



O concurso entre a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual

Fernando A. Ferreira Pinto ⁽¹⁾

I - CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

1. O problema do «concurso entre a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual» não tem sido, entre nós, objecto de grande atenção, tanto por parte da doutrina ⁽²⁾ como por parte da jurisprudência ⁽³⁾⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ Reproduz-se, com ligeiras alterações formais e algumas (poucas) notas de actualização –relativas unicamente à doutrina e à jurisprudência portuguesas e devidamente assinaladas mediante a sua inserção entre parêntesis rectos –, o Relatório apresentado em 1986, no âmbito do Curso de Mestrado em Ciências Jurídico-Civilísticas da Universidade Católica Portuguesa. Nesta oportunidade, não podemos deixar de homenagear também o nosso querido mestre, a quem o trabalho foi primeiramente submetido e com quem tivemos o grato prazer de colaborar durante vários anos na leccionação da disciplina de Direito das Obrigações: o Senhor Professor Doutor Mário Júlio de Almeida Costa.

⁽²⁾ Cf., *infra*, n.ºs. 30 e ss.

⁽³⁾ No que a respeita à jurisprudência, pode mesmo dizer-se que o problema tem sido praticamente ignorado, o que se pode atribuir ao facto de as acções serem usualmente intentadas, ou com base no contrato, ou com fundamento em facto ilícito: neste sentido, cf. FIGUEIREDO DIAS/SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade médica em Portugal*, Separata do BMJ, Lisboa, 1984, p. 25. Cf. também PINTO MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão da responsabilidade civil*, Coimbra, 1985, p. 431, nota 988 [Ver, contudo, a nota seguinte].

⁽⁴⁾ [Em tempos mais recentes, o tema vem sendo consistentemente abordado em



Trata-se, no entanto, de uma questão de inegável interesse teórico e prático, em torno do qual se gerou uma vivíssima polémica doutrinal noutras ordens jurídicas integradas na mesma família, como a alemã ⁽⁵⁾ e a francesa ⁽⁶⁾. Pensamos, por isso, ser útil e até necessário dedicar-lhe algum esforço de reflexão em face do nosso ordenamento, onde ele se apresenta em termos dogmáticamente não muito diferenciados dos que patenteia noutros sistemas jurídicos e, por consequência, onde o interesse prático da sua resolução se revela com idêntico grau de intensidade. É o que

decisões dos nossos tribunais superiores, mormente em sede de responsabilidade médica. Cfr., de entre outros, os arestos seguintes: Ac. do STJ de 19.06.2001 (Pinto Monteiro), Ac. do STJ de 8.05.2003 (Araújo de Barros), Ac. do TRL de 19.04.2005 (Pimentel Marcos), Ac. do STJ de 22.09.2005 (Lucas Coelho), Ac. do TRC de 10.01.2006 (Jorge Arcanjo), Ac. do TRL de 11.09.2007 (Rosa Ribeiro Coelho), Ac. do STJ de 4.03.2008 (Fonseca Ramos), Ac. do STJ de 31.03.2009 (Fonseca Ramos), Ac. do TRC de 16.12.2009 (Jorge Arcanjo), Ac. do TRP de 24.02.2011 (Filipe Caroço), Ac. do STJ de 22.09.2011 (Bettencourt de Faria), Ac. do TRC de 29.11.2011 (Carlos Querido), Ac. do STJ de 15.12.2011 (Gregório Jesus), Ac. do TRP de 11.09.2012 (M. Cecília Agante), Ac. do TRL de 27.09.2012 (Teresa Albuquerque), Ac. do TRC de 11.11.2014 (Jorge Arcanjo), Ac. do TRP de 10.02.2015 (Rodrigues Pires), Ac. do STJ de 25.02.2015 (Armando Monteiro), Ac. do STJ de 2.06.2015 (Clara Sottomayor), Ac. do STJ de 1.10.2015 (M. dos Prazeres Beleza), Ac. do STJ de 28.01.2016 (Graça Trigo), Ac. do TRP de 30.05.2016 (Sousa Lameira), Ac. do STJ de 7.02.2017 (Helder Roque), Ac. do STJ de 7.03.2017 (Gabriel Catarino), Ac. do TRP de 27.03.2017 (Jorge Seabra), Ac. do TRL de 18.05.2017 (L. Correia de Mendonça), Ac. do TRL de 6.02.2018 (Carlos Oliveira), Ac. do STJ de 22.03.2018 (Graça Trigo), Ac. do TRL de 24.09.2019 (José Capacete), todos disponíveis em dgsi.pt. Adde Ac. do TRE de 20.10.2011 (Mário Serrano), *Colectânea de Jurisprudência*, n.º 233, t. IV/2011, Ac. do TRC de 13.10.2015 (Jorge Arcanjo), *Colectânea de Jurisprudência*, n.º 265, t. IV/2015].

⁽⁵⁾ Cf., *infra*, n.ºs. 25-29.

⁽⁶⁾ Cf., *infra*, n.ºs. 23-24.



procuraremos demonstrar nas páginas que se seguem.

2. Antes de mais, importa delimitar com precisão o fenómeno sobre que irá incidir o nosso estudo, uma vez que não iremos cuidar aqui de todas as hipóteses de interferência ou, usando a expressão num sentido muito amplo, de «concurso» de responsabilidades ⁽⁷⁾.

As situações que temos em vista – e que podemos qualificar de «concurso em sentido próprio» ⁽⁸⁾ –, são aquelas em que *um único facto danoso*, praticado por *uma só pessoa*, integra simultaneamente

⁽⁷⁾ Ainda que tão-só no domínio do direito civil. Encarando a questão deste ponto de vista, cf. MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações*, 2.º vol., Lisboa, 1980, p. 411 e ss. [cfr., agora, *Tratado de Direito Civil Português*, II – *Direito das obrigações*, t. III, Coimbra, 2010, p. 735 e ss.]. Perspectiva ainda mais ampla é a da doutrina alemã, que tem estudado o problema que nos ocupa no quadro de uma teoria geral do concurso de normas em direito civil. São clássicas, nomeadamente, as monografias de LENT, *Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht und Zivilprozess*, 2 vols., Leipzig, 1912-1916, e de SCHMIDT, *Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht*, München, 1915. No nosso país, a problemática do concurso de normas tem sido tratada fundamentalmente pelos penalistas, a respeito das normas incriminadoras (cf., v.g., CAVALEIRO DE FERREIRA, *Direito Penal*, II, polic., Lisboa, 1985, p. 140 e ss., EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal*, II, Coimbra, 1965, p. 197 e ss., IDEM, *A teoria do concurso em direito criminal. Unidade e pluralidade de infracções*, Coimbra, 1945, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal*, polic., Coimbra, 1976, p. 101 e ss., e J. A. VELOSO, *Fragments de um Curso de Direito Penal*, II - *Concurso de normas* e III - *Conflitos de normas*, polic., Lisboa, 1985-1986). Essa circunstância, aliada às especificidades da teoria da interpretação e aplicação da norma penal, impede uma transposição linear dos resultados obtidos para o campo do direito civil, ou do direito privado em geral. Uma tentativa de tratamento mais compreensivo da matéria do concurso de normas pode ver-se em BAIÃO DO NASCIMENTO, *Do concurso de normas*, Lisboa, 1971, com largo proveito para a questão do concurso de responsabilidades.

⁽⁸⁾ Cf. CARLO ROSSELLO, «Concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale», *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, ano I, 1985, n.º 4, p. 317.



os *pressupostos de aplicação dos regimes da responsabilidade contratual e da responsabilidade extracontratual*, representando, pois, concomitantemente, a inexecução de uma obrigação em sentido estrito e a violação do genérico dever de *neminem laedere*. São duas, por conseguinte, as suas características essenciais: por um lado, do ponto de vista subjectivo, lesante e lesado correspondem, respectivamente, ao devedor e ao credor de uma relação obrigacional, por outro lado, do ponto de vista objectivo, o dano aquiliano é consequência directa do inadimplemento da obrigação ⁽⁹⁾.

Por não satisfazerem aquele primeiro requisito, ficam de fora do âmbito das nossas reflexões todas aquelas hipóteses em que o devedor/lesante, com a sua conduta, cause simultaneamente um dano contratual ao credor e um dano extracontratual a um terceiro estranho à relação creditícia. Pense-se, por exemplo, no caso de um taxista que culposamente tem um despiste, atropelando um peão que circulava pelo passeio e causando danos à pessoa transportada ⁽¹⁰⁾.

⁽⁹⁾ Cf. *autor e ob. cits.* na nota anterior, p. 318.

⁽¹⁰⁾ Note-se, porém, que, do ponto de vista do passageiro lesado, pode surgir um problema de concurso tal como aqui o definimos. Com efeito, se do acidente resultarem, por exemplo, lesões para a sua saúde, a conduta do taxista viola simultaneamente um direito emergente do contrato de transporte e um direito absoluto à integridade física. Refira-se, por outro lado, que nem sempre é fácil dizer quando é que o terceiro lesado é estranho à relação obrigacional, pois, como veremos (*infra*, n.º 13), por vezes há a tendência para considerar abrangidas no círculo da protecção contratual outras pessoas para além do primitivo credor. Referimo-nos à figura para que a doutrina alemã cunhou a designação de «contratos com eficácia de protecção para terceiros» (*Verträge mit Schutzwirkung*



Pela mesma razão, ficam igualmente excluídas do nosso campo de observação as situações em que um terceiro colabore na produção do dano, configurando-se uma responsabilidade contratual em relação ao devedor inadimplente e uma responsabilidade extracontratual do terceiro. É o que se verifica, por exemplo, quando alguém destrói uma coisa objecto de depósito, aproveitando-se da falta de vigilância do depositário ⁽¹¹⁾. Será também o caso das hipóteses de indução ao incumprimento por terceiros, quando se admita o efeito externo das obrigações ⁽¹²⁾.

Em face do segundo requisito, a situação que dá origem ao concurso tem de se configurar de tal forma que a conduta do devedor/lesante o constituiria sempre (isto é, mesmo que entre ele e o credor não intercedesse uma prévia relação obrigacional) na obrigação de reparar os danos, com fundamento na responsabilidade aquiliana. Daí que se considerem estranhas à problemática aqui versada, não apenas as hipóteses em que o facto que determina o incumprimento da obrigação, por si só, prescindindo desta última, nunca teria comportado uma violação do

für Dritte), com fundamento nos quais aos terceiros é reconhecido o direito a uma indemnização contratual, em concurso com a pretensão delitual que normalmente poderiam fazer valer.

⁽¹¹⁾ Cf. GARCIA VALDECASAS, «El problema de la acumulación de la responsabilidad contractual y delictual en el derecho español», *Revista de Derecho Privado*, t. XLVI (1962), p. 835.

⁽¹²⁾ Cf. CARLO ROSSELLO, *ob. cit.*, p. 319, e A. GULLON BALLESTEROS, *Curso do Derecho Civil, Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual*, Madrid, 1968, p. 472 e nota 2.



dever geral de não causar danos a outrem ⁽¹³⁾, como também todas aquelas em que o dano infligido pelo devedor ao credor seja consequência da violação de um direito absolutamente estranho ao conteúdo do vínculo que os une ⁽¹⁴⁾, ainda que esse dano coexista com um outro de natureza contratual ⁽¹⁵⁾. Esta última restrição remete-nos, naturalmente, para a delicada questão de saber quais os direitos e deveres compreendidos no vínculo obrigacional, a que oportunamente voltaremos ⁽¹⁶⁾.

3. As situações que originam o problema a que aqui nos reportamos são correntes nas actividades de prestação de serviços em que é deixada ao cuidado de um dos contraentes a integridade pessoal ou patrimonial da contraparte ⁽¹⁷⁾.

⁽¹³⁾ GARCIA VALDECASAS, *ob. cit.*, p. 835. O mesmo é dizer: quando a conduta do lesante apenas assuma relevância do ponto de vista da responsabilidade contratual.

⁽¹⁴⁾ Trata-se de casos de responsabilidade delitual verificados simplesmente «por ocasião» da execução de uma relação obrigacional. Cf. GARCIA VALDECASAS, *ob. cit.*, p. 835

⁽¹⁵⁾ Nesta última hipótese, haverá coexistência das duas formas de responsabilidade, fundadas em diverso evento lesivo. Cf. CARLO ROSSELLO, *ob. cit.*, p. 318.

⁽¹⁶⁾ Adiante-se, desde já, que, considerando a jurisprudência italiana os chamados «deveres de protecção» – que noutros países são incluídos no âmbito do contrato – numa perspectiva aquiliana, a violação de um desses deveres apresentar-se-á justamente como uma hipótese estranha à problemática do «concurso de responsabilidades» (cf. CARLO ROSSELLO, *ob. cit.*, p. 319).

⁽¹⁷⁾ Cf. ERWIN DEUTSCH, «Zum verhältnis von vertraglicher und deliktischer Haftung», *Festschrift für Karl Michaelis*, Göttingen, 1972 p. 27.



São exemplos clássicos ⁽¹⁸⁾ os do transportador que, na execução do contrato, causa danos à pessoa e/ou à coisa transportadas; do médico que, por imperícia ou negligência, provoca lesões graves ao paciente no decurso de uma intervenção cirúrgica ou de um exame radiológico; do farmacêutico que, em vez do remédio prescrito, entrega ao cliente um produto nocivo para a sua saúde; do depositário que danifica ou destrói a coisa depositada; da ruína de um prédio locado que provoca a morte do locatário. E muitos outros se poderiam acrescentar, sendo certo que a zona de interferência entre a responsabilidade obrigacional e a responsabilidade delitual tende a alargar-se, com o conseqüente aumento de hipóteses de concurso, pelo efeito conjugado de dois fenómenos ⁽¹⁹⁾: por um lado, pelo enriquecimento do conteúdo da própria relação obrigacional, com o reconhecimento da existência, ao lado dos deveres de prestação, dos chamados deveres acessórios ou laterais; por outro lado, pelo alargamento do círculo das pessoas abrangidas na tutela contratual.

4. Delimitadas as situações de facto que estão na origem do problema do concurso entre a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual, cumpre-nos agora ver um pouco melhor em que é que ele consiste e quais as suas possíveis soluções.

⁽¹⁸⁾ Uma recensão dos *loci classici* de concurso nos direitos francês, americano e alemão, pode ver-se em P. H. SCHLECHTRIEM, *Vertragsordnung und ausservertragliche Haftung*, Frankfurt am Main, 1972, respectivamente, p. 78 e ss., 179 e ss. e 289 e ss. Para a jurisprudência italiana, cf. CARLO ROSSELLO, *ob. cit.*, p. 324 e ss.

⁽¹⁹⁾ Cf., desde já, TONY WEIR, «Complex liabilities», Capítulo 12 do vol. XI (*Torts*) da *International Encyclopedia of Comparative Law*, 1976, n.ºs. 49 a 51, e PINTO MONTEIRO, *ob. cit.*, p. 426 e ss.



Tentaremos, igualmente, esclarecer a terminologia comumente adotada, que se revela equívoca.

Deve começar por dizer-se que a própria designação do problema é discutida. Assim, a doutrina francesa trata correntemente do tema sob a epígrafe genérica de «cúmulo» e «não cúmulo» de responsabilidades ⁽²⁰⁾. Tais designações são, porém, geralmente criticadas ⁽²¹⁾ por poderem sugerir a ideia de uma duplicação de indenizações em benefício do lesado, o que por todos é considerado inadmissível. Outras vezes, tomando a parte pelo todo ⁽²²⁾, alude-se ao problema da «opção» entre as duas responsabilidades ⁽²³⁾.

Embora, compreensivelmente, o ponto não tenha importância decisiva, a expressão que se nos antolha preferível é a de «concurso de responsabilidades» ⁽²⁴⁾, pois, no fundo, trata-se de um problema

⁽²⁰⁾ Cf., v. g., G. CORNU, «Le problème du cumul de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité delictuelle», *Etudes de droit contemporain*, Travaux de l'Institut de Droit Comparé de Paris, T. XXIII, 1962, p. 239 e ss., e WEILL/TERRÉ, *Droit Civil - Les obligations*, 3.^a ed., p. 828 e ss.

⁽²¹⁾ Até pelos próprios autores franceses. Cf., v. g., WEILL/TERRÉ, *ob. e loc. cit.*; P. ESMEIN, «Trois problèmes de responsabilité civile. Causalité - Concours de responsabilités - Conventions d'irresponsabilité», *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, t. 33 (1934), p. 340.

⁽²²⁾ Isto é, adotando a designação de uma das soluções possíveis para o problema.

⁽²³⁾ Cf., v. g., E. NOËL MARTINE, *L'option entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité delictuelle*, Paris, 1957.

⁽²⁴⁾ Mais precisamente, «concurso entre a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual».



de concurso de normas ⁽²⁵⁾ ou de complexos normativos ⁽²⁶⁾.

Genericamente, e encarando agora as saídas possíveis, a questão pode pôr-se nos seguintes termos: nas situações a que fazemos referência, em que um mesmo evento lesivo viola simultaneamente um direito de crédito e um direito de diversa natureza, poderá o credor/lesado optar pelo regime que considerar mais favorável ⁽²⁷⁾? Poderá ele, inclusivamente, «construir» um regime misto, combinando as regras de um e outro que lhe forem mais vantajosas? Ou deverá fundar a sua pretensão indemnizatória apenas nas regras

⁽²⁵⁾ Com efeito, um concurso de normas em sentido restrito verifica-se quando «as hipóteses de facto de várias normas podem corresponder-se plena ou parcialmente, de tal modo que o mesmo facto seja compreendido por elas» (K. LARENZ, *Metodologia de la Ciencia del Derecho*, trad. para castelhano da 4.ª ed. alemã, Barcelona, Caracas, México, 1980, p. 260) ou, mais simplesmente, «quando um mesmo facto realiza a previsão de duas ou mais normas» (BAIÃO DO NASCIMENTO, *ob. cit.*, p. 15). Os pressupostos do concurso serão, por conseguinte, a pluralidade das normas formalmente aplicáveis e a unidade do facto (para mais desenvolvida apreciação, cf. BAIÃO DO NASCIMENTO, *ob. cit.*, p. 13 e ss.; cf. também, J. A. VELOSO, *Fragments de um Curso de Direito Penal, II - Concursos de normas*, cit., p. 10 e ss. e 24 e ss.). Ambos os pressupostos se verificam no problema do concurso de responsabilidades, tal como aqui o delimitamos. Discorda, em princípio, desta impositação do problema H. EICHLER (*apud* ERWIN DEUTSCH, *ob. cit.*, p. 27, nota 2), «weil von vornheim nicht Gesetze in Konkurrenz treten, sondern Vertragsnormen auf der einen Seite und Gesetzesnormen auf der anderen Seite».

⁽²⁶⁾ Neste sentido K. LARENZ, *Metodologia*, cit., p. 263.

⁽²⁷⁾ Repare-se que, independentemente da circunstância de o regime mais favorável para o lesado significar, paralelamente, um regime menos favorável para o devedor/lesante, este poderá também ter um interesse autónomo em ver a situação regulada pelas regras da responsabilidade delitual, nomeadamente, por só essa se encontrar coberta pelo seu seguro de responsabilidade civil. Cf. P. LE TOURNEAU, *La responsabilité civile*, 3.ª. ed., Paris, 1982, p. 95.



da responsabilidade contratual ⁽²⁸⁾.

Qualquer destas soluções teve e continua a ter os seus defensores e os seus detractores. Veremos a seu tempo em que argumentos uns e outros se louvam. Por agora interessa-nos apenas dar uma breve ideia do significado de cada uma delas e tentar uma certa clarificação dos conceitos usualmente utilizados.

5. A tese que nega a possibilidade de imiçção entre as duas formas de responsabilidade, exigindo que o lesado se situe exclusivamente no terreno contratual, é, geralmente, conhecida por *solução do não-cúmulo*. De acordo com ela, o concurso entre as normas de uma e outra categoria é meramente aparente, na medida em que, dos dois complexos normativos *prima facie* aplicáveis, apenas um vem a ser efectivamente aplicado, só se devendo atender às regras da responsabilidade contratual na regulamentação do caso. Daí que a doutrina alemã aluda, a propósito, a uma *Gesetzkonkurrenz* (concorrência de leis) ⁽²⁹⁾, expressão que é vulgarmente utilizada como sinónimo de «concurso aparente de normas» ⁽³⁰⁾.

⁽²⁸⁾ Deve dizer-se que embora a discussão gire normalmente em torno das três alternativas descritas (cf., *infra*, III), abstractamente, poder-se-ão considerar pelo menos mais duas: a) Se um contraente não for contratualmente responsável poderá, ainda assim, o lesado recorrer subsidiariamente às regras da responsabilidade aquiliana? b) Se um contraente for contratualmente responsável poderá exigir-se-lhe também uma indemnização complementar, fundada em responsabilidade contratual? Cf. VAZ SERRA, «Responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual», *BMJ*, n.º 85 (1959), pp. 208/209, e J. CARBONNIER, *Droit Civil*, t. 4 - *Les Obligations*, 7.ª ed., 1972, p. 422.

⁽²⁹⁾ Cf. P. H. SCHLECHTRIEM, *ob. cit.*, p. 33.

⁽³⁰⁾ Embora por vezes se acrescente mesmo o qualificativo «aparente» (*scheinbar*). Cf., a propósito, BAIÃO DO NASCIMENTO, *ob. cit.*, p. 37 e ss. K. LARENZ (*Metodologia*,



As outras duas soluções são normalmente apelidadas de teses da *opção* e do *cúmulo*. Quanto a nós, porém, preferimos reservar este último termo ⁽³¹⁾ para designar os sistemas que reconhecem ao lesado qualquer das duas possibilidades, pelo que apelidaremos de tese da *combinação* a que admite a conjugação das normas de ambos os complexos de regulamentação.

Se não nos equivocamos, a esta alternativa que se abre dentro dos sistemas do *cúmulo* corresponde ⁽³²⁾ a bipartição que na doutrina alemã se faz entre o «concurso de pretensões» (*Anspruchskonkurrenz*) e o «concurso de normas de pretensão» (*Anspruchsnormenkonkurrenz*) ⁽³³⁾. Trata-se de saber se, quando

cit., p. 260, nota 25, e *Lehrbuch des Schuldrechts*, vol. II, 12.^a ed., Munique, 1981, p. 687, prefere reservar a expressão *Gesetzeskonkurrenz* para designar todos os casos de concurso de normas, apelidando as hipóteses a que nos reportamos de «concorrência excludente» (*normenverdränger Konkurrenz*), de acordo com a classificação proposta por ENNECERUS/NIPPERDEY (*Tratado de Derecho Civil*, t. I - *Parte general*, vol. I, trad. para castelhano da 39.^a ed. alemã, Barcelona, 1953, p. 225 e s.).

⁽³¹⁾ Não obstante estarmos conscientes da sua impropriedade, pois não se trata em nenhum desses casos de reconhecer ao lesado uma dupla indemnização, com fundamento numa cumulação de pretensões (*Anspruchshäufung*, na terminologia de GEORGIADIS), adicionando-se, assim, sem adaptações, os efeitos estatuídos pelas normas em concurso, como sucede nas verdadeiras hipóteses de *concurso real cumulativo* (cf. BAIÃO DO NASCIMENTO, *ob. cit.*, pp. 60, 70 e ss. De acordo com a classificação que este autor faz dos tipos de concurso real, as duas soluções que agora encaramos caberiam justamente na categoria do *concurso real não cumulativo*).

⁽³²⁾ Pelo menos tal como no-la apresentam alguns autores. Cf., v. g., K. LARENZ, *Lehrbuch*, *cit.*, vol. II, p. 689 e ss., e GEORGIADIS, *apud* BAIÃO DO NASCIMENTO, *ob. cit.*, p. 82.

⁽³³⁾ Para mais desenvolvimentos, cf., *infra*, III.



concorrem várias normas fundamentadoras de pretensões (como é justamente o nosso caso), surgem várias pretensões independentes embora dirigidas ao mesmo fim, cada qual obedecendo às suas regras próprias, ou se só surge uma única pretensão, se bem que plurimamente fundada ⁽³⁴⁾.

A doutrina italiana, por seu lado, faz-lhe corresponder a dicotomia «concurso de acções»/«concurso de normas aplicáveis» ⁽³⁵⁾.

6. Resta-nos, a concluir estas considerações preliminares, deixar aqui uma nota justificativa dos desenvolvimentos que se irão seguir.

Começaremos por tentar surpreender a génese do problema. Ela está, como é intuitivo, na própria distinção entre a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual, pois naturalmente que só naqueles sistemas jurídicos que lhe atribuam efeitos práticos terá interesse colocar a questão do concurso entre as normas por que se repartem as duas categorias.

Ao estudo da distinção dedicaremos, por conseguinte, o capítulo

⁽³⁴⁾ Poder-se-á tratar também de uma «cumulação de pretensões» (*Auspruchshäufung*) – cf., *supra*, nota 31. Na terminologia de ENNECERUS/NIPPERDEY, *ob e loc.cits*, nas hipóteses de «concorrência de pretensões» configurar-se-ia um «concurso alternativo de normas» (cf. p. 225, nota 2; em sentido diferente, cf. K. LARENZ, *Metodologia*, cit., pp. 262/263). Para BAIÃO DO NASCIMENTO, *ob. cit.*, p. 82 e ss., quer a *Anspruchskonkurrenz*, quer a *Anspruchsnormenkonkurrenz* correspondem a hipóteses do que designa por *concurso real não-cumulativo* (cf., *supra*, nota 31), distinguindo-se pelo modo como se resolve o concurso: regimes em alternativa, no primeiro caso; combinação de efeitos, no segundo.

⁽³⁵⁾ Cf. CARLO ROSSELLO, *ob. cit.*, pp. 317 e 322 e ss., RENATO SCOMAMIGLIO, v. «Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale», *Novissimo Digesto Italiano*, t. XV, 1968, pp. 678/679, e A. DE CUPIS, *Il danno*, vol. 1.º, Milano, 1979, p. 116.



subsequente deste trabalho. Fá-lo-emos animados por dois objectivos: por um lado, e dada a relatividade que lhe é imanente, procuraremos fundamentalmente analisá-la tal como ela se perfila no direito português, já que o fim último que nos move é também o de resolver o problema do concurso à luz do nosso ordenamento jurídico; por outro lado, tentaremos ver se neste plano é possível colher alguma sugestão firme sobre o modo de resolver a questão.

Num segundo capítulo, dedicado à resolução do problema do concurso, começaremos por uma apreciação do direito comparado, detendo-nos, mais de espaço, naqueles sistemas jurídicos em que tradicionalmente o nosso busca inspiração e que são precisamente aqueles em que o tratamento da matéria concita maior interesse. Em seguida, faremos uma síntese das principais opiniões defendidas pela doutrina nacional, para finalmente, num capítulo à parte, extrairmos as nossas conclusões e ensaiarmos uma tomada de posição.



II - A GÉNESE DO PROBLEMA: A DISTINÇÃO ENTRE A RESPONSABILIDADE CONTRATUAL E A RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL

7. Se, como acabamos de referir, a questão que aqui nos cabe versar tem a sua origem na circunstância de ser tradicional, na dogmática civilística como na lei, a distinção entre a responsabilidade contratual ⁽³⁶⁾ e a responsabilidade extracontratual ⁽³⁷⁾, resultando a sua importância prática precisamente das diferenças de regime que se estabelecem entre uma e outra, importa começar por ver como se delinea tal distinção. São aliás vários os problemas que ela levanta e que teremos de encarar previamente à resolução do concurso, pois pensamos não ser indiferente à solução a adoptar saber se a distinção em si mesma se justifica (e até que ponto), qual a linha de fronteira entre as duas categorias e quais as suas concretas diferenças de regime.

Para melhor enquadrarmos o tratamento da matéria,

⁽³⁶⁾ Expressão já de si equívoca, por inculcar a ideia de que só a violação de obrigações que tenham por fonte um contrato desencadeia tal tipo de responsabilidade, o que, pelo menos em face do nosso ordenamento, não se mostra correcto, pois nela se compreende a violação de qualquer obrigação em sentido estrito, seja qual for a sua fonte. Mais rigorosas seriam, por conseguinte, as designações responsabilidade *negocial* ou responsabilidade *obrigacional*, mas, para além de não se mostrarem isentas de críticas, não têm qualquer tradição na linguagem jurídica. Cf., sobre o ponto, VAZ SERRA, *est. cit.*, p. 115, nota 1, e PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, reedição, Lisboa, 1972, p. 37 e ss.

⁽³⁷⁾ Sendo certo, por outro lado, que a resposta que se der à questão do concurso não deixará de ter consequências sobre o modo de a encarar. Cf. TONY WEIR, *ob. cit.*, p. 6.



começaremos por ver, com a necessária brevidade, como evoluiu tal distinção.

8. Embora haja quem faça remontar o sistema dualista da responsabilidade civil ao direito romano ⁽³⁸⁾ e quem acuse mesmo uma das propostas de solução do concurso (a que advoga o cúmulo) de radicar em «souvenirs de Rome» ⁽³⁹⁾, parece que os romanos nunca chegaram a demarcar com precisão os dois domínios. Assim, segundo GENEVIÈVE VINEY, «dela [da distinção] no se encontram vestígios nos textos romanos. Os diferentes “delitos” em relação aos quais a lei ou o pretor concediam acções à vítima consistiam, com efeito, umas vezes na violação de um contrato, outra vezes na violação de uma regra extracontratual, mas esta circunstância não exercia, por si mesma, qualquer influência sobre o regime da sanção» ⁽⁴⁰⁾. Tal indiferença dever-se-á ao facto de no direito romano mais antigo nunca se ter feito uma nítida distinção entre a responsabilidade civil e a responsabilidade penal, assim como nunca se terá destacado um princípio geral, quer no âmbito da responsabilidade contratual, quer no da responsabilidade extracontratual ⁽⁴¹⁾. Se o direito romano chegou a conceber a distinção possível entre os dois tipos de responsabilidades, dizem H. MAZEAUD e L. MAZEAUD ⁽⁴²⁾, foi sem dúvida em consequência de uma

⁽³⁸⁾ Cf. MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações*, cit., 2.º vol., p 259.

⁽³⁹⁾ Cf. P. ESMEIN, *Trois problèmes*, cit., p. 343.

⁽⁴⁰⁾ *Traité de Droit Civil* (sob a direcção de J. GHESTIN), T. IV, Les Obligations. La responsabilité: conditions, Paris, 1982, p. 6. No mesmo sentido se pronunciam H. MAZEAUD /L. MAZEAUD, *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile, Délictuelle et Contractuelle*, t. I, Paris, 1934, p. 34, e JAIME DE GOUVEIA, *Da Responsabilidade Contratual*, Lisboa, 1933, p. 160 e ss.

⁽⁴¹⁾ Cf. autores e obs. cits. na nota anterior.

⁽⁴²⁾ *Ob. e vol cits.*, pp. 35/36.



circunstância acessória: a *lex aquilia* ⁽⁴³⁾ só reprimia danos resultantes de factos positivos e sabe-se que em matéria contratual o evento lesivo consiste quase sempre numa omissão. Não se podendo, por conseguinte, atribuir ao credor a *actio legis aquiliae*, concede-se-lhe a acção nascida do contrato e assim esquece-se a identidade das duas responsabilidades. Só a partir desse momento parece poder colocar-se a questão do concurso entre elas. Discute-se, porém, se era permitido ao credor optar por qualquer dos expedientes quando a inexecução contratual caísse também sob a alçada da *lex aquilia*, ou se podia apenas prevalecer-se da acção derivada do contrato ⁽⁴⁴⁾.

9. Seja como for, o facto é que a distinção parece ter-se sedimentado pouco a pouco, paralelamente à cisão entre a responsabilidade civil e a responsabilidade penal, acabando por ser acolhida nas codificações oitocentistas e, nomeadamente, no Código Civil francês de 1804. Ao que parece, nas obras dos jurisconsultos nacionais que precederam o Código Civil de 1867, a distinção também já se apresentava «inteira e completa» ⁽⁴⁵⁾.

Inicia-se, porém, nos finais do século XIX, em França, um aceso debate entre os partidários das teorias da unidade e de dualidade da responsabilidade civil, em estreita conexão com a controvérsia em torno da concepção sobre o dever de indemnizar. Resumidamente

⁽⁴³⁾ Sobre o papel da *lex aquilia de damno* na evolução da responsabilidade civil, cf. MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações*, cit., 2.º vol., p. 261 e s. [*Tratado*, cit., II, t. III, 2010, p. 295 e ss.].

⁽⁴⁴⁾ Sobre este ponto, cf. JAIME DE GOUVEIA, *ob. cit.*, p. 218 e ss., H. MAZEAUD/L. MAZEAUD, *ob. e vol. cit.*, p. 36 e nota 3, e P. ESMEIN, *Trois problèmes*, cit., pp. 340/341.

⁽⁴⁵⁾ JAIME DE GOUVEIA, *ob. cit.*, p. 161.



(46), a questão apresentou-se nos seguintes termos: para uns, os defensores da tese dualista (com SAINCTELETTE à cabeça), as duas responsabilidades tinham diversa natureza, já que a responsabilidade por inexecução de obrigações era um mero efeito do contrato e identificava-se com a obrigação violada, ou, pelo menos, tinha por fonte o mesmo contrato que a esta dava origem⁽⁴⁷⁾, enquanto a responsabilidade delitual tinha por fonte a própria lei e não dependia da vontade dos interessados. Tal divergência justificaria as numerosas diferenças de regime que eram afanosamente procuradas pela doutrina e que os sequazes da tese oposta (liderados por GRANDMOULIN) combateram vigorosamente. Para estes, com efeito, as duas responsabilidades não tinham essências diferentes, não se distinguindo pela sua fonte, que era sempre a lei, pelo que tais diferenças de regime careciam de fundamento.

10. Também entre nós se fizeram sentir os ecos desta dissensão, embora já sem a intensidade com que inicialmente se manifestara no seu país de origem. Na verdade, discutiu-se em face do nosso anterior Código Civil se ele consagrou uma ou outra das referidas teses. Enquanto GOMES DA SILVA, refutando a identidade entre o dever

(46) Para maiores desenvolvimentos, cf. GENEVIÈVE VINEY, *ob e vol cits.*, p. 193 e ss., PLANIOL/RIPERT, *Traité Pratique de Droit Civil Français*, T. VI, 1.ª Parte, *Obligations* (por P. ESMEIN), Paris, 1952, p. 660 e ss., MELICH ORSINI, «La responsabilidad extracontractual en relación con la contractual», *Revista de la Facultad de Derecho*, n.º 14, Caracas, 1958, p. 41 e ss., e JAIME DE GOUVEIA, *ob. cit.*, p. 162 e ss.

(47) Cf. GOMES DA SILVA, *O dever de prestar e o dever de indemnizar*, vol. I, Lisboa, 1944, p. 269.



de prestar e o dever de indemnizar ⁽⁴⁸⁾, sustentava «que, pelo menos em regra, o nosso direito adoptou um único sistema de responsabilidade civil» ⁽⁴⁹⁾, JAIME DE GOUVEIA, reconhecendo embora que «as duas espécies de responsabilidade são iguais quanto à sua natureza e essência» ⁽⁵⁰⁾, afirmava que «o legislador do código consagrou insofismavelmente o princípio da *dualidade da responsabilidade civil*» ⁽⁵¹⁾.

Seja, porém, como for, a corrente que desvaloriza a distinção foise progressivamente afirmando no direito português ⁽⁵²⁾, com claros reflexos na sistemática do actual Código Civil ⁽⁵³⁾, sendo hoje pacífica a opinião de que as diferenças de regime que nele se colhem não chegam «para afirmar uma distinção *essencial* entre as duas

⁽⁴⁸⁾ Cf. a obra referida na nota anterior, p. 295 e ss. e 331 e ss. Veja-se também, do mesmo autor, *Conceito e estrutura da obrigação*, reimp., Lisboa, 1971, *passim*. Em geral sobre a estrutura da obrigação, *vd.* ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, 4.ª ed., Coimbra, 1982, p. 115 e ss. [10.ª ed., 2000, p. 132 e ss.], PESSOA JORGE, *Direito das Obrigações*, 1.º vol., polic., Lisboa, 1975-76, p.125 e ss., e MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações*, cit., 1.º vol., p. 171 e ss. [cfr., agora, *Tratado de Direito Civil Português*, II – *Direito das Obrigações*, t. I, Coimbra, 2009, p. 253 e ss.].

⁽⁴⁹⁾ *O dever de prestar e o dever de indemnizar*, cit., p. 329.

⁽⁵⁰⁾ *Ob. cit.*, pp. 168/169. Em sentido idêntico se pronunciava também CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil*, t. XII, p. 721 e ss.

⁽⁵¹⁾ *Ibidem*, p. 161.

⁽⁵²⁾ Para além de GOMES DA SILVA, defenderam o mesmo ponto de vista, ainda na vigência do Código de Seabra, PAULO CUNHA e PESSOA JORGE (cf. MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no direito civil*, vol. I., Lisboa, 1984, p. 575, nota 181) e, no âmbito dos trabalhos preparatórios do novo Código Civil, VAZ SERRA, *est. cit.*, especialmente p. 120 e ss.

⁽⁵³⁾ Cf., *infra*, n.º 12.



responsabilidades» ⁽⁵⁴⁾. Trata-se, aliás, de um movimento generalizado que tende a ganhar cada vez mais adeptos, mesmo naqueles países em que o tratamento da matéria se encontra vazado em codificações mais antigas ⁽⁵⁵⁾. Pode inclusivamente dizer-se que se instalou, um pouco por toda a parte, um certo sentimento de mal-estar em face da distinção ou até da própria sistematização da responsabilidade civil ⁽⁵⁶⁾. Tem-se, nomeadamente, posto em relevo que «o exagerar das diferenças entre os dois regimes de responsabilidade, juntamente com a imprecisão das noções que servem para delimitar os seus respectivos domínios de aplicação... favorecem os litígios e conduzem a soluções muitas vezes arbitrárias e por vezes, mesmo francamente ilógicas ou iníquas» ⁽⁵⁷⁾. E há até

⁽⁵⁴⁾ PESSOA JORGE, *Ensaio*, cit., p. 41. No mesmo sentido, cf. ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 4.ª ed., Coimbra, 1984, p. 354 [12.ª ed., Coimbra, 2009, pp. 542 e 549], MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações*, cit., 2.º vol., pp. 275/276 [cf., porém, *Tratado*, II, t. III, 2010, cit., p. 387 e ss.], e PINTO MONTEIRO, *ob. cit.*, pp. 431/432.

⁽⁵⁵⁾ Assim, em França, tal orientação começa a ganhar relevo a partir da década de trinta, com a desradicalização das posições em torno da distinção, perfilando-se como opinião maioritária a que propende para uma tese intermédia, a qual, não negando a dualidade, considera que ela não traduz uma diferença de natureza entre as duas instituições. Cf. GENEVIÈVE VINEY, *ob. e vol. cits.*, p. 195 e ss. Sobre a tese da «unidade teórica e a dualidade técnica», no Canadá, cf. P.P.C. HAANAPPEL, «La relation entre les responsabilités civiles contractuelle et délictuelle. L'arrêt Wabasso en droit québécois et en droit comparé», *Revue Internationale de Droit Comparé*, ano 34 (1932), n.º 1, p. 105 e ss.

⁽⁵⁶⁾ Nas palavras de J. CARBONNIER (*ob. e t. cits.*, p. 407), «on a creusé dans ce droit tant de galeries qu'il est devenu un labyrinthe, et la victime regrette souvent un fil qui lui permettrait de se conduire dans les différentes combinaisons de responsabilités».

⁽⁵⁷⁾ GENEVIÈVE VINEY, *ob. e vol. cits.*, p. 279.



quem chegue a criticá-la por ser artificial ⁽⁵⁸⁾, considerando não terem justificação racional as diferenças de regime estabelecidas entre os seus dois ramos ⁽⁵⁹⁾, e quem proponha a «abolição das categorias em favor dos tipos» ⁽⁶⁰⁾.

Na realidade, parece haver situações em que se afigura artificial incluí-las numa ou noutra categoria, por se verificar uma imbricação estreita de relações contratuais e extracontratuais e a que conviria um regime diferente, não fundado nessa distinção. Seria esse o caso, designadamente, das responsabilidades emergentes do exercício de algumas actividades profissionais e da responsabilidade do produtor ⁽⁶¹⁾. No admira, pois, que à semelhança do que sucedeu com o Código Civil português, outros textos legislativos recentes tenham enveredado por uma aproximação das duas modalidades, quando não mesmo por uma completa assimilação dos seus regimes, como aconteceu com o Código Civil checoslovaco de 1964 e com Código das Obrigações Cíveis e Comerciais do Senegal, de 1967 ⁽⁶²⁾.

⁽⁵⁸⁾ Cf. A. TUNC, *Introduction*, Cap. 1, do vol. XI (*Torts*), da *International Encyclopedia of Comparative Law*, 1974, n.º 33, p. 19.

⁽⁵⁹⁾ *Idem, ibidem*, n.º 44, p. 25.

⁽⁶⁰⁾ Cf. TONY WEIR, *ob. cit.*, n.º 4, p. 4.

⁽⁶¹⁾ Cf., sobre os aspectos referidos, GENEVIÈVE VINEY, *ob. e vol. cit.*, p. 290 e ss., e A. TUNC, *ob. cit.*, *passim*, especialmente n.º 44, p. 25 e ss. Sobre a *responsabilidade médica em Portugal*, cf. o estudo com esse título, por nós já cit., da autoria de FIGUEIREDO DIAS/SINDE MONTEIRO. Em particular sobre o enquadramento sistemático da responsabilidade pré-contratual, cf. ALMEIDA COSTA, *Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato*, Separata da Revista de Legislação e de Jurisprudência, Coimbra, 1984, p. 86 e ss.

⁽⁶²⁾ Cf. A. TUNC, *ob. cit.*, n.º 48, p. 29. A tendência reducionista a que aludimos no texto manifesta-se, não apenas ao nível das codificações gerais, mas também a



11. Como acabamos de ver, uma das razões para o cepticismo com que presentemente se encara a distinção entre a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual radica na imprecisão do seu critério, a que acresce a sua natureza contingente, pois a linha de demarcação entre as duas categorias varia consoante o ordenamento considerado ⁽⁶³⁾. No entanto, e antes de avançarmos mais, teremos forçosamente que dedicar algum espaço à dilucidação de tal critério, pois só em função dele será possível constatar a existência de uma situação de concurso. Fá-lo-emos, naturalmente, a partir do direito português, sem prejuízo, contudo, das indagações comparatísticas que se revelarem pertinentes.

12. Pode dizer-se que o nosso Código Civil não adoptou, pelo menos do ponto de vista sistemático, uma visão unitária da responsabilidade civil. Com efeito, a regulamentação da matéria encontra-se fundamentalmente dispersa por três lugares distintos: logo no capítulo relativo às fontes das obrigações, deparamos com

respeito de providências legislativas dirigidas a certos tipos de responsabilidade, como a engendrada pelos contratos de transporte.

⁽⁶³⁾ A questão prende-se, como óbvio, com o fundamento que se dê à distinção. Assim, só para referir um exemplo, enquanto em França a opinião maioritária vai no sentido de contrapor a responsabilidade contratual *stricto sensu* à responsabilidade extracontratual, também estritamente entendida, só se justificando, por conseguinte, um regime particular e diferente do de «direito comum» para a violação dos deveres emergentes de um contrato (cf. H. MAZEAUD/L. MAZEAUD, *ob. cit.*, t. I, 6.ª ed. por (A. TUNC), Paris, 1965, n.º 103, e GENEVIÈVE VINEY, *ob. e vol cits.*, pp. 225 e s. e 277 e ss., onde a A. busca o fundamento do particularismo da responsabilidade contratual), noutros direitos, como o alemão, o italiano e o português, a partição faz-se entre a disciplina da inexecução de uma obrigação em sentido técnico e a da violação de outros deveres. Para uma análise comparativa dos direitos inglês, norte-americano e francês, cf. A. TUNC, *Introduction*, cit., n.ºs. 35 a 43.



uma secção (arts. 483.º e ss. ⁽⁶⁴⁾) dedicada à «responsabilidade civil»; depois, no capítulo reservado às modalidades das obrigações, encontramos a «obrigação de indemnização» (arts. 562.º e ss.); finalmente, nos arts. 798.º e ss. encontra-se regulado o incumprimento das obrigações.

Ora, face a este enquadramento, é usual na doutrina ⁽⁶⁵⁾ dizer-se que o primeiro grupo de preceitos se refere à responsabilidade delitual ⁽⁶⁶⁾, pelo que o nosso legislador teria fraccionado a regulamentação das duas categorias, embora só parcialmente, dado o tratamento unitário da obrigação de indemnizar.

Simplemente, um exame mais atento das disposições em causa mostra que tal não corresponde inteiramente à realidade, como, aliás, todos reconhecem. Por um lado, há preceitos incluídos na secção dedicada à «responsabilidade civil» que expressamente se aplicam a hipóteses de responsabilidade obrigacional (caso dos arts. 485.º, n.º 2, 486.º, 491.º, 492.º, n.º 2, 493.º, n.º 1, e 504.º) ⁽⁶⁷⁾. Por outro lado, encontram-se igualmente na secção sobre o não cumprimento das obrigações normas relativas à responsabilidade

⁽⁶⁴⁾ Salvo indicação em contrário, todos os preceitos doravante citados pertencem ao Código Civil português.

⁽⁶⁵⁾ Cf. ANTUNES VARELA, *ob. e vol. cits.*, p. 441 e s. [10.ª ed., p. 519 e ss.], ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, cit., p. 353 [12.ª ed., pp. 541/542], RUI DE ALARCÃO, *Direito das Obrigações*, polic., Coimbra, 1983, p. 208 e s., e PESSOA JORGE, *ob. cit.*, p. 40.

⁽⁶⁶⁾ Mau grado a epígrafe da secção respectiva ser, como vimos, «responsabilidade civil», sem mais qualificativos. A expressão estaria, pois, a ser aí utilizada em sentido restrito (como fonte autónoma das obrigações).

⁽⁶⁷⁾ Cf. ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, cit., p. 353, nota 3 [12.ª ed., p. 541, nota 2], e PESSOA JORGE, *ob. cit.*, p. 41.



extracontratual (cf. os arts. 805.º e 806.º).

Desta interpenetração, que se deduz da simples leitura dos textos legais, parece legítimo concluir que a mera dispersão sistemática não significa que o legislador tenha pretendido uma acusada distinção de regimes entre as duas variantes de responsabilidade. O seu ponto de partida terá sido mesmo o oposto, como revela a circunstância de ter tratado a obrigação de indemnização sem tomar em atenção a fonte de onde ela procede. Daí também que se possa colocar a hipótese de extensão de outros preceitos referentes à responsabilidade delitual à responsabilidade contratual (caso, nomeadamente, dos arts. 494.º e 496.º ⁽⁶⁸⁾).

Seja como for, o que é certo é que não se verificou uma completa assimilação de regimes entre as duas modalidades, pelo que importa determinar o critério que nos permite identificar as hipóteses a que se aplica a disciplina específica de cada uma delas.

13. Como, de certa forma, já ficou dito, tal critério será o da preexistência ou não de um vínculo obrigacional entre o causador e a vítima do dano. Nestes termos, a responsabilidade contratual pode ser definida como a que resulta da violação de um direito de crédito ou da inexecução (em qualquer das suas modalidades) de uma obrigação em sentido técnico, cabendo na responsabilidade extracontratual todas as restantes hipóteses de ilícito civil, ou seja, a violação de direitos absolutos e de disposições legais destinadas a proteger interesses alheios (art. 483.º, n.º 1) ⁽⁶⁹⁾.

⁽⁶⁸⁾ Ver, *infra*, n.º 15.

⁽⁶⁹⁾ Na responsabilidade extracontratual se incluem também certos actos que, embora lícitos, provocam danos a outrem (cf. A. VARELA, *ob. e vol. cits.*, p. 440 [10.º



A simplicidade do critério apontado é, contudo, meramente aparente. Desde logo, porque há casos de fronteira entre as obrigações em sentido estrito e os simples deveres cujo exacto enquadramento doutrinal é duvidoso. É o que se passa, nomeadamente ⁽⁷⁰⁾, com as relações que intercedem entre os sujeitos durante a fase negociatória de um contrato. Como se sabe, impõe a lei que as partes procedam, tanto nos preliminares, como na formação do contrato segundo as regras da boa fé, sob pena de terem de responder pelos danos que culposamente causarem (art. 227.º). Ora, não falta quem visualize nos contactos assim estabelecidos entre as partes uma relação análoga à contratual ou uma relação obrigacional de fonte legal, configurando, conseqüentemente, a violação do dever de agir de boa fé como um caso de responsabilidade contratual ⁽⁷¹⁾. Para outros, porém, a

ed., p. 519 e s.], e ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações, cit.*, p. 353 [12.ª ed., p. 540]). Em geral sobre os pressupostos da responsabilidade civil, vd. AA. e obs cit., respectivamente, p. 445 e ss. [10.ª ed., p. 525 e s.] e p. 364 e ss. [12.ª ed., p. 557 e ss.], e PESSOA JORGE, *ob. cit.*, *passim*. Por vezes, a distinção entre as duas formas de responsabilidade é feita por contraposição entre a violação de uma obrigação em sentido técnico e a violação de *outros deveres* (assim, PESSOA JORGE, *ob. cit.*, p. 37, e RUI DE ALARCÃO, *ob. cit.*, pp. 206/207), mas nem sempre a violação de um dever dá origem a responsabilidade civil (cf. PESSOA JORGE, *ob. cit.*, p. 283 e ss.). Assumindo posição crítica, cf. SCONAMIGLIO, *ob. e loc. cit.*, p. 671 e s.

⁽⁷⁰⁾ Para uma análise de outras situações duvidosas SCONAMIGLIO, *ob. e loc. cit.*, p. 673 e ss., A. DE CUPIS, *ob. cit.*, p. 100, e GENEVIÈVE VINEY, *ob. e vol. cit.*, p. 210 e ss. Em particular sobre a qualificação da responsabilidade de médica, cf. FIGUEIREDO DIAS/SINDE MONTEIRO, *ob. cit.*, esp. p. 32 e ss.

⁽⁷¹⁾ Cf. ALMEIDA COSTA, *Responsabilidade civil, cit.*, p. 86 e ss., onde o problema da qualificação da responsabilidade contratual é cuidadosamente analisado, sobretudo no âmbito do direito português. Cf., também, SCONAMIGLIO, *ob. e loc. cit.*, p. 647 e s.



responsabilidade pré-contratual tem natureza delitual ⁽⁷²⁾.

Um outro factor de insegurança na delimitação das duas formas de responsabilidade advém da própria complexificação do conteúdo do vínculo obrigacional ⁽⁷³⁾. Na verdade, sobretudo por obra da doutrina e da jurisprudência alemãs ⁽⁷⁴⁾, reconhece-se hoje pacificamente integrarem as relações contratuais, para além, dos deveres (principais e secundários) de prestação, os chamados *deveres acessórios de conduta* ou *deveres laterais*, cuja violação pode também dar origem a responsabilidade contratual, com fundamento em *cumprimento defeituoso* ⁽⁷⁵⁾. Trata-se de deveres (como os de protecção, esclarecimento e lealdade) ⁽⁷⁶⁾ que são essenciais à correcta realização do fim da relação obrigacional ou à cabal satisfaço

⁽⁷²⁾ É o que conclui ALMEIDA COSTA no estudo cit. na nota anterior, embora contra a opinião dominante entre nós.

⁽⁷³⁾ Cf. MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé*, cit., vol. I, p. 586 e ss.

⁽⁷⁴⁾ Embora com desenvolvimentos paralelos noutros direitos. Assim, por exemplo, nos países de *common law* há muito se reconhece a existência de *implied terms* nos contratos (cf. TONY WEIR, *ob. cit.*, n.º 50, p. 25 e s.). No direito francês, os tribunais começaram por descobrir uma *obligation de sécurité* no contrato de transporte de pessoas, tendo admitido depois outros deveres contratuais implícitos (cf. GENEVIÈVE VINEY, *ob. e vol. cits.*, p. 215 e ss.). A idêntico alargamento da responsabilidade contratual se assiste no Québec (cf. P.P.C. HAANAPPEL, *ob. cit.*, p. 114) e em Itália (cf. SCONAMIGLIO, *ob. e loc. cits.*, p. 675 e s., e A. DE CUPIS, *ob. cit.*, p. 100 e ss.).

⁽⁷⁵⁾ Sobre o cumprimento defeituoso ou violação positiva do contrato, *vd.*, para além de MENEZES CORDEIRO, *ob. e loc. cits.* na nota 73, ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, cit., p. 742 e ss. [12.ª ed., p. 1058 ss.], ANTUNES VARELA, *ob. cit.*, vol. II, 3.ª ed., Coimbra, 1980 p. 120 e ss. [7.ª ed., reimp., 2001, p. 126 e ss.], e MOTA PINTO, *Cessão da Posição Contratual*, reimp., Coimbra, 1982, p. 402 e ss.

⁽⁷⁶⁾ Sobre a sistematização dos deveres laterais, cf. MENEZES CORDEIRO, *ob. e loc. cits.* na nota 73, especialmente p. 604 e ss., e MOTA PINTO, *ob. cit.*, p. 337 e ss.



dos interesses nela envolvidos. Ora, se, por um lado o enriquecimento do conteúdo da relação contratual, por via da consideração destes deveres de conduta, impostos pela boa fé, representou um inegável progresso científico e um importante contributo para uma avaliação mais justa dos interesses em presença, não há dúvida de que, por outro lado, dele resultou também um certo esbatimento das fronteiras entre a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual e um correlativo alargamento do espaço de interferência entre elas⁽⁷⁷⁾.

Em idêntico sentido aponta, aliás, um outro fenómeno que importa referir aqui e que apresenta evidentes ligações com o anterior. Estamos a pensar na inclusão de terceiros no círculo da protecção contratual, por força da admissão dos chamados «contratos com eficácia de protecção para terceiros» (*Verträge mit Schutzwirkung für Dritte*)⁽⁷⁸⁾. Entende-se, com efeito, que de certos contratos emergem deveres de protecção ou cuidado não só em face do credor, mas também relativamente a terceiros que têm com este

(77) Como afirma MOTA PINTO, *ob. cit.*, p. 341, em nota: «conhece..., desta forma, a nossa vida jurídica uma extensão da esfera da responsabilidade contratual em relação à da responsabilidade aquiliana. O genérico dever de *neminem laedere* é absorvido, sempre que estão em causa comportamentos ligados ao fim contratual, nos quadros da responsabilidade *ex contractu*».

(78) Trata-se, uma vez mais, de uma criação da doutrina e da jurisprudência alemãs, se bem que em França, como inicialmente também sucedeu na Alemanha, se atinjam resultados análogos mediante a ficção, em certos casos, da existência de um contrato a favor de terceiro (*stipulation pour autrui tacite*): cf. GENEVIÈVE VINEY, *ob. e vol. cits.*, p. 221 e ss. Sobre a admissão da mesma ideia nos Estados Unidos da América, cf. TONY WEIR, *ob. cit.*, n.º 51, pp. 26 e s.



uma especial relação de proximidade ⁽⁷⁹⁾. É o que se passa, nomeadamente, com o contrato de arrendamento, de onde emerge, segundo jurisprudência assente na Alemanha, uma eficácia de protecção a favor dos familiares que convivam com o inquilino. Não se trata, é certo, como acontece nos verdadeiros e próprios contratos a favor de terceiro, de lhes reconhecer um poder de exigir do devedor qualquer prestação contratual. No entanto, a violação dos referidos deveres de protecção confere-lhes o direito a uma indemnização de natureza obrigacional, apesar de não figurarem como partes no contrato. Assim, no exemplo referido, os familiares do inquilino que sejam prejudicados por uma qualquer deficiência do locado, poderão exigir do senhorio o ressarcimento dos danos sofridos com base no próprio contrato de arrendamento. É, pois, manifesta a subversão da ideia tradicional de que só haverá responsabilidade contratual quando a inexecução da obrigação seja imputável ao devedor ⁽⁸⁰⁾ e cause prejuízo ao credor.

Claro que por detrás desta invasão de domínios tradicionalmente tidos por «delituais» pela responsabilidade contratual ⁽⁸¹⁾ encontra-se muitas vezes a preocupação de atender a necessidades práticas que se colocam no âmbito de cada ordenamento jurídico. Assim, é hoje reconhecido que a ideia dos deveres de protecção se destinou

⁽⁷⁹⁾ Para uma apreciação mais circunstanciada da figura, cf. MOTA PINTO, *ob. cit.*, p. 419 e ss., MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé*, vol. I, p. 619 e ss., e PINTO MONTEIRO, *ob. cit.*, p. 421 e ss.

⁽⁸⁰⁾ É pacífica a opinião segundo a qual a lesão de créditos por terceiros, quando se conceba a sua existência, desencadeia responsabilidade delitual.

⁽⁸¹⁾ Com o conseqüente acréscimo das situações de concurso, como atrás referimos. Cf. P. H. SCHLECHTRIEM, *ob. cit.*, p. 32, TONY WEIR, *ob. cit.*, n.º 49 e ss., e PINTO MONTEIRO, *ob. cit.*, p. 426 e ss.



a «suprir as deficiências do direito delitual alemão» ⁽⁸²⁾, pelo que se pode (e deve) colocar a questão da oportunidade da sua transposição para direito português ⁽⁸³⁾. Trata-se, porém, de um problema a que só a consideração das diferenças concretas de regime entre duas formas de responsabilidade nos poderá dar resposta.

14. Observámos anteriormente que a tendência para a desvalorização da distinção entre a responsabilidade obrigacional e a responsabilidade delitual havia já encontrado uma significativa aceitação por parte da doutrina portuguesa, no período que antecedeu a entrada em vigor do novo Código Civil. Isso explica que na elaboração deste se tenha ponderado, no plano devido e sem grandes paixões doutrinárias, a questão das eventuais especialidades

⁽⁸²⁾ MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé*, cit., vol. I, p. 637. No mesmo sentido, cf. também ALMEIDA COSTA, *Responsabilidade civil*, cit., p. 87, e ERWIN DEUTSCH, *ob. cit.*, p. 30: «Ihre Differenzierung [a diferenciação entre as duas responsabilidades] hat, wie v. Caemmerer dargelegt hat, dazu geführt, dass zahlreiche typische Deliktstatbestände in den Bereich der Vertragshaftung hineingezogen worden sind. Als Vehikel dienten dabei vor allem die culpa in contrahendo und der Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte».

⁽⁸³⁾ Discorda da referida transposição MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé*, vol. I, p. 639, por, em sua opinião, as diferenças de regime que se vislumbram no nosso ordenamento serem insuficientes para a justificar, tendo mesmo o direito português consagrado a supressão da aludida distinção (nota 384) e os valores em jogo na violação dos deveres de protecção corresponderem ao objecto visado pela tutela delitual. Em sentido oposto, MOTA PINTO, *ob. cit.*, nomeadamente p. 424 e ss. Cf., também, *supra*, nota 77.



da disciplina de cada uma daquelas modalidades ⁽⁸⁴⁾ ⁽⁸⁵⁾. É com idêntico espírito que iremos passar aqui em revista as principais diferenças de regime que são comumente apontadas no direito português ⁽⁸⁶⁾.

Começando pelas que não levantam dúvidas, há a referir as seguintes:

1.º - Em matéria de prova da culpa, enquanto esta se presume na responsabilidade contratual (art. 799.º, n.º 1) o mesmo não acontece, em regra, na responsabilidade delitual (art. 487.º, n.º 1), havendo, no entanto, importantes exceções (arts. 491.º, 492.º, n.º 1 e 493.º);

2.º - Em caso de pluralidade passiva, o regime é de solidariedade na responsabilidade delitual (arts. 497.º e 507.º) e de conjunção na responsabilidade *ex contractu*, salvo se a obrigação violada

⁽⁸⁴⁾ Cf. o já referido estudo de VAZ SERRA, BMJ, n.º 85, p. 121 e ss., onde se faz uma extensa apreciação das diferenças que tradicionalmente eram assinaladas. Cf., também, GOMES DA SILVA, *O dever de prestar*, cit., I, p. 301 e ss.

⁽⁸⁵⁾ Cremos poder imputar também a essa orientação o pouco interesse que o problema do concurso de responsabilidades tem suscitado entre nós. Assim, GOMES DA SILVA (*O dever de prestar*, cit., I, p. 279) qualificava expressamente como «uma das mais intrincadas e vãs discussões que têm ocupado o espírito dos juristas» a que se refere à determinação do âmbito das duas responsabilidades e a de saber se a vítima de um dano tem o direito de optar por aquela cujo regime lhe seja mais favorável.

⁽⁸⁶⁾ Cf., nomeadamente, ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, cit, p. 354 e ss. [12.ª ed., cit., p. 543 e ss.], e *Responsabilidade Civil*, cit., p. 91 e ss., PESSOA JORGE, *ob. cit.*, p. 40 e s., PINTO MONTEIRO. *ob. cit.*, p. 428 e n. 980, e MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé*, cit., I, p. 638 e s. Para uma análise do direito comparado, *vd.* TONY WEIR, *ob. cit.*, n.ºs. 10-46, p. 7 e ss.



tiver natureza solidária (art. 513.º);

3.º - Há divergência quanto ao prazo de prescrição, que é de vinte anos para a responsabilidade contratual (art. 309.º) e, em princípio, de três para a extracontratual (art. 498.º) ⁽⁸⁷⁾;

4.º - São diferentes as normas que regulam a capacidade delitual ou imputabilidade (art.º 488.º) e a capacidade negocial (arts. 123.º, 127.º, 139.º e 156.º);

5.º - Sobre o momento da constituição do devedor em mora, há regras próprias para a responsabilidade aquiliana (art. 805.º, n.º 2, al. b) e n.º 3, 2.ª parte) ⁽⁸⁸⁾, o mesmo se verificando quanto aos efeitos da mora do devedor nas obrigações pecuniárias (art. 806.º, n.º 3 ⁽⁸⁹⁾);

6.º - Há, finalmente, divergência nas regras de conflitos de leis relativas à responsabilidade contratual (arts. 41.º a 44.º ⁽⁹⁰⁾) e à

⁽⁸⁷⁾ Note-se, porém, que alguma jurisprudência tem entendido, contra o que julgamos ser opinião unânime da doutrina, que o prazo previsto no art 498.º, n.º 1 (de três anos) se aplica às duas formas de responsabilidade (cf. ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, cit., p. 355, n. 3 [12.ª ed., p. 544, n. 2]). Tal opinião conduziria, contudo, a resultados absurdos (cf. ANTUNES VARELA, *ob. cit.*, vol. I, pp. 554/555 [10.ª ed., pp. 628/629]).

⁽⁸⁸⁾ A segunda parte do n.º 3 deste preceito foi aditada pelo DL n.º 262/83, de 16.6. Sobre as dificuldades de compatibilização da nova regra com o critério que o art. 566.º, n.º 2, estabelece para o cálculo da indemnização, cf PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. II, 3.ª ed., Coimbra, 1986, p. 66 e s. [4.ª ed., 1997, p 65 e s.].

⁽⁸⁹⁾ Preceito igualmente aditado pelo DL n.º 262/83, de 16.6, e também criticado por PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *ob. e vol cits.*, p. 69 [4.ª ed., p. 68 e s.].

⁽⁹⁰⁾ [Actualmente, há que atender, em primeira linha, ao disposto no Regulamento (CE) n.º 593/2008, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de Junho de 2008, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I)].



responsabilidade extracontratual (art. 45.º⁽⁹¹⁾) e em matéria de competência dos tribunais (art. 74.º, n.ºs. 1 e 2, do Código de Processo Civil, respectivamente⁽⁹²⁾).

15. Para além das que ficam referidas, outras diferenças há que são frequentemente apontadas, mas que nem todos estão dispostos a aceitar, pelo menos com o alcance que por vezes lhes é atribuído.

Assim, discute-se se no domínio da responsabilidade contratual o juiz tem a faculdade de graduar equitativamente a indemnização, quando haja mera culpa do lesante (art. 494.º). Para um sector importante da doutrina⁽⁹³⁾, a aplicação de tal preceito deverá confinar-se ao capítulo da responsabilidade extracontratual, dado que a sua extensão à responsabilidade contratual dificilmente se concilia com as legítimas expectativas do contraente lesado, podendo constituir «um factor de séria perturbação da *certeza e segurança* do comércio jurídico»⁽⁹⁴⁾. Para outros, porém, não há qualquer razão «para que a circunstância de o dever atingido pelo acto culposo ser uma obrigação, leve a tratar menos favoravelmente

⁽⁹¹⁾ [No âmbito da responsabilidade extracontratual, são hoje aplicáveis as regras do *Regulamento (CE) n.º 864/2007, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Julho de 2007, relativo à lei aplicável às obrigações extracontratuais (Roma II)*].

⁽⁹²⁾ [Ao art. 74.º do Código do Processo Civil de 1961 corresponde, no Código vigente, o art. 71.º].

⁽⁹³⁾ ANTUNES VARELA, *ob. cit.*, I, p. 820 [10.ª ed., p. 913], e II, p. 103 [7.ª ed., p. 106], e ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, cit., pp. 355 e 531, n. 5 [12.ª ed., pp. 544 e 780, n. 3].

⁽⁹⁴⁾ ANTUNES VARELA, *ob. cit.*, II, p. 103 [7.ª ed., p. 106].



o devedor» ⁽⁹⁵⁾ e, em consequência, sustentam a aplicação, directa ou por analogia ⁽⁹⁶⁾, da referida norma à responsabilidade *ex contractu*. Pela nossa parte, e salvo muito respeito que nos merecem os defensores da tese oposta, também não vemos inconveniente na extensão do art. 494.º às hipótese de responsabilidade contratual, pelo menos em determinados casos ⁽⁹⁷⁾. Os próprios termos em que o preceito se encontra formulado possuem elasticidade suficiente para contemplar adequadamente todos os interesses em jogo ⁽⁹⁸⁾. Esta é, aliás, a posição mais consentânea com o ponto de vista do legislador português a respeito da distinção entre as duas formas de responsabilidade ⁽⁹⁹⁾.

⁽⁹⁵⁾ PESSOA JORGE, *ob. cit.*, p. 365. Este autor acrescenta que «a aplicação do preceito é indubitável nos casos – e são muitos – de cumulação da responsabilidade obrigacional e delitual». Só que isso pressupõe já resolvido o problema do concurso de responsabilidades.

⁽⁹⁶⁾ Neste sentido, VAZ SERRA, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 108.º, p. 221 e ss. (em anotação ao Ac. STJ de 4.6.1974). Há ainda a referir uma terceira posição, de certa forma intermédia, que partindo do princípio da inaplicabilidade do art. 494.º à responsabilidade contratual, com base nas mesmas razões que levam outros a afastá-la, acaba por admitir, *em casos excepcionais*, a atenuação do quantitativo da indemnização devida ao credor, *em termos semelhantes aos que constam do art. 494.º, abrangendo designadamente os casos que na perspectiva do limite do sacrifício («der Opfergrenze» se devem equiparar à impossibilidade da prestação* (assim, PINTO MONTEIRO, *ob. cit.*, p. 95 e nota 182). Não vemos, contudo, muito bem como se podem conciliar a «perigosa incerteza» e os «inevitáveis arbítrios» (ANTUNES VARELA, *ob. cit.*, II, p. 68) a que daria lugar a aplicação da doutrina do limite do sacrifício (razões que justamente levaram a afastá-la da nossa lei) com o ponto de vista de que arranca aquele autor.

⁽⁹⁷⁾ Que podem ser até os referidos por PINTO MONTEIRO (cf. n. anterior).

⁽⁹⁸⁾ Veja-se, nomeadamente, a sua parte final («... e as demais circunstâncias do caso»).

⁽⁹⁹⁾ Em sentido idêntico, cf. PESSOA JORGE, *ob. e loc. cit.*, *supra*, nota 95.



16. Igualmente controversa é a questão de saber se em sede contratual há lugar ao ressarcimento dos danos não patrimoniais (art. 496.º) ⁽¹⁰⁰⁾. Em sentido negativo pronuncia-se ANTUNES VARELA ⁽¹⁰¹⁾, lançando mão dos mesmos argumentos com que pretende afastar também a aplicação do art. 494.º da esfera da responsabilidade contratual. Porém, a orientação que tende a prevalecer na doutrina ⁽¹⁰²⁾ é a oposta ⁽¹⁰³⁾. Aduz-se, nesse sentido, designadamente, a falta de diferenças essenciais entre as duas categorias de responsabilidade ⁽¹⁰⁴⁾ e a circunstância de, embora esse tipo de danos ser menos frequente no domínio contratual eles resultarem, por vezes, de comportamentos que cairiam também sob a alçada da responsabilidade extracontratual, por representarem a violação de deveres laterais de protecção que tutelam bens de

⁽¹⁰⁰⁾ Problema que também se discute noutros direitos. Cf. TONY WEIR, *ob. cit.*, n.º 24, p 13 e s.

⁽¹⁰¹⁾ *Ob. cit.*, vol. I, p. 531 e nota 3 e vol. II, p. 103 [7.ª ed., p. 106]. Cf. também PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, cit., vol. I, 3.ª ed., Coimbra, 1982, p. 475 [4.ª ed., 1997, p. 501 e s.]. No mesmo sentido cf. AMÉRICO MARCELINO, *Acidentes de Viação e Responsabilidade Civil*, 2.ª ed., Lisboa, 1984, p. 614 e ss.

⁽¹⁰²⁾ E, ao que parece, também na jurisprudência. Cf. PINTO MONTEIRO, *ob. cit.*, p. 86, em nota.

⁽¹⁰³⁾ Cf. ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, cit., p. 396 [12.ª ed., p. 603], VAZ SERRA, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, cit., p. 222, GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações*, 4.ª ed., Coimbra, 1982, p. 302-304 [7.ª ed., 1997, p. 385 ss.], e PINTO MONTEIRO, *ob. cit.*, n. 164, p. 84 e ss. Este último A., parecendo adoptar uma posição *nuancée*, acaba, no fundo, por admitir a ressarcibilidade dos danos não patrimoniais nos estritos termos da lei (cf. p. 89, em nota).

⁽¹⁰⁴⁾ ALMEIDA COSTA, *ob. e loc. cits.* na nota anterior.



natureza não patrimonial ⁽¹⁰⁵⁾.

Propendemos, também aqui, a aceitar a opinião maioritária, além do mais porque julgamos não haver razão para temer pela segurança do comércio jurídico, atento o critério restritivo da lei (art. 496.º, n.º 1).

17. Um outro aspecto em que não se regista acordo diz respeito à admissibilidade, num e noutro domínio, das convenções limitativas e de exclusão da responsabilidade por actos próprios. Dada a complexidade da questão, limitamo-nos aqui a umas breves notas ⁽¹⁰⁶⁾.

Começando pelas cláusulas de exclusão, enquanto a generalidade da doutrina considera não serem as mesmas permitidas pelo nosso direito (art. 809.º) na esfera da responsabilidade contratual ⁽¹⁰⁷⁾, alguns autores ⁽¹⁰⁸⁾ entendem que a mesma regra não se aplica à

⁽¹⁰⁵⁾ Cf. PINTO MONTEIRO, *ob. e n. cits.*, pp. 86/88. Acrescenta o A. que não seria razoável, nesses casos, impor ao lesado que optasse pela tutela extracontratual, prescindindo da contratual, em princípio mais favorável. Isto, claro, no pressuposto de que tal opção fosse possível.

⁽¹⁰⁶⁾ O problema é profundamente tratado na cit. obra de PINTO MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade*.

⁽¹⁰⁷⁾ Cf., v. g.: ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, cit., pp. 538/539 [12.ª ed., pp. 789 ss., atenuando a posição anteriormente defendida]; PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *ob. cit.*, vol. II, p. 73 [4.ª ed., p. 72]; PESSOA JORGE, «A limitação convencional da responsabilidade civil», *BMJ*, n.º 281, *passim*. Em sentido diferente, admitindo a exclusão da responsabilidade do devedor por culpa leve, PINTO MONTEIRO, *ob. cit.*, n.ºs. 36 e ss., p. 159 e ss.

⁽¹⁰⁸⁾ E não são poucos. Cf., nomeadamente: PESSOA JORGE, *A limitação convencional*, cit., p. 19 e ss.; VAZ SERRA, *Revista de Legislação e de Jurisprudência.*, ano 102.º, pp. 315/316 (em anotação ao Ac. STJ de 26.7.1968); PINTO MONTEIRO, *ob. cit.*, n.º 43, p.



responsabilidade delitual, sendo, portanto, nesse domínio consentido aos interessados o afastamento convencional da responsabilidade.

No que se refere às convenções limitativas de responsabilidade, só uma voz isolada ⁽¹⁰⁹⁾, ao que julgamos saber, se levantou contra a sua admissibilidade no sector da responsabilidade contratual, propendendo a doutrina ⁽¹¹⁰⁾ a reconhecer a sua legitimidade indistintamente em ambos os sectores ⁽¹¹¹⁾.

18. Discute-se, por último, qual a exacta medida da divergência de regimes que se verifica a propósito da responsabilidade por facto de terceiro. Como se sabe, tal matéria aparece tratada na lei em duas disposições diferentes, uma inserida na secção relativa «responsabilidade civil» (art. 500.º - «Responsabilidade do

182 e ss., e n.ºs. 90-91, p. 405 e ss.; e, ao que parece, também ANTUNES VARELA, *ob. cit.*, vol. I, p. 822 [10.ª ed., p. 915]. Pronuncia-se abertamente contra MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações*, 2.º vol., cit., p. 425, embora critique o art. 809.º [cf., agora, *Tratado*, II, t. III, p. 394].

⁽¹⁰⁹⁾ A de PESSOA JORGE, *A limitação convencional*, cit., pp. 14 e 18.

⁽¹¹⁰⁾ Assim, ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, cit., p. 538 [12.ª ed., p. 788], ANTUNES VARELA, *ob. cit.*, vol. I, p. 820 e ss. [10.ª ed., p. 914 e ss.], e GALVÃO TELLES, *ob. cit.*, p. 340 e ss. [7.ª ed., p. 422 e ss.].

⁽¹¹¹⁾ Ainda a este propósito, importa referir que a exclusão ou limitação da responsabilidade por via de cláusula contratual geral se encontra hoje regulada no art. 18.º, als. a) a d), do DL n.º 446/85, de 25.10. Parece ter-se introduzido aí uma outra diferença entre a responsabilidade contratual (al. c)) e a responsabilidade extracontratual (al. b)). Com efeito, enquanto relativamente à primeira apenas se reputam em absoluto proibidas as cláusulas contratuais gerais que «excluem ou limitem a responsabilidade... *em caso de dolo ou culpa grave*» (itálico nosso), idêntica restrição não se contém na al. c), pelo que a exclusão da responsabilidade por danos patrimoniais extracontratuais por via de cláusula contratual geral parece ser em absoluto proibida, mesmo nos casos de culpa leve.



comitente») e a outra na secção dedicada ao incumprimento (art. 800.º - «Actos dos representantes legais ou auxiliares»). Ora, segundo uma opinião generalizada, a responsabilização do devedor pelos actos dos seus auxiliares (art. 800.º, n.º 1) independe da verificação dos pressupostos da comissão e, portanto, da existência de qualquer relação de subordinação entre ambos ⁽¹¹²⁾. Nisso se traduziria mais uma diferença entre o regime da responsabilidade contratual e o da responsabilidade extracontratual. Mas há quem procure atenuar o alcance de tal diferença, defendendo ser o art. 800.º, n.º 1, uma concretização do art. 500.º, n.º 1 ⁽¹¹³⁾, e considerando que «bastaria a exigência de um mínimo de liberdade do comitente na escolha do comissário para integrar previsão legal do art. 500.º, n.º 1) e satisfazer, do sistema, os vectores em jogo» ⁽¹¹⁴⁾. E há quem sustente mesmo que «as previsões das duas normas coexistem sempre que o devedor utilize alguém no cumprimento da sua obrigação, pois é então um comitente e o *solvens* ou auxiliar um comissário ⁽¹¹⁵⁾. De qualquer modo, sempre restaria, num caso e no outro, alguma diferença entre as duas disposições.

19. Do confronto que acabamos de fazer cremos poder concluir que, mau grado a tendência niveladora que inspirou o nosso legislador, subsistem apesar de tudo algumas significativas

⁽¹¹²⁾ Cf., nomeadamente, ANTUNES VARELA, *ob. cit.*, II, p. 100, n. 3 [7.ª ed., p. 103, n. 3], ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, cit., pp. 355/356 [12.ª ed., p. 545], IDEM, *Responsabilidade civil*, pp. 96/97, MOTA PINTO, *ob. cit.*, pp. 352 e 411, e PINTO MONTEIRO, *ob. cit.*, p. 264

⁽¹¹³⁾ MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações*, cit., 2.º vol., p. 393, e *Da boa fé*, cit., vol. I, p. 638.

⁽¹¹⁴⁾ IDEM, *Da boa fé*, cit., vol. I, p. 638, n. 382.

⁽¹¹⁵⁾ PESSOA JORGE, *Ensaio*, cit., p. 149.



diferenças entre as duas espécies de responsabilidade. Admite-se que tais diferenças não cheguem para justificar a afirmação de uma distinção essencial ou de natureza entre os dois domínios e reconhece-se ser o regime da responsabilidade contratual globalmente mais favorável ao lesado ⁽¹¹⁶⁾. Resta saber se essa circunstância nos dá uma directriz segura para a resolução do problema do concurso de responsabilidades.

III – A RESOLUÇÃO DO PROBLEMA DO CONCURSO DE RESPONSABILIDADES

20. À questão de saber se a vítima de um dano que seja simultaneamente contratual e extracontratual pode ou não optar pela via ressarcitória que se lhe antolhe mais vantajosa ou até socorrer-se das normas de um e outro regime que mais favoreçam a sua pretensão, não pode ser dada uma resposta uniforme. Tudo depende, com efeito, da ordem jurídica considerada e das relações que nela se estabeleçam entre as duas formas de responsabilidade

⁽¹¹⁶⁾ Neste sentido ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, cit., p. 354 [12.ª ed., p. 543], e PINTO MONTEIRO, *ob. cit.*, p. 428.



(117) (118).

Vimos, no capítulo anterior, como se configura tal distinção no direito português. Antes, porém, de extrairmos as nossas conclusões quanto ao modo como deverá ser resolvido aquele problema, cremos ser útil determo-nos por alguns momentos na apreciação do direito comparado (a) e na análise das principais opiniões que na doutrina portuguesa têm sido emitidas a esse respeito (b)). Dessa forma resultará, certamente, melhor fundamentado o nosso juízo.

a) O direito comparado⁽¹¹⁹⁾

21. A primeira dificuldade com que se depara quem pretenda fazer um balanço geral das soluções defendidas no direito comparado a respeito do concurso de responsabilidades é a de que, na generalidade dos países, não existe disposição legal que

⁽¹¹⁷⁾ Como escreve P. H. SCHLECHTRIEM (*ob. cit.*, p. 27), «die Sachfragen, die sich aus dem Nebeneinander von vertraglicher und ausservertraglicher Haftung ergeben, hängen im einzelnen von der jeweils in Betracht kommenden Vertragsordnung und der Ausgestaltung der ausservertraglichen Haftung ab». Mais expressivamente, diz TONY WEIR (*ob. cit.*, n.º 72, p. 38): «It would be simply silly to try to adopt a cosmic position on the merits of permitting or denying concurrent claims in tort and contract. Whether it is good to permit them or not depends on the effects within a legal system of doing so, and the effects differ in every legal system».

⁽¹¹⁸⁾ Por vezes, o problema nem sequer se chega a suscitar, como acontece naqueles direitos que unificaram totalmente o seu regime.

⁽¹¹⁹⁾ [Para uma panorâmica geral do direito comparado, cfr., agora, D. MOURA VICENTE, *Direito Comparado*, vol. II – *Obrigações*, Coimbra, 2017, p. 513 e ss., e, já antes, *Da Responsabilidade Pré-Contratual em Direito Internacional Privado*, Coimbra, 2001, p. 208 e ss.].



expressamente vá dirigida a resolver o problema ⁽¹²⁰⁾. A orientação adoptada em cada país tem, pois, normalmente que ser deduzida das posições defendidas na jurisprudência e doutrina respectivas, o que nem sempre é fácil, umas vezes por se verificar uma ausência quase total de informações que permitam tirar conclusões sólidas ⁽¹²¹⁾, outras vezes por subsistirem profundas divergências sobre a melhor interpretação a extrair dos dados do direito positivo ⁽¹²²⁾. Tendencialmente, podemos, porém dizer que, enquanto em França ⁽¹²³⁾, tal como na Argentina ⁽¹²⁴⁾, Etiópia ⁽¹²⁵⁾, U.R.S.S. ⁽¹²⁶⁾,

⁽¹²⁰⁾ Constituem excepção a Etiópia, a Argentina, o Líbano e a Polónia. Cf. TONY WEIR, *ob. cit.*, n.º 48, p. 25.

⁽¹²¹⁾ É o que, de certa forma, se passa nos direitos espanhol e venezuelano. Em Espanha, além de o problema ter merecido escassa atenção por parte da doutrina (cf. GARCIA VALDECASAS, *ob. cit.*, p. 831), que, aliás, se encontra dividida (cf. A. GULLON BALLESTEROS, *ob. cit.*, p. 473, n. 3), a análise da jurisprudência parece revelar a adopção de uma posição intermédia (cf. a segunda conclusão extraída por GARCIA VALDECASAS, *ob. cit.*, p. 849). Para o direito venezuelano, cf. MELICH ORSINI, *ob. cit.*, especialmente, pp. 64/65.

⁽¹²²⁾ Cf. TONY WEIR, *ob. cit.*, n.º 57, p. 30, a propósito do direito belga, em que, apesar de a jurisprudência se manifestar geralmente favorável ao cúmulo, a doutrina se encontra dividida. Cf. também, *infra*, n. 131, o caso da Itália.

⁽¹²³⁾ Ver, *infra*, n.º 23.

⁽¹²⁴⁾ Por expressa cominação do art. 1107.º do Código Civil, que, no entanto, parece admitir o cúmulo quando a inexecução contratual constitua delito criminalmente punível. Cf. TONY WEIR, *loc. cit.*, *supra*, nota 115.

⁽¹²⁵⁾ Também por expressa imposição legal (art. 2037.º do Cód. Civil).

⁽¹²⁶⁾ Cf. TONY WEIR, *ob. cit.*, n.º 57, p. 29 e n.º 48, p. 25. Em geral sobre os países socialistas, cf. A. e *ob. cit.*, n.º 2, p. 3 e n. 1.



Bulgária⁽¹²⁷⁾, Hungria⁽¹²⁸⁾ e Luxemburgo⁽¹²⁹⁾, a opinião maioritária defende a solução do *não-cúmulo*, na R.F.A.⁽¹³⁰⁾, em Itália⁽¹³¹⁾, na

⁽¹²⁷⁾ Cf. nota anterior.

⁽¹²⁸⁾ Cf. nota 126.

⁽¹²⁹⁾ Cf. o estudo preparado pelo UNIDROIT para o Conselho da Europa sobre *Responsabilité des Producteurs (Comité d'Experts sur la Responsabilité des Producteurs)*, vol. I, Estrasburgo, 21.3.1972, p. 76.

⁽¹³⁰⁾ Ver, *infra*, n.º 25.

⁽¹³¹⁾ Onde, apesar de a doutrina se encontrar dividida (cf., nomeadamente, com abundantes indicações bibliográficas, A. DE CUPIS, *ob. e vol. cits.*, p. 113 e ss., RENATO SCONAMIGLIO, *ob. e vol. cits.*, p. 677 e ss., C. ROSSELLO, *ob. cit.*, p. 329 e ss., e PERETTI GRIVA – o autor que mais aguerrida e persistentemente tem condenado a orientação jurisprudencial dominante –, «Ancora sul concorso della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale», *Giurisprudenza Italiana*, vol. CIV, 1952, I, 1, p. 289 e ss., e «Sul concorso della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale del medico», *Giurisprudenza Italiana*, vol. CVII, 1955, I, 1, p. 275 e ss.), a jurisprudência é quase unânime em afirmar a admissibilidade do cúmulo. Para um balanço da jurisprudência dos últimos vinte e cinco anos, cf. C. ROSSELLO, *ob. cit.*, p. 320 e ss.; mas já em 1951 a *Corte di Cassazione* dizia corresponder essa tese a um princípio *tanto uniforme da diventare consolidato* – cf. a sentença de 18.4.1951, in *Giurisprudenza Italiana*, vol. CIV, 1952, I, 1, p. 291. Embora na anotação respectiva PERETTI GRIVA duvide da exactidão de tal afirmação, quatro anos mais tarde já reconhecia ser essa a *ormai costante giurisprudenza*: cf. o segundo dos seus trabalhos *cits. supra*. Como já tivemos ocasião de referir, entre os autores que admitem o cúmulo, continua a ser discutido se se trata de um «concurso de acções» ou de um «concurso de normas aplicáveis». Para uns (é o caso de A. DE CUPIS, *ob. e vol. cits.*, p. 116) a acção é única pois, para além da identidade dos sujeitos, há um único objecto ou pedido (o ressarcimento do dano) e uma única *causa petendi* (o dano). O carácter contratual ou extracontratual do dano mais não é do que uma qualificação da *causa* que lhe não altera a identidade. Para outros, porém (*v.g.*, RENATO SCONAMIGLIO, *ob. e vol. cits.*, p. 679), tal solução conduz a uma inadmissível combinação ou contaminação de institutos e normas diversas, pelo que optam pela ideia de concurso de acções, a propor alternativamente. Neste



Suíça ⁽¹³²⁾, nos Países Baixos ⁽¹³³⁾, no Líbano ⁽¹³⁴⁾, na Polónia ⁽¹³⁵⁾, no Egipto ⁽¹³⁶⁾, na Grécia ⁽¹³⁷⁾, no Japão ⁽¹³⁸⁾ e na Turquia ⁽¹³⁹⁾, pelo contrário, a preferência vai, umas vezes para a tese da *opção*, outras vezes para a *combinação* de responsabilidades.

22. Merecem referência à parte os países de *common law*, onde o problema reveste características peculiares, e os direitos francês e alemão, por, de algum modo, se apresentarem como os «chefes de fila» das duas soluções opostas.

Parece que no *common law* as origens históricas ⁽¹⁴⁰⁾ das duas formas de responsabilidade são as mesmas, tendo a responsabilidade contratual emergido da delitual. Por outro lado, durante muito tempo os juristas preocuparam-se mais com as formas processuais (*forms of action*) por que se poderia fazer valer a responsabilidade do que propriamente com a sua fundamentação substantiva. Daí que o problema que então se punha fosse o das

sentido se pronuncia também a jurisprudência dominante (cf. C. ROSSELLO, *ob. cit.*, p. 322 e ss., onde se dá conta das consequências que esta posição tem em matéria de prescrição).

⁽¹³²⁾ Sobre o direito suíço, cf. TONY WEIR, *ob. cit.*, n.º 64, p. 33.

⁽¹³³⁾ Cf. o estudo a que nos referimos, *supra*, n. 129, vol. I, p. 99 e ss. e 115.

⁽¹³⁴⁾ Onde a questão é expressamente resolvida por lei (art. 131.º do Código das Obrigações): cf. TONY WEIR, *ob. cit.*, n.º 48, p. 25.

⁽¹³⁵⁾ Onde a questão é igualmente objecto de previsão legal (art. 443.º do Cód. Civil).

⁽¹³⁶⁾ Cf. TONY WEIR, *ob. cit.*, n.º 66, p. 34.

⁽¹³⁷⁾ Cf. TONY WEIR, *ob. cit.*, n.º 66, p. 34.

⁽¹³⁸⁾ Cf. TONY WEIR, *ob. cit.*, n.º 66, p. 34.

⁽¹³⁹⁾ Cf. TONY WEIR, *ob. cit.*, n.º 64, p. 33.

⁽¹⁴⁰⁾ Sobre a evolução histórica da responsabilidade civil no *common law*, cf. TONY WEIR, *ob. cit.*, n.º 67, p. 34 e ss., e P. P. C. HAANAPPEL, *ob. cit.*, p. 112.



relações entre as diversas formas processuais a utilizar e não o das relações entre as diferentes categorias de direito substantivo (a dos *contracts* e a dos *torts*) que só mais tarde se viriam a delinear. Esta circunstância, aliada ao pragmatismo inerente aos sistemas não codificados, terá facilitado a consagração da ideia de uma concorrência electiva entre as duas variantes, ideia essa que, tendo sido admitida desde muito cedo em Inglaterra ⁽¹⁴¹⁾ se manteve nesse país ⁽¹⁴²⁾ mesmo após a abolição das *forms of action*, no séc. XIX. Actualmente, contudo, parece desenhar-se uma tendência para ir um pouco mais longe e admitir, inclusivamente, a combinação dos dois regimes numa acção híbrida ⁽¹⁴³⁾. Tendência semelhante seria descortinável também nos Estados Unidos ⁽¹⁴⁴⁾, se bem que a confusão reinante na jurisprudência americana pareça desafiar qualquer tentativa de sistematização ⁽¹⁴⁵⁾.

25. Como dissemos, no contexto da ciência jurídica mundial, cabe indiscutivelmente à França a primazia na defesa da solução do *não-cúmulo*, que encontra na literatura e nos tribunais franceses os seus

⁽¹⁴¹⁾ Naturalmente sob a veste de uma opção entre as diferentes *forms of action*.

⁽¹⁴²⁾ E nos restantes países do *Commonwealth*. Cf. TONY WEIR, *ob. cit.*, n.º 68, p.36 s. Curiosa é a situação que se vive actualmente no Canadá, país em que, como é sabido, coexistem os dois sistemas: o do *civil law*, de raiz francesa, na Província do Québec, e o do *common law* nas restantes províncias. Ora, ao contrário do que seria previsível, parece que o Supremo Tribunal Canadiano tende a admitir a opção ou mesmo a combinação dos dois regimes quando julga os recursos oriundos dos tribunais do Québec e a adoptar a posição contrária quando decide com base no *common law*: cf. P. P. C. HAANAPPEL, *ob. cit.*, pp. 113/114 e *passim*.

⁽¹⁴³⁾ Cf. P. P. C. HAANAPPEL, *ob. cit.*, p.113.

⁽¹⁴⁴⁾ Cf. IDEM, *ibidem*.

⁽¹⁴⁵⁾ Cf. TONY WEIR, *ob. cit.*, n.º 69, p. 37 s.



mais l dimos representantes ⁽¹⁴⁶⁾. Na verdade, após alguma hesita o inicial ⁽¹⁴⁷⁾, tal princípio parece ter sido assumido com foros de apodíctica verdade por uma jurisprudência quase constante ⁽¹⁴⁸⁾. Foi igualmente admitido, quase sem reservas, por uma larga maioria dos autores franceses ⁽¹⁴⁹⁾.

⁽¹⁴⁶⁾ Para uma rápida visão da doutrina francesa, cf. VAZ SERRA, *est. cit.*, BMJ, n.  85, p. 211 e ss.

⁽¹⁴⁷⁾ Sobre a consagra o da tese da incompatibilidade pela jurisprudência francesa, cf. E. NO L MARTINE, *ob. cit.*, p. 58 e ss.

⁽¹⁴⁸⁾ Se bem que ainda hoje se lhe reconheçam algumas exce o es. Assim, continua a ser admitida por algumas decisões judiciais a aplica o do regime da responsabilidade delitual aos casos em que a inexecu o do contrato resulte de uma infrac o penal ou de dolo do devedor. Tais decisões são, porém, geralmente criticadas pela doutrina mais esclarecida, que não considera necessário o recurso às regras delituais para justificar, nessas hipóteses, um agravamento da responsabilidade. Uma outra exce o verifica-se a propósito do contrato de transporte de pessoas, em que a jurisprudência ficciona a existência de um contrato a favor de terceiro (cf., *supra*, nota 78) para permitir aos parentes próximos da vítima obter a repara o dos prejuízos por eles reflexamente sofridos (*préjudice par ricochet*) por aplica o das regras da responsabilidade contratual. Estes, porém, podem renunciar a essa faculdade e optar por, na sua qualidade de «terceiros», propor uma a o com fundamento em responsabilidade delitual. Para uma análise destas e de outras exce o es ao princípio do *não-cúmulo*, cf. GENEVI VE VINEY, *ob. e vol. cits.*, p. 265 e ss., PLANIOL/RIPERT, *ob. e vol. cits.*, p. 673 e ss., REN  SAVATIER, *Traite de la Responsabilit  Civile en Droit Français*, t. I, Paris, 1939, n.  149 e ss., p. 193 e ss., e P. H. SCHLECHTRIEM, *ob. cit.*, p. 73 e ss. (e p. 78 e ss.).

⁽¹⁴⁹⁾ Para uma recensão sint tica das diferentes posi o es professadas na doutrina francesa, cf. P. H. SCHLECHTRIEM, *ob. cit.*, p. 64, n. 6.   curioso notar que a ideia de incompatibilidade entre as duas formas de responsabilidade está de tal forma enraizada no espírito de alguns autores que eles afastam liminarmente, sem sequer a discutir, a hipótese de uma combina o das regras dos dois regimes (cf., v. g., E. NO L MARTINE, *ob. cit.*, p. 20, WEILL/TERR , *ob. cit.*, pp. 828/829, e P. LE



Como se explica um tão amplo consenso em torno dessa regra, sobretudo tendo em conta que a situação não tem paralelo em países cujos ordenamentos gravitam normalmente na órbita do francês ⁽¹⁵⁰⁾?

Os autores gauleses têm procurado justificá-la com múltiplos argumentos, mas que, no fundo, podem ser reconduzidos a duas ideias principais e estreitamente interrelacionadas: o respeito pela vontade do legislador e o respeito pela liberdade contratual ⁽¹⁵¹⁾. Do primeiro ponto de vista vem dizer-se que, ao estabelecer uma disciplina diferente para as duas categorias de responsabilidade, implicitamente, a intenção do legislador teria sido a de não admitir o cúmulo. Com efeito, se o credor/lesado pudesse optar pelo regime da responsabilidade delitual sempre que este lhe fosse mais favorável, ou que a acção derivada do contrato estivesse sujeita a um qualquer obstáculo, para que serviriam, pergunta-se, as regras que justamente nesses casos estabelecem limitações à responsabilidade contratual? A penetração das disposições relativas à responsabilidade delitual no domínio reservado ao contrato teria,

TOURNEAU, *ob. cit.*, p. 96). De entre os dissidentes da orientação maioritária, aquele que mais vezes é referido é RENÉ SAVATIER, que, na *ob. cit.* na n. anterior (n.º 153, p. 201), veio propor a distinção entre o «simplex dever de não prejudicar outrem» (que seria absorvido pelo contrato) e os «deveres determinados», impostos por lei ou pela moral, cuja violação deixaria subsistir a responsabilidade extracontratual. Para uma crítica a esta tese, cf. E. NOËL MARTINE, *ob. cit.*, p. 50 e ss.

⁽¹⁵⁰⁾ Como são os casos do direito do Québec (cf., *supra*, n. 142) e, muito especialmente, do direito belga (cf., *supra*, n. 122).

⁽¹⁵¹⁾ Cf. TONY WEIR, *ob. cit.*, n.º 53, p. 27. Para maiores desenvolvimentos, vejam-se E. NOËL MARTINE, *ob. cit.*, p. 53 e ss., P. ESMEIN, *Trois problèmes*, cit., *passim*, H. MAZEAUD/L. MAZEAUD, *ob. e vol. cits.*, 6.ª ed. (por A. Tunc), Paris, 1965, n.ºs 192 e ss., e GENEVIÈVE VINEY, *ob. e vol. cits.*, p. 259 e ss.



assim, por efeito tornar letra morta a regulamentação particular estabelecida pelo legislador, o que seguramente não pode admitir-se ter sido sua intenção.

Pela óptica da autonomia privada, a conclusão a tirar não podia ser diferente. Assim, diz-se, se a lei atribui às partes a faculdade de conformarem livremente as normas por que se irá pautar a respectiva conduta, como admitir, depois, que o credor se venha tentar subtrair à lei por ele próprio criada, fazendo intervir as regras da responsabilidade extracontratual? Como admitir, nomeadamente, que por via desse artifício ele possa contornar uma limitação da responsabilidade do devedor por ambos convencionalizada? Isso equivaleria, de algum modo, a autorizá-lo a violar o contrato ⁽¹⁵²⁾, o que, a todas as luzes, se afigura inaceitável.

26. Estes, em resumo, os argumentos de que a doutrina francesa se socorre para fundamentar a solução do não-cúmulo. Se bem se vir, porém, nenhum deles parece ter, por si só, força suficiente para explicar o estatuto de quase indiscutibilidade que o princípio logrou obter nesse país, pois se trata de razões que cobram validade em face de muitos outros ordenamentos. Daí que essa explicação tenha de ser procurada em motivos de outra ordem.

Desde logo, em razões de natureza estrutural ⁽¹⁵³⁾. Acontece que o preceito que no direito francês prevê a responsabilidade aquilina (o art. 1382.º do *Code Civil* ⁽¹⁵⁴⁾) o faz através de uma cláusula geral

⁽¹⁵²⁾ Cf. WEILL/TERRÉ, *ob. cit.*, p 830.

⁽¹⁵³⁾ Cf., para o que se vai seguir, TONY WEIR, *ob. cit.*, n.º 54, p. 28, e P. H. SCHLECHTRIEM, *ob. cit.*, p. 66 e ss.

⁽¹⁵⁴⁾ «Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer». Cf., também, o art. 1383.º.



(155), o que, a admitir-se a coexistência das duas responsabilidades, teria como consequência que quase todas as violações contratuais poderiam legitimar o recurso por parte do credor/lesado ao regime que lhe fosse mais favorável. Ora, se tivermos em conta que, no confronto entre os dois regimes, o da responsabilidade delitual parece ser geralmente mais vantajoso para o lesado (156) facilmente se perceberá a relutância que a doutrina e jurisprudência francesas têm em reconhecer-lhe a faculdade de optar por ela. É que, pela força conjugada dos dois factores a que vimos de aludir, isso conduziria, em princípio, a um nivelamento quase total das duas responsabilidades.

Uma outra razão que, de algum modo, poderá também contribuir para explicar aquela atitude tem a ver com a propensão cartesiana que os autores franceses revelam para a distinção das duas categorias (157) e que os leva a perfilhar uma solução de pendor

(155) Ao contrário do que sucede no direito alemão, como veremos.

(156) Nomeadamente, por o dano reparável não estar sujeito à limitação do art 1150.º do Código Civil (que estabelece que o devedor só está obrigado a reparar os danos previsíveis) ou por o regime da responsabilidade por danos causados por coisas inanimadas (art. 1834.º, al. 1, do Cód. Civil), ser muito mais rigoroso. Em geral, sobre as vantagens respectivas dos dois regimes, cf. E. NOËL MARTINE, *ob. cit.*, p. 14 e ss., GENEVIÈVE VINEY, *ob. cit.*, p. 197 e ss. e WEILL/TERRÉ, *ob. cit.*, p. 823 e ss. Cf., também, RUI DE ALARCÃO, *ob. cit.*, p. 212.

(157) Cf. A. TUNC, *Introduction*, cit., n.º 40, p. 23.



legalista ⁽¹⁵⁸⁾, cujas dificuldades de execução prática⁽¹⁵⁹⁾ conduzem, por vezes, a situações de extrema injustiça para a vítima do dano ⁽¹⁶⁰⁾.

27. Solução diametralmente oposta à que vigora no direito francês é a defendida na Alemanha, também por uma esmagadora maioria da doutrina ⁽¹⁶¹⁾ e da jurisprudência ⁽¹⁶²⁾. Na sua base encontram-se igualmente razões estruturais, que se prendem com a sistematização da responsabilidade civil no Código Civil alemão (BGB) e com as concretas diferenças de regime que aí se estabeleceram entre a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual. No que àquela respeita, evidencia-se a ausência de uma cláusula geral semelhante à do art. 1382.º do Código Civil francês ⁽¹⁶³⁾. Com efeito,

⁽¹⁵⁸⁾ Cf. PLANIOL/RIPERT, *ob. e vol. cits.*, p. 672, n. 1: «Il est donc probable que c'est le goût des idées claires et des catégories nettement tranchées qui a conduit notre jurisprudence à rejeter l'option». Veja-se também P. ESMEIN, *Trois problèmes*, cit., pp. 349/350, onde se reconhece explicitamente que a solução que exclui o concurso, «commandée par le souci de l'ordre légal, choque le sentiment de justice en traitant différemment deux personnes coupables d'une faute identique...».

⁽¹⁵⁹⁾ Sobretudo de natureza processual. Cf. GENEVIÈVE VINEY, *ob. cit.*, p. 268 e ss., e TONY WEIR, *ob. cit.*, n.º 56, p. 29.

⁽¹⁶⁰⁾ Como diz TONY WEIR, *ibidem*, «... one may conclude that the price of this legal chic is rather high».

⁽¹⁶¹⁾ Para uma análise da literatura jurídica alemã sobre a matéria, cf. P. H. SCHLECHTRIEM, *ob. cit.*, p. 27 e ss. Uma tradução de alguns dos trechos mais significativos das obras de ENNECCERUS/LEHMAN, HECK e LARENZ pode ver-se em VAZ SERRA, *est. cit.*, BMJ, n.º 85, p. 216 e ss.

⁽¹⁶²⁾ Uma apreciação muito completa da jurisprudência alemã pode ver-se na cit. obra de P. H. SCHLECHTRIEM, cuja 3.ª Parte (p. 289-436) lhe é inteiramente dedicada.

⁽¹⁶³⁾ Assim, R. DIETZ, «Das Problem der Konkurrenz von Schadensersatzansprüchen bei Vertragsverletzung und Delikt», *Deutsche Landesreferate zum VI. Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung in Hamburg 1962*,



se quanto à responsabilidade contratual existe uma cláusula geral (a do § 276 do BGB), «a responsabilidade aquiliana resulta de três cláusulas que, embora gerais, não cobrem todo o universo delitual possível» ⁽¹⁶⁴⁾ (§§ 823, 1, 823, 2 e 826). Daí que não surpreenda a facilidade com que os autores alemães negam a existência de uma relação de especialidade entre os dois núcleos normativos ⁽¹⁶⁵⁾, frequentemente afirmada pela doutrina francesa ⁽¹⁶⁶⁾.

Do ponto de vista das diferenças de regime entre as duas ordens de responsabilidade ⁽¹⁶⁷⁾, fazem-se normalmente ressaltar as que se verificam a respeito da ressarcibilidade dos danos não patrimoniais

Berlin/Tübingen, 1962, p. 183. Cf., também, TONY WEIR, *ob. cit.*, n.º 58, p. 30, e P. H. SCHLECHTRIEM, *ob. cit.*, p. 68.

⁽¹⁶⁴⁾ MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé*, cit., vol. I, p. 636. Esclarece o autor (p. 637, n. 374) que «em rigor, seria possível, à face do Direito alemão, ensaiar um alargamento do § 823/1 do BGB, por modo a obter uma cláusula geral de responsabilidade civil semelhante às napoleónicas. O passo não tem, no entanto, sido efectuado». Para uma análise das diferentes previsões delituais, cf., também, R. DIETZ, *ob. cit.*, p. 183.

⁽¹⁶⁵⁾ Assim, LARENZ, *Metodologia*, cit., p. 263: «Por cierto que no toda lesión de un contrato es ya también, como tal, una “acción ilícita” en el sentido de los §§ 893 ss. del BGB, de modo que la relación de “especialidad” no se da aquí». Negando qualquer relação de especialidade ou de subsidiariedade, *vd.*, também, R. DIETZ, *ob. cit.*, pp. 184-190. Cf., porém, P. H. SCHLECHTRIEM, *ob. cit.*, p. 33 e ss., a propósito dos autores que defendem a prevalência da regulamentação contratual. No mesmo sentido, ao que parece, também a opinião de R. BRUNS, «Die Anspruchskonkurrenz im Zivilrecht. Eine Krebswucherung unserer Zivilistik?», *Juristische Schulung*, ano 11.º, Maio de 1971, p. 221 e ss.

⁽¹⁶⁶⁾ Cf., *v. g.*, P. LE TOURNEAU, *ob. cit.*, p. 97 e J. CARBONNIER, *ob. e vol. cits.*, n.º 114, p. 424.

⁽¹⁶⁷⁾ Para maiores desenvolvimentos, cf. R. DIETZ, *ob. cit.*, p. 192 e ss., e ERWIN DEUTSCH, *ob. cit.*, p. 30 e s.



(168) e da responsabilidade por actos de auxiliares (169).

Perante este quadro, compreende-se a argumentação tónica desenvolvida pela melhor doutrina alemã para justificar a tese do *cúmulo*. Salienta-se, nomeadamente, a necessidade prática de garantir ao credor um *Schmerzensgeld* (170) em caso de violação contratual de que resulte uma lesão para o seu corpo ou a sua saúde(171). Mais generalizadamente, o que se considera é que do

(168) Só admitida no âmbito da responsabilidade delitual (§ 847 do BGB).

(169) Enquanto que o devedor é objectivamente responsável pelos actos dos seus representantes ou auxiliares (§ 278 do BGB), a responsabilidade extracontratual por facto de outrem baseia-se na culpa, vigorando apenas contra o comitente uma presunção de culpa, que pode ser ilidida provando-se ter sido usada a diligência exigível na escolha dos auxiliares (§ 831 do BGB). Sobre esta diferença, cf. VAZ SERRA, *est. cit.*, BMJ, p. 146 e ss., MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé*, cit., vol. I, p. 637 – que vê nela uma das razões justificativas do desenvolvimento dos deveres acessórios no direito alemão. Cf., também, TONY WEIR, *ob. cit.*, n.º 59, p. 31 – que explica a extensão a terceiros do benefício da responsabilidade contratual (através dos *Verträge mit Schutzwirkung zugunsten Dritter*) pelo desejo de evitar a aplicação do § 831 –, K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, cit., II, § 73 VI, e *Richtiges Recht*, München, 1979, p. 112 – onde se evidencia o carácter insatisfatório dos resultados a que conduz o § 831 do BGB, sobretudo em matéria de responsabilidade do produtor –, e ERWIN DEUTSCH, *ob. cit.*, pp. 32 e 35, em que se faz depender da manutenção da diferença a necessidade da solução presentemente perfilhada na Alemanha a respeito do concurso de responsabilidades.

(170) Dinheiro da dor, *pretium* ou *pecunia doloris*. A expressão «Schmerzensgeld» é correntemente utilizada no direito alemão para designar a indemnização por danos não patrimoniais (cf. VAZ SERRA, *est. cit.*, BMJ, p. 219, n. 225, e K. LARENZ, *Lehrbuch*, cit., II, § 75 III, p. 680 e ss.), a qual, como vimos anteriormente (n. 168), só está prevista no domínio da responsabilidade extracontratual.

(171) Cf., nomeadamente, K. LARENZ, *Lehrbuch*, cit., II, p. 688, ENNECCERUS/LEHMANN, *Derecho de Obligaciones*, 3.ª ed. da tradução espanhola da 15.ª ed. alemã, vol. II,



afastamento das regras delituais pelos princípios da responsabilidade contratual derivaria «para o lesado um prejuízo injustificado, porque a responsabilidade delitual, nos termos dos §§ 842 e ss., especialmente do § 847 («dinheiro da dor»), vai em certos casos mais longe do que a responsabilidade contratual»⁽¹⁷²⁾. Decisivo é o argumento *a minori ad majus* formulado, ao que parece, pela primeira vez pelo *Reichsgericht*, na sua decisão de 13.10.1916⁽¹⁷³⁾, segundo o qual a proibição geral de causar danos à saúde ou à propriedade de outrem não é suprimida, mas sim concretizada e reforçada pelo dever contratual dirigido ao mesmo fim⁽¹⁷⁴⁾. Por conseguinte, «se a violação do contrato constituir, *ao mesmo tempo, um acto ilícito* no sentido dos §§ 823 e ss., tem o lesado de estar, em princípio, na situação de poder reclamar *todos* os efeitos jurídicos que lhe sejam favoráveis, tanto aqueles que resultem do ponto de vista da violação do contrato, como aqueles que derivem do ponto de vista do acto ilícito»⁽¹⁷⁵⁾.

II.ª Parte, p. 1046, e HECK, *Grundriss des Schuldrechts*, § 147, 10 (*apud* VAZ SERRA, *est. cit.*, BMJ, p. 219)

⁽¹⁷²⁾ K. LARENZ, *Lehrbuch*, cit., p. 688.

⁽¹⁷³⁾ RGZ (*Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen*) 88, 435 e s. Cf. ENNECCERUS/LEHMANN, *ob. e vol. cits.*, p. 1046 (*in fine*), J. W. HEDEMANN, *Tratado de Derecho Civil*, vol. III – *Derecho de Obligaciones*, trad. esp., Madrid, 1958, p. 506, P. H. SCHLECHTRIEM, *ob. cit.*, pp. 342/343, e TONY WEIR, *ob. cit.*, n.º 58, pp. 30/31.

⁽¹⁷⁴⁾ Cf. E. DEUTSCH, *ob. cit.*, p. 27, K. LARENZ, *Lehrbuch*, cit., II, p. 688, e ENNECCERUS/LEHMANN, *ob. e vol. cits.*, p. 1047.

⁽¹⁷⁵⁾ K. LARENZ, *ibidem*, pp. 688/689, que acrescenta: «Aí deve ponderar-se que, devido à diferente regulamentação da responsabilidade por culpa de um auxiliar (§ 278, diferentemente do § 831), pode ora um ora outro ponto de vista ser mais vantajoso para o lesado. A situação concreta tem, por isso, de ser apreciada também aqui *sob qualquer possível ponto de vista jurídico*, e, se ambos os pontos



Esta ideia está de tal forma radicada no espírito da doutrina e da jurisprudência alemãs que a única coisa que presentemente se discute é saber se nesses casos há uma verdadeira «concorrência de pretensões» (*Anspruchskonkurrenz*) ou tão-só uma «concorrência de normas de pretensão» (*Anspruchsnormenkonkurrenz*) ⁽¹⁷⁶⁾.

28. A acreditar em LARENZ ⁽¹⁷⁷⁾, a opinião ainda hoje dominante aceita a ideia de um concurso ou concorrência de pretensões, cada fundamento de responsabilidade dando origem a uma pretensão diferente. Tais pretensões manter-se-iam independentes uma da outra até ao cumprimento, podendo ser exercidas em separado e isoladamente cedidas ou remetidas ⁽¹⁷⁸⁾. Na base desta concepção está a ideia de que o dever jurídico geral de não ofender os direitos alheios e o dever contratual de cuidado são dois deveres diferentes e independentes um do outro ⁽¹⁷⁹⁾.

Discorda deste modo de ver as coisas uma parte importante da doutrina, que considera que, na medida em que aqueles deveres «dizem no seu conteúdo o mesmo, o dever geral de preservar bens

de vista colherem, têm de ser reconhecidas ao lesado todas as vantagens que ele pode pretender sob um e sob o outro ponto de vista».

⁽¹⁷⁶⁾ A terminologia é de GEORGIADIS, autor de uma das mais importantes monografias sobre o assunto: *Die Anspruchskonkurrenz im Zivilrecht und Zivilprozessrecht*, 1968. Cf., *supra*, n.º 5 e notas 30-32. Para maiores desenvolvimentos, cf. P. H. SCHLECHTRIEM, *ob. cit.*, p. 46 e ss.

⁽¹⁷⁷⁾ *Lehrbuch*, p. 689.

⁽¹⁷⁸⁾ Assim, R. DIETZ, *ob. cit.*, p. 190 e ss. e p. 203 e s., o A. que mais consequentemente assumiu esta perspectiva, já na sua obra de 1934, *Anspruchskonkurrenz bei Vertragsverletzung und Delikt*. No mesmo sentido, cf. ENNECCERUS/LEHMANN, *ob. e vol. cits.*, pp. 1046/1047, e, em princípio, P. H. SCHLECHTRIEM, *ob. e loc. cits.*

⁽¹⁷⁹⁾ Cf. R. DIETZ, *ob. e loc. cits.*



jurídicos alheios é fortalecido pelo dever contratual de cuidado e atenção e possivelmente melhor determinado e, assim, concretizado, mas não duplicado. Pois é a mesma ordem jurídica que exige do mesmo sujeito de direito a mesma coisa, embora por causas múltiplas ⁽¹⁸⁰⁾. Não haveria, pois, também aí, duas pretensões, mas uma só pretensão plurimamente fundada⁽¹⁸¹⁾, já que é uma única pessoa (o lesado) que exige de outra (o lesante) a mesma coisa (a reparação dos danos), em virtude dos mesmos factos⁽¹⁸²⁾.

29. Quer entendam haver, nas hipóteses de concurso de responsabilidades, duas pretensões diferentes, cada qual obedecendo às suas regras próprias, ou uma só pretensão, determinada indiferentemente pelas normas de ambos os complexos de regulamentação, quase todos concordam, porém, em que a tese do cúmulo não pode ser admitida sem restrições, havendo alguns aspectos em que o regime contratual deve prevalecer como regulamentação especial.

Assim, diz-se, deve entender-se que quando a lei limita excepcionalmente a responsabilidade contratual aos modos de culpa mais graves, tal limitação vale também para a responsabilidade

⁽¹⁸⁰⁾ K. LARENZ, em anterior ed. do seu manual, trad. em VAZ SERRA, *est. cit.*, BMJ, p. 223.

⁽¹⁸¹⁾ «...einen einzigem nur mehrfach begründeten Anspruch...», K. LARENZ, *Lehrbuch*, cit., II, p. 690. Tratar-se-ia de «eine Mehrheit nicht von Ansprüchen, sondern von *Anspruchsgrundlagen* im Sinne der den Anspruch gewährenden Rechtsnormen» (IDEM, *ibidem*).

⁽¹⁸²⁾ Neste sentido, para além de LARENZ, SIBER, NIKISCH, ESSER, FIKENTSCHER e GEORGIADES (cuja monografia cit., *supra*, n. 176, constitui, segundo SCHLECHTRIEM, *ob. cit.*, p. 47, a mais vasta tentativa de justificação dessa ideia). Para um esclarecimento do conceito de *pretensão* adoptado por LARENZ e GEORGIADES, cf. BAIÃO DO NASCIMENTO, *ob. cit.*, p. 72 e ss.



delitual. É que se o lesado pudesse obter uma indemnização com fundamento nas normas delituais quando o comportamento do lesante não satisfaça o grau de culpa exigido como pressuposto da responsabilidade contratual, tornar-se-ia amplamente ilusória e despida de significado prático a atenuação prevista na lei em atenção à relação contratual ⁽¹⁸³⁾. Para alguns, não poderia mesmo dizer-se que, nesses casos, a conduta do lesante fosse antijurídica ⁽¹⁸⁴⁾, mas esta opinião é fortemente criticada ⁽¹⁸⁵⁾. Seja como for, por uma razão ou por outra, a doutrina dominante aceita nas referidas hipóteses a prevalência da responsabilidade contratual ⁽¹⁸⁶⁾ ⁽¹⁸⁷⁾.

⁽¹⁸³⁾ Assim, LARENZ, *Lehrbuch*, cit., II, pp. 690/691. Cf., também, do mesmo A., *Metodologia*, cit., p. 264, onde se lê: «Nos casos em que a regulação jurídico-contratual exige uma culpa qualificada, aquela implica a *decisão negativa* do legislador de que, na ausência de uma tal culpa *não* deve surgir aqui uma pretensão de indemnização de danos. Logo, se, apesar de tudo, fosse aplicada também nestes casos a regulação jurídico-delitual, caducaria a decisão do legislador». E, mais à frente: «Metodologicamente, trata-se de uma redução teleológica do âmbito de aplicação das regras jurídico-delituais a favor da decisão que o legislador tomou no direito contratual».

⁽¹⁸⁴⁾ Cf., v. g., ENNECERUS/LEHMANN, *ob. e vol. cit.*, p. 1047.

⁽¹⁸⁵⁾ Cf. E. DEUTSCH, *ob. cit.*, p. 28, n. 7, e R. DIETZ, *ob. cit.*, pp. 197/198.

⁽¹⁸⁶⁾ Contra, R. DIETZ, *ob. cit.*, p. 196 e ss. Segundo LARENZ (*Lehrbuch*, cit., p. 691 e n. 2), a opinião dissidente de DIETZ compreende-se, por ser dificilmente justificável para a teoria da concorrência de pretensões, que aceita duas pretensões independentes uma da outra na sua constituição e conteúdo, a exclusão total da obrigação de indemnizar nas hipóteses a que aludimos no texto.

⁽¹⁸⁷⁾ A restrição assim imposta à admissão do cúmulo não tem, no entanto, o alcance que à primeira vista poderia parecer, pelo menos tal como a concebem alguns autores. É que tal restrição só deverá ter lugar quando a *ratio* do aligeiramento da responsabilidade contratual prevista na lei (v. g., nos §§ 521 – responsabilidade do doador –, 599 – responsabilidade do comodante –, 690 –



30. Maiores dificuldades oferece a questão da prescrição. Para os partidários da tese da concorrência de pretensões, a cada pretensão deverá aplicar-se o respectivo prazo legal ⁽¹⁸⁸⁾. A jurisprudência admite geralmente esta ideia, embora, por vezes, tenha aplicado o prazo (mais curto) estabelecido para a responsabilidade contratual, como regulamentação especial ⁽¹⁸⁹⁾.

Os defensores da tese da unidade da pretensão mostram-se algo hesitantes sobre a melhor forma de resolver o problema. Assim, para

responsabilidade em caso de depósito gratuito – e 708 – responsabilidade do sócio –, todos do BGB) exija, de facto, que não subsista a delitual. Ora, segundo LARENZ (*Lehrbuch*, cit., II, §§ 75 VI, p. 690, 47 II a, p. 172, 50, pp. 239/240, 58, p. 363, e 60 II a, p. 383, e *Metodologia*, cit., pp. 263/264), ESSER (*Schuldrecht*, II - *Besonderer Teil*, 4.ª ed., 1971, 112, v. 3), P. H. SCHLECHTRIEM (*ob. cit.*, pp. 332 e ss., 346 e ss., 388 e ss. e 418 e ss.) *et alii*, há que sujeitar tais preceitos a uma *redução teleológica*, só se justificando a atenuação da responsabilidade (e, conseqüentemente, a exclusão da indemnização com qualquer dos fundamentos) quando, e apenas quando, a conduta do devedor consista no incumprimento de um específico dever de prestação contratual e, por essa via, lese o interesse do credor no cumprimento da prestação. Já não assim quando o dever violado constitua um dever de protecção fundado no contrato. Nestes casos, deve persistir a responsabilidade por toda a culpa, permanecendo aplicáveis ambos os complexos de regulamentação. Ora, parece evidente que, a admitir-se tal *redução teleológica*, restarão muito poucas hipóteses em que a violação de um dever contratual prefigure simultaneamente um ilícito extracontratual, poucos sendo, por conseguinte, os casos de excepção à regra do cúmulo (cf. LARENZ, *Lehrbuch*, cit., p. 691, n. 1, que remete para SCHLECHTRIEM).

⁽¹⁸⁸⁾ Assim, R. DIETZ, *ob. cit.*, p. 202. [Note-se que o regime da prescrição foi um dos aspectos em que incidiu a reforma do BGB de 2001/2002. Sobre o tema, cf. A. Menezes Cordeiro, «A modernização do Direito das Obrigações», *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 62, vol. I (2002)].

⁽¹⁸⁹⁾ Cf. LARENZ, *Lehrbuch*, cit., pp. 691/692, R. DIETZ, *ob. e loc. cits.*, e E. DEUTSCH, *ob. cit.*, p. 28.



GEORGIDES ⁽¹⁹⁰⁾ deveria prevalecer, em princípio, o prazo que fosse mais favorável ao credor. LARENZ, embora pareça também inclinado a admitir esta ideia, considera dever aplicar-se o prazo (mais curto) da prescrição contratual sempre que o seu fim o exija. Para o autor, contudo, o estado actual da questão revela-se insatisfatório, devendo ponderar-se, *de lege ferenda*, sobre se não seria preferível adoptar o prazo do § 852 do BGB (relativo à responsabilidade delitual) para todas as pretensões derivadas de «violação contratual positiva» ⁽¹⁹¹⁾.

31. Finalmente, prece haver consenso em torno da ideia de que uma cláusula de exclusão ou limitação da responsabilidade, validamente aposta num contrato, poderá estender os seus efeitos à responsabilidade delitual, afastando, assim, simultaneamente, a obrigação de indemnização fundada em ambos os complexos de regulamentação ⁽¹⁹²⁾. Trata-se, precipuamente, de um problema de interpretação da cláusula, podendo admitir-se, em caso de dúvida, que a sua eficácia se estende a todos os possíveis fundamentos de pretensão ⁽¹⁹³⁾.

b) O direito português

32. Passando agora a analisar o modo como a doutrina

⁽¹⁹⁰⁾ *Apud*, LARENZ, *ibidem*, p. 692, n, 1.

⁽¹⁹¹⁾ *Ibidem*, pp. 691/692. Em anteriores edições do seu manual, o A. limitava-se a defender a ideia de uma prescrição unitária «e, em regra, segundo o prazo estabelecido (como regulação especial) para a pretensão contratual» (cf. VAZ SERRA, *est. cit.*, BMJ, p. 226).

⁽¹⁹²⁾ Cf., v. g., LARENZ, *ibidem*, p. 691, e R. DIETZ, *ob. cit.*, .200.

⁽¹⁹³⁾ Cf. AA. e obs cits na n. anterior.



portuguesa ⁽¹⁹⁴⁾ tem encarado o problema do concurso, há a referir, desde logo, aqueles autores que o fizeram ainda durante a vigência do Código Civil de 1867: JAIME DE GOUVEIA ⁽¹⁹⁵⁾, CUNHA GONÇALVES ⁽¹⁹⁶⁾ e VAZ SERRA ⁽¹⁹⁷⁾. Profundamente influenciados pela doutrina francesa da época, JAIME DE GOUVEIA e CUNHA GONÇALVES partem de posições muito próximas sobre a forma como se relacionam as duas espécies de responsabilidade e que hoje podemos considerar dogmaticamente superadas. Assim, tanto um como o outro consideram de proscrever, quer a tese da incompatibilidade absoluta, quer a teoria da cumulabilidade, admitindo, no entanto, em casos limitados, a faculdade de opção pelo lesado da via mais conveniente.

33. Para JAIME DE GOUVEIA os «textos legais ⁽¹⁹⁸⁾ consagram, iniludivelmente, dois regimes de responsabilidade, distintos, governados por princípios diferentes» ⁽¹⁹⁹⁾, pelo que «admitir que as duas responsabilidades podem concorrer no campo dos contratos, é tornar inútil o regime da responsabilidade contratual» ⁽²⁰⁰⁾. Acresce que, embora lei a todos obrigue, «nem todas as leis preceptivas são de interesse e ordem pública, por isso podem ser derogadas pelo consentimento dos interessados e, designadamente, por meio de

⁽¹⁹⁴⁾ Sobre a forma como a jurisprudência pátria tem defrontado a questão, cf., *supra*, nota 3 [e nota 4].

⁽¹⁹⁵⁾ *Da Responsabilidade Contratual*, cit., p. 215 e ss.

⁽¹⁹⁶⁾ *Tratado do Direito Civil*, cit., t. XII, p. 729 e ss.

⁽¹⁹⁷⁾ «Responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual», *BMJ*, n.º 85, cit., p. 230 e ss.

⁽¹⁹⁸⁾ Refere-se, naturalmente, ao Código de Seabra.

⁽¹⁹⁹⁾ *Ob. cit.*, p. 221.

⁽²⁰⁰⁾ *Ibidem*, p. 222.



contrato» ⁽²⁰¹⁾. Por conseguinte, só quando os «deveres de carácter geral» sejam «impostos por preceitos jurídicos de interesse e ordem pública» é que «a responsabilidade delitual subsiste ao lado da contratual», podendo então, nesses casos excepcionais, o credor «escolher entre as duas espécies de responsabilidade a que mais convenha à defesa dos seus interesses» ⁽²⁰²⁾. Mas só a opção, nos termos descritos, será aceitável, já que «o cúmulo das duas responsabilidades civis, quer consista na aplicação simultânea das acções de responsabilidade contratual e de responsabilidade delitual, quer somente na faculdade do *accipiens* poder, numa única acção, empregar as regras dos dois regimes da responsabilidade civil, esse é absolutamente inadmissível. Além de repugnar aos princípios em que assenta a doutrina da incompatibilidade, que justificámos, ofende a equidade» ⁽²⁰³⁾

Quais serão então esses casos excepcionais em que coexistem as duas responsabilidades e em que o credor beneficia da faculdade de opção? São basicamente quatro:

- aqueles em que o acto de inexecução da obrigação contratual constitui simultaneamente crime, quer intencional ⁽²⁰⁴⁾, quer involuntário ⁽²⁰⁵⁾;
- os casos em que o «devedor se houve com dolo na execução do contrato e faltou ao cumprimento da obrigação assumida» visto que «a boa fé dos contraentes é um preceito geral ou

⁽²⁰¹⁾ *Ibidem*, p. 223.

⁽²⁰²⁾ *Ibidem*, pp. 225/226.

⁽²⁰³⁾ *Ibidem*, p. 226.

⁽²⁰⁴⁾ *Ibidem*, n.º 116, p. 229 e ss.

⁽²⁰⁵⁾ *Ibidem*, n.º 117, p. 232 e ss.



norma de conduta de interesse e ordem pública»⁽²⁰⁶⁾;

- aqueles em que o devedor é um funcionário público, sendo o acto de inexecução do contrato *simul* uma violação dos regulamentos de serviço (que são de interesse e ordem pública), bem como os de certas profissões (como a advocacia) cujo exercício está regulado por estatutos de serviços públicos⁽²⁰⁷⁾;

- finalmente, os de peritos no exercício de certas profissões (*v.g.*, médicos, engenheiros, arquitectos), caso se considere que os seus deveres profissionais são impostos «por preceitos de carácter geral, que são anteriores e superiores ao contrato e que este não pode preterir»⁽²⁰⁸⁾.

34. Para CUNHA GONÇALVES, por seu turno, «as responsabilidades contratual e extracontratual são incompatíveis, somente, quando tal incompatibilidade, não contende com os princípios de ordem pública, nem favorece o dolo»⁽²⁰⁹⁾. Ora, «sendo incontestável a coexistência das duas responsabilidades no mesmo facto e não sendo possível a simultânea aplicação ou cumulação de ambas, forçoso é reconhecer ao lesado a faculdade de escolher ou optar por uma delas...»⁽²¹⁰⁾. É o que se verifica nas hipóteses em que a inexecução do contrato resulta de uma infracção penal⁽²¹¹⁾, naqueles em que haja dolo⁽²¹²⁾ e, por último, quando haja «prejuízos causados

⁽²⁰⁶⁾ *Ibidem*, n.º 118, p. 234 e ss.

⁽²⁰⁷⁾ *Ibidem*, n.º 119, p. 236 e ss.

⁽²⁰⁸⁾ *Ibidem*, n.º 120, p. 239.

⁽²⁰⁹⁾ *Ob. cit.*, p. 731.

⁽²¹⁰⁾ *Ibidem*, p. 732.

⁽²¹¹⁾ *Ibidem*, p. 732.

⁽²¹²⁾ «O contraente doloso viola tanto o contrato, como o dever geral de não enganar, não lesar a ninguém», *ibidem*, p. 733.



por técnicos de qualquer espécie, no desempenho de serviços profissionais remunerados – médicos, advogados, engenheiros, arquitectos, empreiteiros, etc...»⁽²¹³⁾.

35. Muito diferente foi a forma como VAZ SERRA abordou a questão, no âmbito dos trabalhos preparatórios do novo Código Civil. Após ter procedido a uma extensa apreciação direito comparado, o autor conclui que «a responsabilidade contratual não exclui a delitual, apenas tornando, quando for caso disso, mais apertado o regime da responsabilidade»⁽²¹⁴⁾. Decisivo para o efeito é o argumento brandido pelos autores alemães de que, «com o contrato, se não exclui o dever geral de não ofender os direitos ou interesses alheios protegidos pelas regras da responsabilidade delitual, mas antes se pretende reforçá-lo»⁽²¹⁵⁾.

Colocada a questão nestes termos, não surpreende a ilação de que, nas hipóteses de concurso, «o lesado parece dever ter o direito de invocar, à sua escolha, as regras de uma ou da outra responsabilidade, conforme melhor lhe convier. Parece dever poder mesmo escolher parte de umas e parte de outras, para deste modo aproveitar de todos os benefícios que elas podem dar-lhe»⁽²¹⁶⁾. Só não será assim naqueles casos em que a doutrina alemã introduz restrições, com fundamento na lei e na autonomia privada, ao princípio da cumulação das responsabilidades⁽²¹⁷⁾.

⁽²¹³⁾ *Ibidem*, p. 734.

⁽²¹⁴⁾ *Est. cit.*, BMJ, p. 231.

⁽²¹⁵⁾ *Ibidem*, p. 230.

⁽²¹⁶⁾ *Ibidem*, p. 231

⁽²¹⁷⁾ *Ibidem*, pp. 231/232 e cf., *supra*, n.º 27. Rejeita ainda VAZ SERRA (*ibidem*, p. 232), tal como sucede com a generalidade dos AA. alemães (cf. v. g., E. DEUTSCH, *ob.*



Tomando posição na querela que divide os partidários da tese da unidade da pretensão e os sequazes da ideia de uma concorrência de pretensões, VAZ SERRA parece optar, em definitivo, por uma tese intermédia ⁽²¹⁸⁾. Tal é, pelo menos, o que parece resultar da proposta de articulado com que encerra o tratamento do tema ⁽²¹⁹⁾. Na verdade, enquanto a parte final do n.º 1 (em que se prevê a possibilidade de combinação e não simplesmente de opção entre os dois regimes) e a parte final do n.º 5 (onde se admite a extensão a ambos os créditos de um dos prazos de prescrição) parecem sugerir fortemente a ideia de uma unidade de pretensão (havendo apenas pluralidade das normas que a fundamentam), outras regras (nomeadamente as do n.º 4 e a da parte inicial do n.º 5) só se explicam se se admitir a existência de uma pluralidade de pretensões. A justificação para esta aparente desarmonia dá-no-la, aliás, o próprio autor, quando confrontado com as dificuldades processuais suscitadas pela tese da concorrência de pretensões (que origina um concurso de acções e não só de normas ⁽²²⁰⁾) em face do nosso Código de Processo Civil: é que «não cabe à lei consagrar formalmente uma teoria determinada, pois pode acontecer que a tese da dualidade de

cit., pp. 28/29), a ideia de HECK, segundo a qual «se, na relação contratual, se permite uma intervenção nos bens da outra parte, a intervenção é legítima (não antijurídica), mesmo que culposa, desde que esteja de acordo com os fins da intervenção permitida e, portanto, não deriva dessa intervenção responsabilidade delitual».

⁽²¹⁸⁾ Mau grado dizer expressamente (*ibidem*, p. 236) que se lhe afigura «preferível a da concorrência de pretensões, não só em virtude das soluções propostas quanto à cessão, à remissão e à prescrição, mas porque o regime dos dois créditos é também sob outros aspectos diferente».

⁽²¹⁹⁾ Cf. pp. 236/237.

⁽²²⁰⁾ Conforme o autor reconhece na n. 260, p. 236.



créditos ou pretensões seja preferível para certos efeitos e a tese da unidade o seja para outros» ⁽²²¹⁾.

36. A proposta de VAZ SERRA a que acabamos de aludir não teve, porém, tradução na versão final do novo Código Civil, pelo que a polémica em torno da melhor solução a dar ao problema do concurso viria a reacender-se, já na vigência deste, embora sem grande intensidade. Com efeito, o tema não parece despertar grande interesse à doutrina nacional, poucos sendo os autores que lhe dedicam mais que umas poucas linhas ⁽²²²⁾ ⁽²²³⁾. Constituem

⁽²²¹⁾ P. 237, em nota.

⁽²²²⁾ Encontram-se referências ao problema em ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, cit., l. p. 612, n. 1 – que faz ressaltar a sua importância prática –, PESSOA JORGE, *Ensaio*, cit., p. 41 (cf. também p. 365) – que afirma simplesmente nada impedir que se cumulem as duas responsabilidades, emergentes do mesmo facto –, MOTA PINTO, *Cessão*, cit., p. 411 – que considera que o prejudicado poderá escolher, em princípio, a tutela contratual ou extracontratual, no caso de esta lhe ser mais favorável quanto a determinados pontos (cf. também, MOTA PINTO / CALVÃO DA SILVA, «Responsabilidade civil do produtor», in Mota Pinto, *Direito Civil*, Lições, em 1979-80, ao Curso Complementar da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1980, p. 148 e s. [republicado em *O Direito*, ano 121, 1989, p. 273 ss.] –, FIGUEIREDO DIAS/SINDE MONTEIRO, *ob. cit.*, p. 25 – que afirmam que, na inexistência de uma norma que especificamente venha dizer o contrário, se deve aceitar, como a solução natural, a da concorrência (*rectius*, cúmulo) de responsabilidades, sendo porém de colocar certas restrições a esta solução e não se devendo aceitar a existência de duas acções, gozando de autonomia –, e AMÉRICO MARCELINO, *Acidentes de Viação*, cit., p. 62 – o qual, após rejeitar, sem qualquer justificação, a possibilidade de o lesado combinar numa acção híbrida as regras dos dois regimes, considera óbvio poder ele escolher a via que melhor cubra todos os seus prejuízos. ⁽²²³⁾ [Posteriormente à elaboração do presente relatório, o tema foi versado, por vezes com grande profundidade e desenvolvimento, em vários estudos e obras de autores portugueses. Cf., de entre outros: M. TEIXEIRA DE SOUSA, *O concurso de*



exceção, fundamentalmente ⁽²²⁴⁾, três autores (RUI DE ALARCÃO ⁽²²⁵⁾),

Títulos de Aquisição da Prestação – Estudo sobre Dogmática da Pretensão e do Concurso de Pretensões, Coimbra, 1988; A. PINTO MONTEIRO, *Cláusula Penal e Indemnização*, Coimbra, 1990, p. 713 e ss.; A. MENEZES CORDEIRO, *Da Responsabilidade Civil dos Administradores das Sociedades Comerciais*, Lisboa, 1997, p. 491 e s.; IDEM, *Tratado de Direito Civil Português*, II – *Direito das obrigações*, t. III, cit., p. 398 e s.; P. ROMANO MARTINEZ, *Cumprimento Defeituoso – Em Especial na Compra e Venda e na Empreitada*, Coimbra, 2001, p. 245 e ss.; IDEM, *Direito das Obrigações (Apontamentos)*, 5.ª ed., Lisboa, 2017, p. 81 e ss.; D. MOURA VICENTE, *Da Responsabilidade Pré-Contratual*, cit., p. 221 e ss.; IDEM, *Direito Comparado*, vol. II, cit., p. 520 e ss.; J. C. BRANDÃO PROENÇA, «A Responsabilidade Civil Extracontratual nos 50 anos de Vigência do Código Civil: Um Olhar à Luz do Direito Contemporâneo», in ELSA SEQUEIRA/FERNANDO SÁ (coord.), *Edição Comemorativa do Cinquentenário do Código Civil*, Lisboa, 2017, pp. 313 ss., esp. pp. 329 e s., 354 e ss., reproduzido em J. C. BRANDÃO PROENÇA, *Estudos de Direito das Obrigações*, Porto, 2018, p. 49 ss., e na *Revista de Direito da Responsabilidade*, ano 1, 2019, pp. 245 ss.; MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Lições de Responsabilidade Civil*, Cascais, 2017, p. 19 e ss.; IDEM, «A Reforma Francesa da Responsabilidade Civil – Breves Considerações em Sede Extracontratual», *Revista da Faculdade de Direito e Ciência Política*, Universidade Lusófona do Porto, n.º 11 (2018), p. 11 e ss.; e NUNO PINTO OLIVEIRA, «Ilícitude e Culpa na Responsabilidade Médica», (*I*) *Materiais para o Direito da Saúde*, Coimbra, 2019, pp. 19 ss.].

⁽²²⁴⁾ Que tenhamos conhecimento, para além dos três referidos, só VAZ SERRA, na *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 102.º, p. 313-314 (onde retoma as ideias essenciais do seu anterior trabalho), e BAIÃO DO NASCIMENTO, *ob. cit.*, especialmente, p. 82 e ss., tratam com algum desenvolvimento do problema. [Ver, agora, os AA. e obs. cits. na nota anterior].

⁽²²⁵⁾ *Direito das Obrigações*, cit., p. 209 e ss.



ALMEIDA COSTA ⁽²²⁶⁾ e PINTO MONTEIRO ⁽²²⁷⁾), cujo pensamento iremos, por isso, analisar com um pouco mais de pormenor.

37. Para RUI DE ALARCÃO, a solução que, *de iure constituto*, «se deve ter como consagrada é a da admissibilidade do cúmulo; isto por ser esta, a de concurso de normas, a solução natural, que como tal se deve aceitar na falta de disposição legal em contrário, desde que, no caso concreto, não conduza a soluções materialmente injustas»⁽²²⁸⁾. Essa seria, inclusivamente, a melhor solução *de lege ferenda*, pois a protecção que a lei fornece aos contraentes mediante a responsabilidade contratual não deve entender-se como exclusiva, mas sim como «um instrumento ulterior de defesa do seu interesse, sem lhe subtrair aquela defesa geral que lhe compete independentemente da sua qualidade especial de parte num contrato»⁽²²⁹⁾.

Precisando o que entende por solução do cúmulo, vem depois o autor dizer que não se verifica aqui um concurso de acções, gozando de total autonomia. «Existe uma única acção a que corresponde no plano material um único direito, que tem como objectivo unitário o ressarcimento do dano, mas que pode, isso sim, ser fundamentada

⁽²²⁶⁾ *Direito das Obrigações*, cit., p. 356 e ss. [12.ª ed., cit., pp. 546 ss.; ver, ainda, do mesmo A., «O Concurso da Responsabilidade Civil Contratual e da Extracontratual», in AAVV, *Ab Uno Ad Omnes – 75 Anos da Coimbra Editora*, Coimbra 1998, pp. 555 e ss.].

⁽²²⁷⁾ Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil, cit., pp.389/390 e 425 e ss. [Ver, posteriormente, Cláusula Penal e Indemnização, Coimbra, 1990, p. 713 e ss.]

⁽²²⁸⁾ *Ob. cit.*, p. 211. No mesmo sentido cf. FIGUEIREDO DIAS/SINDE MONTEIRO, *supra*, n. 222.

⁽²²⁹⁾ *Ibidem*, pp. 211/212.



em diversas normas» ⁽²³⁰⁾. A vantagem deste ponto de vista consubstanciar-se-ia em que, «sendo única a acção, não estará o autor impedido de invocar sucessivamente uma norma diversa (cfr os arts. 268.º e 273.º do CPC), nem se poderá dizer ter o juiz decidido *ultra petita* se aplica uma norma diferente da invocada pelo autor, já que o carácter contratual ou extracontratual traduz apenas uma diferente qualificação da *causa petendi* que não altera a sua identidade» ⁽²³¹⁾.

Admite, por último, as mesmas restrições à doutrina do cúmulo que as aceites por VAZ SERRA e a maioria da doutrina alemã ⁽²³²⁾.

38. Próxima da orientação deste autor, se bem que menos afoita na admissão do cúmulo, é a preconizada por PINTO MONTEIRO, que se ocupa do problema do concurso para saber se, nessas hipóteses, a cláusula de exclusão afasta também a responsabilidade extracontratual e não apenas a responsabilidade contratual do devedor. Para PINTO MONTEIRO, «a solução mais razoável, dentro do espírito que enforma a ordem jurídica portuguesa, é a que VAZ SERRA propunha, devendo permitir-se ao lesado, *em princípio*, a faculdade de *optar* por uma ou outra espécie de responsabilidade (e quiçá, de *cumular*, na mesma acção, regras de uma e outra, à sua escolha)»

⁽²³⁰⁾ *Ibidem*, p. 212. Em nota acrescenta verificar-se, pois, um concurso de normas que fundamentam uma única pretensão, uma *Anspruchsnormenkonkurrenz*, terminologia que atribui a LARENZ (se bem que este atribua a paternidade da mesma a GEORGIADES. Cf., *supra*, n. 171).

⁽²³¹⁾ *Ibidem*, pp. 212/213.

⁽²³²⁾ *Ibidem*, pp. 213/214.



(233). Aduz nesse sentido fundamentalmente três argumentos: a falta de distinção essencial ou de natureza última entre as duas formas de responsabilidade; o princípio do favorecimento da vítima que, em sua opinião, enforma o quadro legal; e o facto de haver várias normas da responsabilidade extracontratual que são aplicáveis *expressis verbis* à responsabilidade contratual, «o que parece denotar que esta solução não repugnaria ao legislador»⁽²³⁴⁾.

Finalmente, admitindo o autor as tradicionais restrições à «tese do concurso» acaba por concluir, no que especificamente concerne à questão que o ocupa, estar o credor impedido de se “servir da faculdade de optar pela responsabilidade extracontratual no caso de resultar do contrato terem as partes pretendido, com a cláusula de exclusão, afastar também a responsabilidade delitual». Trata-se, «à partida, de uma questão de *interpretação* da referida cláusula, devendo averiguar-se, deste modo, *quais os danos que as partes tiveram em vista ao estipular a cláusula exoneratória*». Porém, em caso de dúvida sobre o preciso alcance da cláusula, admite a presunção de que os seus efeitos se estendam «a todos os possíveis fundamentos da pretensão (*Anspruchgrundlage*) indemnizatória, eliminando também a responsabilidade extracontratual fundada sobre os mesmos factos»⁽²³⁵⁾.

39. Ponto de vista radicalmente diverso do que perfilham os dois autores a que acabamos de nos reportar é o adoptado por ALMEIDA

(233) *Ob. cit.*, pp. 430/431. Só não conseguimos perceber muito bem como é que, partindo o A. da tese da unidade de pretensão (cf. p. 429), vem defender depois, em primeira linha, a possibilidade de opção do lesado pelo regime da responsabilidade extracontratual.

(234) *Ibidem*, pp. 431/432.

(235) *Ibidem*, pp. 434 a 437.



COSTA, que adere decididamente (embora não incondicionalmente) à ideia da *exclusão do cúmulo*.

Para ALMEIDA COSTA «as hipóteses de concurso da responsabilidade contratual e da extracontratual ..., reconduzem-se à figura do *concurso aparente, legal ou de normas*», residindo, por isso, a essência do problema «na solução do *conflito positivo* de regimes, que deriva da circunstância de uma mesma factualidade ser simultaneamente subsumível» aos dois complexos de regulamentação. Nesses termos, «a escolha da disciplina aplicável deve, em derradeira análise, depender do sentido que assume, no sistema jurídico-positivo, a distinção entre responsabilidade contratual e extracontratual» ⁽²³⁶⁾.

Ora, de um prisma dogmático, conclui o autor, «o regime da responsabilidade contratual “consome” o da extracontratual» (*princípio da consunção*). Isto porque no direito das obrigações impera o princípio da autonomia privada, o qual parece impor que numa situação de concurso «o facto tenha, em primeira linha, de considerar-se ilícito contratual» ⁽²³⁷⁾.

Além disso, e este aspecto é tido como decisivo pelo autor, «o caminho preconizado, para além de uma adequação conceitual, dá plena satisfação aos interesses do lesado» ⁽²³⁸⁾. Para o demonstrar, chama à colação a ideia de relação obrigacional complexa (em que cabem no só os deveres de prestação, mas também deveres acessórios ou laterais), a figura do cumprimento defeituoso, a circunstância de o cálculo da indemnização se reger por regras

⁽²³⁶⁾ *Ob. cit.*, p. 359 [12.ª ed., p. 550].

⁽²³⁷⁾ *Ibidem*, p. 360 [12.ª ed., pp. 551/552].

⁽²³⁸⁾ *Ibidem*, p. 360 [12.ª ed., p. 552].



idênticas e, inclusivamente, a ressarcibilidade dos danos no patrimoniais no âmbito da responsabilidade contratual ⁽²³⁹⁾.

A regra terá de ser, por conseguinte, a do não cúmulo de responsabilidades, regra essa que só cederá em face de preceito contrário da lei. «O que não invalida que, diante de situações concretas, se lhe introduzam possíveis desvios, em homenagem à solução substancialmente mais justa» ⁽²⁴⁰⁾. Tratar-se-á então de casos de *consumção impura*.

IV – CONCLUSÕES; TOMADA DE POSIÇÃO

40. Aqui chegados, resta-nos extrair as conclusões de tudo o que precede e ensaiar, a partir delas, uma tomada de posição a respeito do problema central que nos ocupa.

Começando pela análise do direito comparado a que anteriormente procedemos, parece-nos haver, desde logo, alguma dificuldade em retirar dela qualquer ilação segura sobre a forma de resolver a questão do concurso. Como então dissemos, a generalização das posições adoptadas dentro de cada sistema revela-se, até certo ponto, perigosa, na medida em que elas se mostram influenciadas por alguma particularidade do respectivo regime jurídico. No entanto, não se nos afigura, apesar de tudo, muito fácil encontrar um fio lógico que nos ajude a perceber o nítido contraste

⁽²³⁹⁾ Cf. pp. 360/361 [12.ª ed., p. 552].

⁽²⁴⁰⁾ *Ibidem*, p. 361 [12.ª ed., pp. 552/553].



que nos oferecem, por exemplo, duas ordens jurídicas tão aparentadas, como são a alemã e a francesa ⁽²⁴¹⁾. As tentativas de extrapolação de algumas pretensas diferenças entre os dois direitos, com que certos autores entendem justificar a diversidade de perspectivas, revelam-se, por vezes, totalmente falhas de razão ⁽²⁴²⁾.

Em todo o caso, parece-nos irrecusável que a solução do problema deverá ser precipuamente encarada na perspectiva de cada sistema jurídico concreto, devendo buscar-se o seu critério a partir de uma indagação sobre o sentido que nele assume a distinção entre a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual ⁽²⁴³⁾.

Ora, observou-se anteriormente que, entre nós, a doutrina tende a desvalorizar a referida distinção, considerando não serem as discrepâncias do regime das duas formas de responsabilidade suficientes para afirmar uma verdadeira diferença essencial ou de natureza entre elas. Vimos também ter sido essa a perspectiva que orientou o nosso legislador, a qual, aliás, transparece claramente na interpenetração dos dois regimes que se verifica ao nível das próprias soluções legais. Mas há que resistir à tentação de resolver logo aqui

⁽²⁴¹⁾ Cf. P. H. SCHLECHTRIEM, *ob. cit.*, p. 66. Mais difícil, ainda, como afirma o mesmo autor (n. 8), será explicar a discrepância entre os direitos francês e belga. Os exemplos, aliás, poderiam multiplicar-se.

⁽²⁴²⁾ Assim, só para referir um exemplo, pretende-se, por vezes, estabelecer um paralelo entre a consagração da regra do não cúmulo e a invalidade das convenções limitativas ou de exclusão da responsabilidade em matéria delitual (cf. P. P. C. HAANAPPEL, *ob. cit.*, p. 116), quando, nesse ponto particular, as duas orientações chegam praticamente aos mesmos resultados (cf. PINTO MONTEIRO, *ob. cit.*, p. 434).

⁽²⁴³⁾ Cf. ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, cit., p. 359 [12.ª ed., p. 550].



o problema, negando-lhe qualquer interesse prático ⁽²⁴⁴⁾. Impede-o justamente a persistência de algumas diferenças entre ambos, o que conduz a que, no caso concreto, o lesado possa tirar vantagem da aplicação, ora de um, ora de outro ⁽²⁴⁵⁾. Será admissível ou razoável conceder-lhe esse benefício em face do direito português? É o que iremos ver de seguida.

41. De tudo o que acabamos de dizer resulta já, com suficiente clareza, que a resolução do problema do concurso de responsabilidades deverá assentar, não tanto em meras considerações lógicas sobre a posição relativa das duas responsabilidades ⁽²⁴⁶⁾, mas, sobretudo, numa justa ponderação dos interesses em jogo. Ora, deste ponto de vista, quer-nos parecer que a solução que se afigura substancialmente mais justa é a que reconhece, em princípio, ao lesado a faculdade de se socorrer das normas de ambos os complexos de regulamentação, podendo inclusivamente combiná-las numa mesma acção. É que não vemos

⁽²⁴⁴⁾ Como o fazem GOMES DA SILVA (cf., *supra*, n. 85) e, de certa forma, MENEZES CORDEIRO (cf., *supra*, n. 83 [cfr., porém, *Da Responsabilidade Civil dos Administradores*, cit., p. 491 e s., e *Tratado*, cit., II, t. III, p. 387 e ss., 398 e ss.]).

⁽²⁴⁵⁾ Cf., *supra*, n.º 14 e ss.

⁽²⁴⁶⁾ Consoante refere TONY WEIR, *ob. cit.*, p. 28: «when we find one jurist asserting that legal logic requires concurrence and another asserting that legal logic requires its denial, we may be sure that legal logic in general has little to do with it». Acrescente-se que, por exemplo, a afirmação da existência de uma relação lógica de especialidade entre as duas responsabilidades, que vemos por vezes ser feita como argumento decisivo no sentido da prevalência da contratual, peca por exagero. É que a relação de especialidade nem sempre conduz, necessariamente, ao afastamento da norma mais geral. Tal só deverá acontecer quando as consequências jurídicas de duas normas se excluam mutuamente. Cf. K. LARENZ, *Metodologia*, cit., p. 261, e R. ZIPPELIUS, *Einführung in die juristische Methodenlehre*, 3.ª ed., München, 1980, p. 49 e s.



qualquer razão para privar a vítima do dano, nos casos de concurso, das vantagens que lhe poderão advir da aplicação das regras delituais ⁽²⁴⁷⁾, só pelo simples facto de entre ela e o lesante interceder uma relação obrigacional. Não nos podemos esquecer que se trata de situações que originariam responsabilidade extracontratual, mesmo que tal relação não existisse. E nem sempre é fácil, como vimos, delimitar rigorosamente as fronteiras dessas duas realidades. Em sentido contrário, pensamos, não procedem os argumentos fundados no princípio da autonomia da vontade e nos particularismos da regulamentação contratual, com que geralmente se defende a tese da prevalência da responsabilidade obrigacional. Julgamos mesmo que, utilizados com esse fim, qualquer deles prova demais. Com efeito, aquilo que eles podem justificar não é a prevalência da responsabilidade contratual, mas sim que a tese do cúmulo não possa ser aceite sem restrições, destinadas, justamente, a salvaguardar, quer o que tenha sido convencionado pelas partes, quer as eventuais especialidades do regime aplicável a esse tipo de responsabilidade.

Propendemos, pois, a admitir a solução do cúmulo de responsabilidades. Formalmente, a situação configura-se como um concurso de institutos ou de normas de que emergem pretensões. Neste ponto, parece-nos ser preferível a tese que sustenta a ideia de um concurso de fundamentos para uma só pretensão ⁽²⁴⁸⁾ à que defende a doutrina da concorrência de pretensões. Na verdade, custa-nos admitir que dos mesmos factos, praticados por uma única pessoa, resultem para outra várias pretensões tendentes ao mesmo

⁽²⁴⁷⁾ Solidariedade entre os responsáveis, ressarcimento dos danos não patrimoniais (para quem só os admita em sede delitual), etc.

⁽²⁴⁸⁾ Uma *Anspruchsnormenkonkurrenz*, na terminologia de GEORGIADES.



objectivo (a reparação dos danos) ⁽²⁴⁹⁾⁽²⁵⁰⁾. Ora, havendo uma única pretensão que se funda em várias normas, parece que «os vários fundamentos levam a determinar para a pretensão um regime misto que atenda a todos eles e que os combine, desde que se não oponham» ⁽²⁵¹⁾. A determinação desse regime misto deverá, além disso, orientar-se por dois princípios: «o titular de uma pretensão plurimamente fundada não pode ficar em pior situação do que a que teria, invocando apenas um e qualquer um dos fundamentos em presença; a construção de um regime misto deve respeitar quanto possível os fins dos regimes concorrentes» ⁽²⁵²⁾. Decorre daqui que, nas situações de concurso de responsabilidades, deverá o lesado estar, em princípio, em condições de beneficiar de todos os efeitos jurídicos que lhe sejam favoráveis ⁽²⁵³⁾, podendo invocar (numa mesma acção), tanto as normas que regulam a responsabilidade

⁽²⁴⁹⁾ Contudo, a admitir-se a ideia de concorrência de pretensões, o mais que poderia aceitar-se era que o lesado só as pudesse fazer valer em alternativa (já que visam o mesmo fim), parecendo de rejeitar a excessiva autonomia que lhes é conferida por parte da doutrina alemã (e muito especialmente por DIETZ: cf., *supra*, n.º 26 e notas 178 e 186). No sentido por nós propugnado, cf. BAIÃO DO NASCIMENTO, *ob. cit.*, pp. 82/83. À vítima do dano caberia, por conseguinte, tão-só a faculdade de optar pelo regime que considerasse mais favorável. Tal solução teria, porém, evidentes desvantagens relativamente à por nós defendida em texto. Assim, se o lesado optasse pela regulamentação da responsabilidade extracontratual beneficiaria do regime da solidariedade (em caso de pluralidade de autores do dano), mas, em contrapartida, caber-lhe-ia provar a culpa do lesante.

⁽²⁵⁰⁾ Cf. também o que dizemos a seguir, no texto, sobre a adequação da tese da unidade da pretensão aos princípios do nosso processo civil.

⁽²⁵¹⁾ BAIÃO DO NASCIMENTO, *ob. cit.*, p. 85. Acrescenta o autor: «Constrói-se assim a síntese real das várias perspectivas analíticas, síntese que pode resultar e resulta na maior parte dos casos mais rica do que qualquer delas».

⁽²⁵²⁾ IDEM, *ibidem*, p. 84.

⁽²⁵³⁾ Cf. K. LARENZ, *Lehrbuch*, p. 689 (§ 75 VI).



contratual, como as que disciplinam a responsabilidade extracontratual. Trata-se de uma solução que não repugna à nossa lei substantiva ⁽²⁵⁴⁾ e que se nos afigura perfeitamente coerente com os princípios do processo civil. Julgamos, na verdade, corresponder à perspectiva da nossa lei processual a ideia de que, nas aludidas situações de concurso, existe uma única acção, pois verifica-se identidade dos sujeitos (lesante e lesado), do pedido (a condenação no ressarcimento dos danos ⁽²⁵⁵⁾) e da causa de pedir (o concreto facto danoso de que procede a pretensão deduzida ⁽²⁵⁶⁾), devendo entender-se que a natureza contratual ou extracontratual dos danos nada mais é que uma qualificação da *causa petendi*, que não altera a sua identidade ⁽²⁵⁷⁾.

42. Terminaremos dizendo que a doutrina que preconizamos (a da combinação dos regimes das duas responsabilidades) não pode ser aceite em termos absolutos. Há que introduzir-lhe as restrições que sejam ditadas pela necessidade de atender aos fins visados pelos regimes concorrentes. Trata-se, como vimos, de uma directriz que deve presidir à construção do regime aplicável às pretensões unitárias fundadas em normas de diversos quadrantes. Consideramos, por isso, perfeitamente justificadas as excepções que, com fundamento no princípio da autonomia da vontade ou na

⁽²⁵⁴⁾ Recorde-se, nomeadamente, o que se disse sobre a falta de distinção essencial e a interpenetração dos regimes das duas categorias de responsabilidade.

⁽²⁵⁵⁾ Cf. o art. 498.º, n.º 3 do Código de Processo Civil [cfr. o art. 581.º, n.º 3, do Código vigente].

⁽²⁵⁶⁾ Cf. o art. 498.º, n.º 4 do Código de Processo Civil [cfr. o art. 581.º, n.º 4, do Código vigente].

⁽²⁵⁷⁾ Assim, como vimos, A. DE CUPIS, *ob. cit.*, p. 116, e, no direito português, RUI DE ALARCÃO, *ob. cit.*, pp. 212 (cf., também, *supra*, n.º 35, a vantagem que associa a este ponto de vista).



necessidade de preservar a eficácia de certos comandos legais, são comumente apontadas à admissibilidade da cumulação de regimes. Assim, se no contrato tiver sido validamente aposta uma cláusula de limitação ou de exclusão da responsabilidade ⁽²⁵⁸⁾, deverá entender-se que ela se estende a todos os possíveis fundamentos de pretensão, salvo se da sua interpretação resultar que as partes pretenderam restringir os seus efeitos à esfera da responsabilidade contratual ⁽²⁵⁹⁾. Do mesmo modo, quando da lei resulte uma atenuação da responsabilidade do devedor, nomeadamente, colocando como seu pressuposto a verificação de uma culpa qualificada ⁽²⁶⁰⁾, não deverá consentir-se ao lesado o recurso às regras delituais para contornar o obstáculo com que a sua pretensão se depare, sob pena de se privar completamente de eficácia os preceitos legais que privilegiam a posição do lesante ⁽²⁶¹⁾.

Fernando A. Ferreira Pinto

⁽²⁵⁸⁾ O que, como vimos, é discutível perante o ordenamento português (cf., *supra*, n.º 17).

⁽²⁵⁹⁾ Para mais desenvolvimento, cf. PINTO MONTEIRO, *ob. cit.*, p. 434 e ss.

⁽²⁶⁰⁾ Cf. os arts. 957.º, n.º 1, 1134.º e 1151.º do Código Civil.

⁽²⁶¹⁾ Será aqui eventualmente de admitir a interpretação restritiva desses preceitos, propugnada por alguns autores alemães (cf. *supra*, n. 183).



REVISTA DE
DIREITO COMERCIAL



www.revistadedireitocomercial.com
2020-11-20

2018