJ, 27 de Novembro de 2003, Proc. 03B3692
- STJ, 9 de Junho de 2005, Proc. 05B1616
- STJ, 11 de Janeiro de 2007, Proc. 06B4433
- STJ, 23 de Janeiro de 2007, Proc. 06A4001
- STJ, 8 de Março de 2007, Proc. 07B566
- STJ, 17 de Abril de 2007, Proc. 755/07
- STJ, 7 de Fevereiro de 2008, Proc. 07B4403
- STJ, 19 de Junho de 2008, Proc. 1079/08
- STJ, 21 Maio de 2009, Proc. 643/09
- STJ, 12 de Fevereiro de 2008, Proc. 07A4618
- STJ, 20 de Maio de 2008, Proc. 1172/08
- STJ, 6 de Julho de 2011, Proc. 2619/05.4TVLSB.L1.S1
- STJ, 24 de Abril de 2013, Proc. 198/06TBPMS.C1.S1
- STJ, 12 de Setembro de 2013, Proc. 372/08.9TBBCL.G1.S1
- STJ, 20 de Junho de 2013, Proc. 178/07.2TVPRT.P1.S1
- TRL, 23 de Setembro de 2007, Proc. 8509/2006-7
- TRL, 23 de Março de 2010, Proc. 7527/04.3YXLSB.L1-1
- TRL, 8 de Maio de 2012, Proc. 115/07.4TBVPT.L2-7
- TRL, 18 de Fevereiro de 2014, Proc. 366/12.0TVLSB.L1-7
- TRP, 28 de Abril de 2009, Proc. 0826444
- TRP, 7 de Julho de 2016, Proc. 12/15.0GAMCN.P1
- TRC, 12 de Maio de 2010, Proc. 88/08.6TATBU.C1
- TRC, 24 de Fevereiro de 2015, Proc. 7825/08.7TBOER.C2

Brasil

- STJ(Br) - Súmula n.º 227

Espanha

- STS de 31 de Março de 1930
- STC 107/1988, de 8 de Junho
- STC 139/1995, de 26 de Setembro

TJUE

- 17 de Março de 2016, Proc. C-99/15

TEDH

- *Comingersoll AS v. Portugal*, de 6 de Abril de 2000

Estados Unidos da América

- SCOTUS - *Citizens United v. FEC*, 21 de Janeiro de 2010