

O JUIZ COMO LEGISLADOR?

Três momentos jurisprudenciais do concurso de responsabilidade civil()*

*Pelo Dr. António Barroso Rodrigues(**)*

SUMÁRIO:

§1. Sobre o papel da jurisprudência no desenvolvimento do Direito; *a)* Impedimento ao conflito de jurisprudência; *b)* Liberdade reconhecida ao julgador na aplicação do Direito. **1.2.** O método de desenvolvimento judicial do Direito. **§2. O lugar do concurso no sistema de responsabilidade civil; breve enquadramento. 2.1.** Polissemia do conceito de concurso e a terminologia operante; *a)* Os dois passos metodológicos inerentes: do concurso formal ao efetivo; *b)* O objeto do concurso: a decomposição necessária do direito subjetivo nas pretensões que enforma. **§3. Contributo histórico: breve apontamento. §4. As soluções bipolarizadas no Direito moderno. 4.1.** O primeiro momento histórico: o julgamento emble-

(*) Texto preparado em resultado da nossa intervenção nas Jornadas a Sul do Direito Civil e Processual Civil Especial, a convite do Tribunal da Relação de Évora, no dia 03 de novembro de 2003, por ocasião dos cinquenta anos da Relação de Évora, subordinada ao tema «[o] concurso de responsabilidade civil: estado actual e tendências evolutivas». À Dr.^a Juiz Sandra dos Reis Luís deixamos o nosso penhorado agradecimento pela coordenação do evento e inexcedível disponibilidade. Outro agradecimento é devido ao Ilustre Professor Doutor João P. Charters Marchante pela permanente orientação quanto à (melhor) metodologia na interpretação dos enunciados, assim como no inestimável auxílio na recuperação dos ensinamentos dos antigos Mestres. Naturalmente que as incontornáveis insuficiências deste estudo nos são exclusivamente imputáveis.

Quando preparávamos este texto, recebemos a notícia do súbito falecimento do Professor Doutor Pedro Romano Martinez. Com profundo pesar, não podemos deixar de recordar a memória do nosso Mestre, cuja lição — expressa tanto na sua tese de Doutoramento como no seu mais recente manual de Introdução ao Estudo do Direito — recuperamos neste texto. Estamos penhoradamente gratos pelo privilégio de ter conhecido o seu exemplo, o qual guardamos para sempre como nosso referencial.

(**) Assistente convidado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Investigador e Bolseiro do Centro de Investigação de Direito Privado. Doutorando em Ciências Jurídicas. Advogado e jurisconsulto. *E-mail:* <antoniorodrigues@fd.ulisboa.pt>.

mático da *Cour de Cassation* de 11 de janeiro de 1922 (teoria do *non-cumul*). **4.2.** O segundo momento histórico: a decisão simbólica do Tribunal do *Reich* de 13 de outubro de 1916 (teoria do cúmulo). **4.3.** O terceiro momento: o ponto de viragem do entendimento jurisprudencial português. **§5. Ensaio conclusivo.**

Resumo

O concurso de responsabilidade civil, enquadrado que seja como um conflito positivo entre várias formas de tutela (delitual e obrigacional), constitui um inexorável desafio de qualquer sistema de responsabilidade civil. A jurisprudência tem tido um papel fundamental no enquadramento da matéria *vis-à-vis* a sua incontornável complexidade. Em rigor, esta tende a acolher uma de duas soluções, a saber: por um lado, a aplicação exclusiva de uma forma de responsabilidade (teoria do não cúmulo); por outro, a admissibilidade da coexistência das várias modalidades (teoria do cúmulo). Contribuindo para desvendar o nevoeiro dogmático que paira sobre a matéria, são de destacar três decisões judiciais emblemáticas, as quais comprovam, dúvidas não haja, o papel fundamental da jurisprudência no desenvolvimento do Direito e permitem melhor compreender a figura do concurso de responsabilidade civil em todo o seu esplendor.

Palavras-chave

Concurso de responsabilidade | responsabilidade civil | jurisprudência | concurso de pretensões | obrigação de indemnização.

«A jurisprudência está portanto, desta maneira, ao serviço da lei, mas num sentido de obediência pensante, que atende menos à letra que mata do que ao espírito que vivifica»

MANUEL DE ANDRADE, *Sentido e valor da jurisprudência* (1953)

§1. Sobre o papel da jurisprudência no desenvolvimento do Direito

I. O debate sobre o papel último da *jurisprudência*⁽¹⁾ na descoberta do Direito é antigo e ainda muito aceso. Não se trata tão-só de a conside-

⁽¹⁾ Entendemo-la enquanto jurisprudência *judicial*, despida de outros sentidos (cf., com crítica à leitura redutora do termo, CASTRO MENDES, *Introdução ao Estudo do Direito*, 3.^a ed., Pedro Ferreira: Lisboa, 2010, p. 111). Se for apenas definida como o conjunto das decisões judiciais — é precisamente essa a nossa proposta — não ignoramos a proximidade do conceito com o *costume*, numa lógica de *costume jurisprudencial* (v. J. DIAS MARQUES, *Introdução ao Estudo do Direito*, 2.^a ed., Pedro

rar, de forma redutora, na primária e aparente capacidade de *fonte de Direito*, ou, melhor, não é apenas nesse plano que a questão se coloca. O problema também reside — ou, principalmente reside — no seu contributo último, em termos latos, para a evolução do sistema jurídico.

Se a participação da *jurisprudência* — definida que seja como o conjunto heterogéneo de decisões providas dos tribunais — no processo evolutivo dos quadros do sistema é inegável⁽²⁾, também não deixa de ser verdade que sobre toda esta matéria paira um espesso nevoeiro dogmático, hostil à precisão dos seus contornos e, conseqüentemente, à identificação da sua concreta mais-valia. Identificação essa que a boa compreensão desta matéria continua a exigir.

Entre nós, juristas de tradição Romano-Germânica, esta discussão situada ao nível das fontes do Direito, embora não encerrada⁽³⁾, foi provisoriamente solucionada pelo punho do legislador. Entendeu-se conferir hegemonia total à lei, em sentido formal: a jurisprudência (*Rechtsprechung*), segundo a *communis opinio*, não é fonte imediata de Direito, contrariamente, por sinal, à solução Romana de outrora. Aliás, é fácil constatar que, nessa rejeição, Portugal acompanhou, a par e passo, a generalidade dos sistemas jurídicos continentais, seus congéneres. Essa opção resulta clarividente, quando perscrutamos à *grand vitesse* as principais codificações (e Além-Reno, a respetiva *Lei Fundamental*)⁽⁴⁾: a jurisprudência não consta do *cardápio das fuentes del Derecho*, (art. 1.º/1 e 6 CC espanhol de 1889), *fonti del Diritto* (art. 1.º CC italiano de 1942), *sources du Droit* (art. 5.º CC francês de 1804), *Rechts-*

Ferreira: Lisboa, 1994, pp. 91-92). Quanto a essa crítica, cumpre retorquir que (i) o costume jurisprudencial, tal como (ii) a jurisprudência uniformizada, (iii) os assentos (revogados) e, por fim, (iv) o precedente, convivem com a jurisprudência, em sentido lato, numa relação de género-espécie, sendo desta partes integrantes (com uma proposta similar, v., entre nós, OLIVEIRA ASCENSÃO, *A Tipicidade dos Direitos Reis*, Petrony: Lisboa, 1968, p. 48, ss.; O *Direito. Introdução e Teoria Geral*, 13.ª ed., Almedina: Coimbra, 2005, reimp., *maxime* p. 323, ss.; recentemente, MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *Introdução ao Estudo do Direito*, 2.ª ed., AAFDL: Lisboa, 2021, reimp., p. 145, ss., embora este último A. negue a admissibilidade deste costume por falta de espontaneidade). Sobre o papel do *costume jurisprudencial*, entre nós, v., ainda, ROMANO MARTINEZ, *Introdução ao Estudo do Direito*, 3.ª ed., Imprensa FDUL: Lisboa, 2022, reimp., p. 171; para MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA este costume é fonte do Direito (*Introdução ao Direito*, Almedina: Coimbra, 2018, p. 160). No sentido de jurisprudência como o conjunto de decisões dos tribunais, pelo menos enquanto uma segunda possível definição, cf. PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Noções Fundamentais de Direito Civil*, Vol. I, 4.ª ed., Coimbra Editora: Coimbra (1957), p. 83.

⁽²⁾ RALPH J. CHRISTENSEN afirma expressivamente que o valor da jurisprudência, neste contexto, não implica discutir o “se” (*das “Ob”*), mas tão-só o “como” (*das “Wie”*): em *Das Problem des Richterrechts aus der Sicht der Strukturierenden Rechtslehre*, ARSP, Vol. 73, n.º 01 (1987), pp. 75-92 (75).

⁽³⁾ São vários os AA. que recuperam o papel da jurisprudência enquanto fonte *mediata* do Direito, conquanto, embora não vincule o intérprete (além das partes, claro), assume-se um elemento coadjuvante na revelação do Direito (neste sentido, P. ROMANO MARTINEZ, *Introdução*, p. 170).

⁽⁴⁾ Rejeitamos a tradução de Lei Fundamental (*Grundgesetz*) para Constituição (*Verfassung*) alemã; cf. CLAUS-WILHELM CANARIS, *Estruturas básicas do Direito delitual alemão* (trad. António Barroso Rodrigues/Manuel de Albuquerque), *Revista de Direito Civil*, I, 2024, 1, pp. 169-190, nota de tradução 3.

quellen (§20 (2) GG). Ora, essa preferência não implica uma despedida eterna das vantagens — e são várias — apresentadas pelo sistema de *Common Law*, onde o *precedente* judicial — tal como configurado por Sir EDWARD COKE no séc. XVII e Sir WILLIAM BLACKSTONE no séc. XVIII — confere, ao lado da lei (*Estatute Law*), um papel determinante, senão mesmo prioritário, à jurisprudência (*Case Law*).

Vejamos apenas uma dessas vantagens, dada a economia limitada deste momento. Desde logo, o sistema de precedente consagrado pela *Case Law* assenta na mais-valia da *ratio* de proximidade: a justiça do *novo* caso apenas é atingida, diz-se, se este for decidido de forma igual ao caso idêntico *anterior*. Não haverá lugar num sistema coeso, a duas decisões *diferentes* defronte a mesma *ratio decidendi*⁽⁵⁾. O resultado é claro: a decisão anterior tem uma força vinculativa (*binding authority*) para as posteriores (com exclusão dos meros *obiter dicta*). Descontado e reconhecido o espaço necessário para a modificação dos enunciados e, enfim, para a evolução natural do sistema jurídico, a justeza deste critério de simples paridade, entre o caso atual e um anterior, *idênticos, mutatis mutandis*, é mais do que evidente. Assim o reconheceria qualquer leigo em Direito: a analogia do particular para o particular seduz, numa vertente mais terra-à-terra da aplicação prática do princípio da igualdade na justiça do caso. Difícil (embora possível) é, por sua vez, justificar como pode um tribunal inferior contrariar a decisão de outro tribunal do mesmo nível hierárquico ou, mais grave, de um superior (ou até o seu próprio entendimento expresso numa decisão anterior!). Defronte desta questão, o jurista mais cauteloso, recentrará a discussão (e bem) para a identificação precisa dos critérios que permitam estabelecer a tal *paridade entre os casos*, paridade essa pressuposta pela construção do sistema de *precedentes*. Ora, se inexistem materialmente dois casos iguais, é na condensação dogmática dos denominadores comuns que esse esforço hermenêutico se tende a concentrar.

Recentremos a questão enunciada. O juiz dirime o litígio que lhe foi cometido. *Julgar* é aplicar o Direito vigente ao caso concreto. Nessa (aparentemente) simples tarefa esconde-se um processo metodológico complexo, o qual não pode ser reduzido à simples subsunção.

Ora, vencidos os imponderáveis, é possível perfilhar, *prima facie* e em termos práticos, que o valor último da jurisprudência resulta, a dois momentos, tanto (i) no plano de autonomia reconhecido ao juiz na decisão do caso, *vis-à-vis* o cumprimento da tarefa de interpretação e aplicação dos enunciados normativos relevantes (*intra muros*), como (ii) na extrapolação do valor desta sua decisão singular, no caso em apreço, para outras, especialmente aquelas provindas de um tribunal com a mesma autoridade (*extra muros*, portanto)⁽⁶⁾.

(5) GEORGE P. FLETCHER/STEVE SHEPPARD, *American Law in a Global Context: The Basics*, Oxford University Press: Oxford (2005), p. 80.

(6) Cf., o revogado, §12 ABGB, o qual limitava o valor da decisão ao caso individual; com a análise desta solução, v. FRANZ BYDLINSKI, *Hauptpositionen zum Richterrecht*, JZ, Ano 40, n.º 4 (15-Fev-1985), pp. 149-155 (pp. 149-150).

A negação desse papel, ou melhor, a equiparação do julgador a outro jurista, enquanto simples intérprete, falha, desde logo, no plano prático: quem julga, decide e, se o faz em última instância, decide *definitivamente* — aí ocorre um inevitável *stare decisis (et non quieta movere)*; “a decisão é fixada”. Nos limites do sistema, *i. e.*, esgotadas as vias jurisdicionais de recurso, a *interpretação autêntica*, a ocorrer, é assumida como um risco inevitável, suportado pelo visado, defronte a inexistência de nova instância de reapreciação do caso. Bem vistas as coisas, a própria força do *trânsito em julgado* de uma decisão, enquanto decisão final provida de um órgão de soberania — recorde-se: são os tribunais constitucionalmente incumbidos de *administrar a justiça em nome do povo* (202.º CRP e art. 2.º/1 LOSJ) — reside na *definitividade* da decisão e, por arrastamento, da interpretação das regras jurídicas que nela foram consideradas, independentemente — e este é o ponto fundamental a considerar — da sua validade, bondade e, até, da respetiva adequação.

1.1. A valorização do papel do julgador (*intra muros*) e da sua decisão (*extra muros*)

II. Neste contexto, toda a querela quanto ao *valor* da jurisprudência, pode (e deve) ser recentrado, num plano superior de abstração, para a avaliação do papel da jurisprudência no *desenvolvimento do Direito*. Perguntar-se-á, no fim de contas, qual o vero papel do julgador no nosso sistema? Haverá lugar a um, chamemos-lhe assim, *Direito jurisprudencial (Richterrecht; à letra Direito do juiz)*? A resposta a esta questão constitui ensejo adequado, numa primeira fase, desta nossa reflexão.

Ora, antecipando as nossas conclusões, a resposta a esta questão é, por nós, negativa. Determinantemente negativa, mas com as nuances carreadas pela complexidade da matéria. A fundamentação da nossa resposta principia pelo facto de qualquer proposta, neste campo, não poder atentar contra o princípio da separação de poderes, na tríade clássica proposta por MONTESQUIEU (1689-1755)⁽⁷⁾. Mas também não se prende por uma leitura

(7) CHARLES-LOUIS DE SECONDAT, BARÃO DE LA BRÈDE E DE MONTESQUIEU: *Il y a dans chaque État trois sortes de pouvoirs: la puissance législative, la puissance exécutive des choses qui dépendent du droit des gens, et la puissance exécutive de celles qui dépendent du droit civil. Par la première, le prince ou le magistrat fait des lois pour un temps ou pour toujours, et corrige ou abroge celles qui sont*

rígida daquele princípio (essoutra visão seria adversa, p. ex., à possibilidade, atual e incontestada, de o *Executivo* legislar, através dos *Decretos-Leis*) ou, por outro lado, ao papel reconhecidamente desempenhado pelo juiz na *revelação* do Direito (*law in books*) e, nessa medida, de *aperfeiçoamento* dinâmico do enunciado normativo (*law in action*)⁽⁸⁾. Deste último aspeto, é paradigmático o papel determinante (e digno de enaltecimento) desempenhado pela jurisprudência administrativa num sentido geral de orientação da Administração Pública, quanto à melhor interpretação e aplicação da lei.

Numa leitura mais aprofundada, se realizada uma radiografia ao nosso sistema, saltam à vista vários motivos favoráveis ao reconhecimento de um papel *ativo* à jurisprudência no plano do desenvolvimento do Direito, embora não enquanto uma fonte de Direito *tout court*. Ora, estes fatores podem ser condensados, numa primeira proposta, a dois níveis ou propósitos, numa dualidade que comprova a valorização do papel da decisão judicial, a saber:

- i) no impedimento da *contradição de julgados*; e
- ii) na liberdade reconhecida ao julgador na aplicação do Direito.

Primeiramente, (i) impedir a *contradição de julgados* é valorizar a decisão judicial individual, uniformizando as demais pelo sentido inicial imposto por outra, anterior, quanto à mesma questão. Ao se evitar o *conflito de jurisprudência*, salvaguarda-se a segurança e certeza jurídicas e, em simultâneo, valoriza-se *externamente* a decisão (ainda que não formalmente); em segundo lugar, (ii) na *liberdade reconhecida ao julgador* recentra-se o papel do juiz como intérprete no processo aplicativo. Reconhece-se ao juiz um papel destacado no desenvolvimento da *Ciência Jurídica*, extravasando, portanto, o de mero autómato e agente acrítico na sub-

*faites. Par la seconde, il fait la paix ou la guerre, envoie ou reçoit des ambassades, établit la sûreté, prévient les invasions. Par la troisième, il punit les crimes, ou juge les différends des particuliers. On appellera cette dernière la puissance de juger, et l'autre simplement la puissance exécutive de l'État (De l'esprit des lois, 1748, revisto por Laurent Versini, Gallimard: Paris, 1995, p. 112). Cumpre notar que, sem prejuízo da preocupação francesa inicial, ao tempo da Revolução de 1789, com os *arrêts de règlement* dos tribunais reais — os quais, durante o Antigo Regime era precisamente de fonte de enorme iniquidade, tanto por se fundarem em pura arbitrariedade como pela defesa incessante da aristocracia —, ainda hoje a *Cour de Cassation* pode proferir *arrêts de principe*, numa linha equivalente aos nossos atuais acórdãos de uniformização de jurisprudência (sobre a evolução desta matéria, v., com referências, entre nós, DÁRIO MOURA VICENTE, *Direito Comparado*, 5.^a, Vol. I, Almedina: Coimbra, 2022, pp. 171-174).*

(8) Neste sentido, para LARENZ/CANARIS a primeira interpretação de uma norma, ao considerar um dos significados de entre os vários possíveis, elimina uma incerteza anteriormente existente e é, em si, um *desenvolvimento* da norma (*Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3.^a ed., Springer: Berlim, Heidelberg, 1995, p. 188).

sunção jurídica, na anacrónica proposta da Escola da Exegese⁽⁹⁾. Com isto, valoriza-se *internamente* o papel do julgador na decisão do caso. Vejamos cada um destes fatores em maior detalhe.

a) Impedimento ao conflito de jurisprudência

III. É costume afirmar-se que os Tribunais são órgãos independentes, independência essa inclusivamente exercida na relação estabelecida entre si. Mais: a autonomia dos Tribunais não é posta em causa pelo facto de se encontrarem organizados, por motivos de competência, numa *relação hierárquica*, ou seja, ordenados por *instâncias* (209.º/1 CRP): essa relação hierárquica esgota-se no dever de acatamento pelo Tribunal *a quo* da decisão proferida pelo Tribunal superior por via de recurso, sem concomitantemente lhe reconhecer qualquer relação de *subordinação*⁽¹⁰⁾. Todavia, as decisões judiciais, especialmente aquelas que incidam sobre a mesma questão de Direito, não convivem em espaços de dicotomia, de plena autonomia, enquanto ilhas isoladas de entendimentos inconciliáveis: como vimos, a unidade do sistema é adversa a decisões substancialmente diferentes sobre a mesma situação jurídica, ainda para mais no domínio e durante a vigência da mesma legislação. Neste contexto, *profetiza-se*, seja-nos permitido o termo, no Código Civil, o dever de o julgador tomar em consideração todos os casos que mereçam tratamento análogo, a fim — atente-se a este aspeto — de obter uma *interpretação e aplicação uniformes do direito* (8.º/3 CC, *in fine*)⁽¹¹⁾. Ora, a *praxis* acompanhou o repto: na

(9) Nas palavras de OLIVEIRA ASCENSÃO: [q]uando um código é publicado, o facto de trazer a solução dos problemas mais debatidos conduz a confundir lei e direito: a tendência é cair-se na exegese» (*A Tipicidade*, p. 233). A competência reconhecida ao julgador neste campo pode ser configurada gradativamente, entre os polos do simples autómato de execução das prescrições legais ao reconhecimento de um papel de *juiz-legislador*: o sistema jurídico convive com a atuação do juiz em diferentes capacidades. Para reputados A., como VAZ SERRA, para quem o juiz «não é senão o executor da lei», devendo prescrever a lei injusta — ou seja, para os defensores de um papel mais restrito da jurisprudência no desenvolvimento do Direito — reconhece-se, concomitantemente, um considerável «campo de acção» na interpretação da lei e do domínio da lacunas (VAZ SERRA, *O papel do juiz na interpretação da lei*, Discurso do Ministério da Justiça, BMJ, de 26 de novembro de 1940, pp. 5-12).

(10) Cf. o art. 4.º/1 do Estatuto dos Magistrados Judiciais, aprovado pela Lei n.º 21/85, de 30 de julho, na sua redação atual. Contrariamente, a Magistratura do Ministério Público é hierarquizada; cf. o art. 97.º/1 do Estatuto do Ministério Público, aprovado pela Lei n.º 68/2019, de 27 de agosto, na sua redação atual, e o art. 9.º/2 da Lei da Organização do Sistema Judiciário, aprovado pela Lei n.º 62/2016, de 26 de agosto, na sua redação atual.

(11) Daí que NEUNER aponte a existência de um fonte de Direito factual, à luz da conduta assumida pelas pelos Tribunais nas decisões judiciais subsequentes àquela inicial (NEUNER, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 12.ª ed., C.H.Beck: Munique, 2020, §4, Nm. 13, pp. 24-25).

prática, os tribunais inferiores e, bem assim, os demais operadores jurídicos, guiam-se pela jurisprudência dos tribunais em casos comparáveis, especialmente a dos tribunais superiores. O sentido de decisão não é, todavia, vinculado⁽¹²⁾. O que se acaba de dizer acarreta várias consequências. Uma delas — talvez a mais insuspeita — é a de que o legislador não ignora a possível verificação espontânea de uma *contradição de julgados*. Este é um subproduto, tão inevitável como indesejado, de um sistema judiciário verdadeiramente livre (*quot capita, tot sensus*; “quantas cabeças, tantas sentenças”)⁽¹³⁾. Todavia, consciente dos efeitos nefastos desse efeito (o tal conflito de jurisprudência) tenta-se (1) *preveni-lo* e, quando ocorre, (2) *corrigi-lo*. Vejamos em que termos.

[1. Prevenção do conflito de jurisprudência] Em primeiro lugar, a título *preventivo* de contradição de julgados, perante uma demanda em curso, emerge (i) a possibilidade de invocação das exceções de *litispêndência* e de *caso julgado* (580.º/2 CPC), impedindo-se que o tribunal conheça o mérito da causa (576.º/1 CPC); no caso julgado concorre ainda uma vertente positiva, de *autoridade de caso julgado*⁽¹⁴⁾. Todas as figuras visam, em suma, evitar que o tribunal *contradiga* uma decisão anterior ou uma parte fundamental desta. Por outro lado, a própria contradição de julgados, perante uma decisão já tomada, mas não transitada, também é prevenida pelo facto de esta (ii) ser um dos fundamentos da admissibilidade do recurso ordinário, independentemente do valor da causa e da sucumbência, *i. e.*, quando essa contradição, ao nível de acórdãos da Relação, se centrar «no domínio da mesma legislação e sobre a mesma questão fundamental de direito» [629.º/1, *d*] CPC]; por acréscimo, a contradição de julgados, nos termos já descritos, é também (iii) um dos fundamentos para a ampliação da revista, caso em que o julgamento do recurso ordinário de revista para o Supremo Tribunal de Justiça se faz com a intervenção do pleno das secções cíveis (686.º CPC) e, bem assim, (iv) da admissibilidade

(12) Pese embora a liberdade do julgador de entender de forma diametralmente diversa, essa alteração de sentido fundamental afecta de forma considerável o princípio da segurança jurídica: assim o entendeu expressamente o TEDH (proc. n.º 30123/10, de 30 de julho de 2015), num caso de contradição de julgados.

(13) Para THOMAS SOWELL, «[o]s Tribunais são as instituições menos aptas a monitorizar continuamente as ramificações das suas decisões e a menos incentivadas a admitir estar erradas, muito menos a contrariar o seu próprio precedente e mudar»; *Judicial Activism Reconsidered*, Hoover Institution, Stanford University, pp. 1-38 (21).

(14) Cf. RUI PINTO, *Exceção e autoridade de caso julgado: algumas notas provisórias*, ROA, Ano 78, n.º 1-2 (Jan-Jun 2018), pp. 377-414; LEBRE DE FREITAS, *Um polvo chamado autoridade do caso julgado*, ROA, Ano 79, n.º 3-4 (Jul-Dez. 2019), pp. 691-722.

da revista excepcional para o Supremo Tribunal de Justiça, superando, neste último caso, a famosa regra da *dupla conforme* [671.º/3, 672.º/1, c) CPC].

[2. Correção da contradição de julgados] Em segundo lugar, para se nulificar a contradição de julgados, entretanto verificada, o legislador estabelece (i) uma ordem de prioridade entre as decisões, à razão da sua antiguidade, preferindo aquela que haja transitado em julgado em primeiro lugar (625.º/1 CPC). Fundamentalmente — devemos destacar este aspeto — as partes podem (ii) interpor recurso para uniformização de jurisprudência, julgado pelo pleno das secções cíveis, quando a contradição de julgados, naturalmente, se verificar entre acórdãos proferidos pelo Supremo Tribunal de Justiça (688.º/1 CPC) — solução estendida a outros domínios, nomeadamente no Ramo Penal⁽¹⁵⁾, o Administrativo⁽¹⁶⁾ e o Laboral⁽¹⁷⁾. Não se trata de uma prerrogativa *preventiva* da contradição de julgados *per se*, conquanto este recurso (extraordinário), contrariamente aos de apelação e de revista (ordinários, 627.º/2 CPC), supõem o trânsito em julgado da decisão recorrida (689.º/1 CPC). Afinal, cumpre recordar, o trânsito em julgado ocorre somente quando a decisão não seja suscetível de recurso *ordinário* ou de reclamação (628.º CPC).

Acolhida a proposta de CASTANHEIRA NEVES⁽¹⁸⁾, pôs-se termo, num primeiro momento, aos antigos assentos do STJ, com força obrigatória geral (tendo sido revogado o art. 2.º CC)⁽¹⁹⁾, e, posteriormente, através da reforma de 1995 ao Código de

⁽¹⁵⁾ Assim se prevê no art. 437.º CPP.

⁽¹⁶⁾ Cf. o disposto no artigo no art. 152.º CPTA. Cumpre distinguir estas decisões do STA daquelas mediante as quais se declara a ilegalidade de normas que violem disposições genéricas do Direito Administrativo (72.º, 73.º/3 e 76.º CPTA).

⁽¹⁷⁾ Atendendo à remissão constante do art. 1.º/2, a) CPT. ROMANO MARTINEZ dá-nos nota de uma outra especificidade, nomeadamente a do acórdão do STJ que se pronuncie sobre questões de anulação ou de interpretação de cláusulas de convenções coletivas de trabalho, ao qual foi conferido o valor de jurisprudência uniformizada (186.º CPT; *Introdução*, p. 168, com referências na respetivas nr. 200).

⁽¹⁸⁾ CASTANHEIRA NEVES, *O instituto dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais*, Coimbra Editora: Coimbra (2014, reimp.), *passim*. Do Ilustre Professor destaca-se uma famosa anotação de uma primeira decisão do TC quanto à inconstitucionalidade da força dos assentos — acórdão esse que ROMANO MARTINEZ considerou “inconclusivo” (*Introdução*, p. 155, nr. 169) —, intitulado «[o] problema da constitucionalidade dos assentos: comentário ao acórdão n.810/93 do Tribunal Constitucional» (Coimbra Editora: Coimbra, 1994).

⁽¹⁹⁾ Uma breve nota para o caso português, onde é longa a tradição jurídica que os assentos carream desde o tempo das Ordenações Manuelinas (livro V, tít. 58, §1) e Filipinas (livro I, tít. 4, §5). Após um vazio legislativo, a figura é recuperada em 1926 pela belíssima reforma processual conduzida por JOSÉ ALBERTO DOS REIS (vejam-se os assentos da Casa da Suplicação, no reinado de D. Manuel I; cf., MARTIM DE ALBUQUERQUE, *Para a história da legislação e jurisprudência em Portugal: os livros de registo de leis e assentos dos antigos tribunais superiores*, Estudos em Homenagem ao Profs. Doutores M. Paulo Merêa e G. Braga da Cruz, Vol. II, Universidade de Coimbra: Coimbra, 1982, pp. 623-653;

Processo Civil⁽²⁰⁾, criaram-se os *acórdãos de uniformização de jurisprudência*. Ora, o valor acrescido dos acórdãos de uniformização de jurisprudência é indiscutível e deve ser considerado: esta decisão judicial *qualificada permite* (e até, por vezes, *obriga*)⁽²¹⁾ o recurso das decisões tomadas contra si e impede o recurso extraordinário das decisões conformes à orientação fixada⁽²²⁾. O custo da revisão de um entendimento fixado é também elevado para o próprio Supremo Tribunal de Justiça: o nosso Tribunal Supremo sujeita-se, quando decida de forma contrária a uma decisão “fixada” nos termos *supra* descritos, a julgamentos ampliados de revista (686.º CPC) e a recursos extraordinários para uniformização de jurisprudência (688.º/1 CPC).

b) Liberdade reconhecida ao julgador na aplicação do Direito

IV. O labor dogmático implicado na aplicação diária dos quadros do sistema exige tanto a repartição de competências como a especialização dos operadores jurídicos. Daí que seja possível, com alcance prático, distinguir entre lei formal, provinda do Parlamento ou do Governo, e a *Ciência do Direito*, enquanto estudo do Direito com vista à sua aplicação.

GALVÃO TELLES, *Introdução ao Estudo do Direito*, Vol. I, 11.ª ed., Coimbra Editora: Coimbra, 2020, pp. 85-95; BRONZE, *Lições de Introdução ao Direito*, 3.ª ed., Gestlegal: Coimbra, *maxime* pp. 703-713). Entre nós e entre os apologistas do sistema atual, contrários à reprivatização os antigos *assentos* — estamos em crer que a mais-valia desse modelo em muito supera as suas desvantagens —, é clara a convergência quanto ao reconhecimento de um papel secundário à jurisprudência na Ciência Jurídica. Todavia, não foi este o caminho que se entendeu percorrer. Na verdade, o Tribunal Constitucional, em 1996 (cf. ac. TC n.º 743/96, de 28 de maio), declarou a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da leitura do artigo 2.º do Código Civil, quando este preceito permitia ao tribunais fixar doutrina com força obrigatória geral. Todavia, nessa decisão o Tribunal Constitucional permitiu, a dois momentos, (i) ao Supremo fixar uma orientação vinculativa para os demais tribunais e (ii) a conversão do valor dos *assentos* para os atuais *acórdãos de uniformização de jurisprudência*. Entre nós, são vários os AA. críticos à revogação dos assentos: do lado dos jusprivatistas, veja-se, por todos, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, em anot. ao ac. STJ de 31-Jan-1996, ROA 56 (1996), 307, ss., bem como MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Sobre a constitucionalidade da conversão do valor dos assentos*, pp. 707-718); da bancada dos juspublicistas, destaca-se FREITAS DO AMARAL (*Introdução ao Estudo do Direito*, I, 464). A questão fundamental reside na compatibilidade do valor dos assentos, atendendo ao texto constitucional (em concreto ao art. 112.º/5 CRP, produto da reforma constitucional de 1982; note-se que, para MENEZES CORDEIRO, este preceito não tem efetiva substância, *Tratado*, Vol. I, p. 667).

⁽²⁰⁾ Cf. o preâmbulo do Decreto-Lei n.º 329-A/95, de 12 de dezembro, onde consta a identificação do problema: «[q]uestão de particular complexidade é a que decorre da criação dos mecanismos processuais adequados à fixação de jurisprudência na área do processo civil, face às dúvidas reiteradamente afirmadas pela doutrina sobre a natureza «legislativa» — e a constitucionalidade — dos assentos e à necessidade de harmonizar o regime do actual recurso para o tribunal pleno com o decidido pela jurisprudência constitucional no Acórdão 810/93, de 7 de Dezembro».

⁽²¹⁾ Cf. o disposto no art. 691.º CPC. O mesmo sucede no domínio penal, quanto ao recurso extraordinário para fixação de jurisprudência do acórdão proferido em último lugar, o qual, quanto à mesma questão de Direito, assentem em soluções opostas (437.º/5 CPP).

⁽²²⁾ MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, Vol. I, p. 666.

No exemplo expressivo de MENEZES CORDEIRO — cuja ilação somos levados, novamente, a concordar —: «[n]inguém se lembraria de pedir ao Parlamento uma lei a explicar a natureza ética ou puramente psicológica da boa-fé na acessão»⁽²³⁾.

Aqui chegados, são vários os fatores que permitem atribuir um *papel qualificado* ao julgador; no fundo o reconhecimento de um espaço de autonomia judicial na aplicação do Direito. Essa liberdade pode melhor ser ilustrada a dois momentos:

- i) no poder de controlo da validade dos enunciados normativos;
- ii) na competência discricionária reconhecida ao julgador.

Em rigor, os Tribunais judiciais podem recusar-se a aplicar uma dada norma com fundamento na respetiva *inconstitucionalidade* (204.º CRP)⁽²⁴⁾. Isto não significa que os fundamentos dessa recusa sejam livres, ou seja, provenham de critérios *à margem* do sistema. Todavia, cumpre reconhecer que esta competência (a de recusa da aplicação de determinada norma com base na sua inconstitucionalidade) atesta o facto de os tribunais não serem um instrumento mecânico subjuntivo de uma aplicação “acrítica” dos enunciados normativos; essa conclusão só se atinge com uma leitura manifestamente superficial do dever de sujeição dos tribunais à lei (203.º CRP, 8.º/2 CC). Por outro lado, (ii) não é possível, por motivos vários e em todas as situações, ao legislador antecipar os critérios concretos e rígidos pelo qual o julgador se deve guiar na ponderação inerente à decisão do caso. Por vezes, o interesse circunstancial é precisamente oposto a uma tal fixação rígida do critério de decisão: isso resulta clarividente, a três momentos, a saber: (a) do crescendo de poderes de composição da instância reconhecidos ao tribunal ao abrigo da *jurisdição voluntária* — onde o tribunal não está sujeito a critérios de legalidade estrita (987.º CPC) —, bem como, quanto ao critério de decisão, quanto o tribunal é chamado a decidir, glo-

⁽²³⁾ MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, Vol. I, p. 663.

⁽²⁴⁾ Esta prerrogativa deve ser completada com aquela reconhecida ao Tribunal Constitucional de declarar, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade ou a ilegalidade de *normas*, em processo de *fiscalização abstrata preventiva* (278.º e 279.º CRP), de *fiscalização abstrata sucessiva* [281.º/1, a) CRP], ao fim de três casos concretos em que a norma tenha sido julgada inconstitucional (281.º/3 CRP). Num sentido claramente marcante, esta decisão pode revelar a regra em vigor, tal como por via da repristinação da anterior (ROMANO MARTINEZ, *Introdução*, p. 169); com interesse e quanto ao efetivo objeto de controlo (entre normas ou também, em especial, as decisões judiciais), v., por todos, AFONSO BRÁS, *O conceito funcional de norma na jurisprudência do Tribunal Constitucional: a fronteira entre o controlo de norma e o controlo de decisão*, Almedina: Coimbra (2023), *passim*.

balmente, através (b) da *equidade*⁽²⁵⁾ ou, *no particular*, mediante o recurso a instrumentos como a (c) *mobilidade do sistema*⁽²⁶⁾.

Acima de tudo, (iii) a criatividade do julgador é chamada determinantemente à colação, quanto o tribunal é obrigado a decidir mesmo que não exista, em concreto, uma regra jurídica aplicável: a proibição do *non liquet*, obriga-o a integrar a lacuna mediante a analogia ou, caso falte o caso análogo — e este é precisamente o caso mais expressivo — a assumir o papel de *juiz-legislador*⁽²⁷⁾, *gizando a norma que o próprio intérprete criaria* (10.º/3 CC) — curiosamente foi esta a luz da solução preconizada há mais de um século pelo Código Civil suíço de 1907 [§1 (2) ZGB]⁽²⁸⁾.

Nestes termos, ficam abertas as comportas para a distinção pertinente entre aquilo que possa ser considerado o desenvolvimento *implícito* do Direito — ou seja, quando o juiz gera *concretiza, matiza, desenvolve* a norma positivada, em resultado do processo interpretativo — dos casos, porventura mais graves, em que não existe norma positivada alguma, a qual sirva de referencial último à interpretação, e o juiz é chamado a desenvolver *explicitamente* o Direito⁽²⁹⁾. Neste último caso, resta determinar os parâmetros, balizas, enfim, os limites do método erigido, especificamente se estamos ainda dentro dos quadros do sistema ou noutra ordem valorativa superior (p. ex., de *Direito Natural*)⁽³⁰⁾, sob pena de trespasse indevido para um método permeável às conceções morais de quem julga⁽³¹⁾; situação essa tão indesejada como iníqua.

(25) Especialmente a equidade *autónoma* ou *substitutiva* da lei, contrariamente à meramente *complementar*; cf., por todos, a anot. recente ao art. 4.º CC por PEDRO MÚRIAS (*Comentário ao Código Civil*, 2.ª ed., UCP Editora: Lisboa, 2023, p. 33, Nm. 4). Reservamos o aprofundamento desta matéria para um momento posterior.

(26) A defesa da mobilidade foi famosamente defendida por WALTER WILBURG em 1950 (*Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht*). Contrariamente ao postulado por vários AA., CANARIS rejeita a sua importação acrítica para o domínio da responsabilidade civil (*Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*, 3.ª ed., tradução de António Menezes Cordeiro, Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, pp. 137-138; *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, C. H. Beck: Munique, 1971, *maxime* p. 302, ss.).

(27) JOSÉ H. SARAIVA, *Apostilha crítica ao Projeto de Código Civil*, Separata da ROA (1966), pp. 141-144.

(28) Determina o preceito: [s]e não puder ser inferida nenhuma disposição da lei, o tribunal deve decidir com base no direito consuetudinário e, na ausência deste, segundo a regra que estabeleceria como legislador («*Kann dem Gesetz keine Vorschrift entnommen werden, so soll das Gericht nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die es als Gesetzgeber aufstellen würde*»; tradução nossa). Encontramos rudimentos desta nossa solução no Código Civil português de Seabra de 1867 (art. 16.º); cf., a propósito, VAZ SERRA, *O papel do juiz na interpretação da lei*, Discurso do Ministério da Justiça, BMJ, de 26 de novembro de 1940, pp. 5-12.

(29) Fundamental, quanto a este aspeto, FRIEDRICH MÜLLER, *Richterrecht*, p. 78.

(30) OLIVEIRA ASCENSÃO, *Tipicidade*, p. 239.

(31) EHRLICH, *Freie Rechtsfindung und Freie Rechtswissenschaft*, Hiersfeld: Leipzig (1903), p. 13, ss.

1.2. O método de desenvolvimento judicial do Direito

V. KARL LARENZ, num escrito de 1974, provocatoriamente intitulado na interrogativa de “[o] Juiz como legislador?” (*Der Richter als Gesetzgeber?*)⁽³²⁾ — inspiração direta deste estudo e cujo título replicamos — investigou precisamente o papel do juiz no desenvolvimento do Direito (*richterliche Rechtsfortbildung*)⁽³³⁾ e concluí expressivamente da seguinte forma: «[q]uando não se trata realmente de problemas jurídicos — isto é, de problemas que decorrem precisamente da ideia de Direito e da base da ordem jurídica em vigor —, mas de problemas factuais de natureza diferente, só o legislador é chamado a decidir. Tanto quanto me é dado ver, este limite não foi, de qualquer modo, ultrapassado pelos tribunais. Deve continuar assim»⁽³⁴⁾. Não vemos senão como concordar. Vejamos agora o *porquê*.

Nos sistemas de *Civil Law*, a tarefa do jurista fica geralmente concentrada na identificação do *enunciado normativo* aplicável ao caso, enfim, a “*norma do caso*”⁽³⁵⁾ (aquilo que a doutrina tedesca designa por *Rechtsatz*)⁽³⁶⁾. Esse caminho tenebroso percorre-se pela análise das soluções vigentes, nas leis positivas (seja pelos Códigos ou por legislação avulsa); nesse campo, *Direito e legalidade* tornam-se realidades indissociáveis⁽³⁷⁾. Ora, toda esta questão pode ser recentrada, num grau superior de abstração, quanto

(32) V. o estudo inicial de MEIER-HAYOZ, *Der Richter als Gesetzgeber*, Rurich (1951). De LARENZ, como bons exemplos dos desenvolvimento judicial do Direito, cf. *Kennzeichen geglücker richterlicher Rechtsfortbildungen*, Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe, Vol. 64, C.F. Müller: Karlsruhe (1965), *passim*. Cf., ainda, GSCHNITZER, *Schafft Gerichtsgebrauch Recht?*, FS zur Hundertjahrfeier des Österreichischen Obersten Gerichtshofes 1850-1950 (1950), pp. 41-54 (40); WIEACKER, *Gesetz und Richterkunst: zum Problem der aussergesetzlichen Rechtsordnung*, C.F.Müller: Karlsruhe (1958); FLUME, *Richter und Recht (Verhandlungen des 46. Deutschenjuristentage)*, C.H.Beck: Munique (1967); ESSER, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Mohr Siebeck: Tubinga (2022, reimp.); H. KÖHLER, *Gesetzesauslegung und „gefestigte höchstrichterliche Rechtsprechung“*, Juristische Rundschau, 2 (1984), pp. 45-48 (45).

(33) Com menor adesão, são conhecidas as expressões tedescas equivalentes de “*schöpferische Rechtsfindung*” e de “*gesetzesfreie richterliche Tätigkeit*” (MEIER-HAYOZ, *Der Richter als Gesetzgeber*, 1951, p. 38; FRIEDRICH MÜLLER, *Richterrecht*, Schriften zur Rechtstheorie, Vol. 119, Duncker & Humblot: Berlin, p. 9, nr. 1).

(34) «*Wo es nicht eigentlich um Rechtsprobleme geht — d. h. um Probleme, die sich gerade vom Gedanken des Rechts und vom Boden der geltenden Rechtsordnung her stellen —, sondern um Sachprobleme sonstiger Art, ist der Gesetzgeber allein zur Entscheidung berufen. Diese Grenze ist von den Gerichten, soweit ich sehe, bisher in keinem Fall überschritten worden. Dabei sollte es bleiben*». (ob. cit., p. 45).

(35) Expressamente favorável a esta metodologia, v., entre nós, NOGUEIRA DE BRITO, *Introdução*, p. 142.

(36) Num sentido próximo, mas não inteiramente coincidente, v. o conceito de *máxima de decisão* (cf., com críticas, OLIVEIRA ASCENÇÃO, *O Direito. Introdução e Teoria Geral*, 13.^a ed., Almedina: Coimbra, 2005, reimp., pp. 318, 498).

(37) Cf., a propósito, o texto da conferência proferido na Ordem de Advogados por MARCELO CAETANO, dedicado ao tema «[o] respeito da legalidade e a justiça das leis», (*o Direito*, n.º 1, Ano 81, pp. 5-23).

ao papel a reconhecer ao julgador no *plano interpretativo*, ou seja, na fixação última *do sentido* dos enunciados normativos. Suscita seríssimas reservas — ou, pelo menos, uma tal leitura extremada tem-se por ultrapassada — ser possível o julgador decidir validamente *contra legem*, ao abrigo de uma qualquer concepção corretiva do espírito positivista, tal como fora defendido por KANTOROWICZ, um dos mais fevrosos adeptos da Escola de Direito Livre⁽³⁸⁾. Todavia, a realidade, mais uma vez, é prova rainha do inverso.

Desde logo, é difícil conceber como pode uma extensão da norma excecional não ser, em si, a criação material de uma nova norma. Outros casos, não são tão evidentes mas partilham da mesma *ratio*, tal como a *redução teleológica* do enunciado. Em todo o caso, estamos perante operações de *aperfeiçoamento* dos enunciados normativos, numa fase *dinâmica* de aplicação do Direito.

No domínio da responsabilidade civil, várias figuras ganham concretização jurídica pelo punho direto do julgador. Haveria aqui, aliás, uma correlação a explorar, entre a antiguidade da lei e uma necessidade proporcional de maior ativismo judicial, no sentido de que quanto maior for a desatualização do texto legal, maior se tornam as necessidades do tráfego jurídico relativamente a uma solução não tipificada⁽³⁹⁾.

Em França, a responsabilidade objetiva do condutor por acidente automóvel é afirmada, pela primeira vez, em 1930, *na falta de uma previsão expressa* (o Código Civil francês de 1804 previa apenas responsabilidade pessoal e por factos imputáveis a pessoas ao cuidado do lesado ou por coisa à sua guarda; à data, os arts. 1382 a 1386 CCfr)⁽⁴⁰⁾; o mesmo se diga quanto à figura do abuso do direito⁽⁴¹⁾.

(38) O movimento do Direito Livre teve a sua génese na Alemanha por volta do ano de 1903. Desde a sua concepção, esta Escola visou combater o positivismo cerrado, apelando, entre outros aspetos, à insuficiência da lei enquanto fonte única de Direito. O A. mencionado, HERMANN KANTOROWICZ, pertence a uma terceira fase desse movimento (v., deste A., *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, Nomos: Baden-Baden, 2002, reimp. da obra de 1906); cf., com críticas a este movimento, ENGISCH, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, 11.ª ed. (trad. Baptista Machado), Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 2014, p. 364. A moderação desta proposta — motivada precisamente por violenta discordância quanto à possibilidade de decisões judiciais *contra legem* — surge através da ponderação (*Abwägung*) do *interesse* em conflito para suprir as insuficiências do modelo preconizado pelos positivistas radicais; recorde-se, numa das posições mais estremadas, o positivismo assentaria num pensamento lógico dedutivo puro, mediante o apelo a fórmulas matemáticas; pensamento esse difícil de compreender e, quanto ao resultado útil, mais difícil ainda de justificar. No rescaldo da querela surgiria um meritório contramovimento, mais moderado, por certo, conhecido, entre nós, por *jurisprudência dos interesses* (cf., por todos, a obra fundamental de PHILIPP HECK, *Das Problem der Rechtsgewinnung*, 2.ª ed., Mohr: Tubinga, 1932, *passim*). Com um esplêndido apanhado sobre a evolução da matéria, v., entre nós, GALVÃO TELLES, *Introdução ao Estudo do Direito*, Vol. II, 10.ª ed., Coimbra Editora: Coimbra (2010, reimp.), pp. 247-258.

(39) DÁRIO MOURA VICENTE, *Direito Comparado*, I, p. 177.

(40) Cf. a decisão da *Cour de Cassation*, de 13 de fevereiro de 1930 (*Veuve Jan'heur c. Les Galeries Belfortaises*). Com a análise desta decisão, entre nós, cf. DÁRIO MOURA VICENTE, *Direito Comparado*, I, pp. 171-172.

(41) A conclusão é de DÁRIO MOURA VICENTE, *Direito Comparado*, I, p. 173 (com referências na nr. 572).

Na Alemanha, a paternidade pela consagração — ainda que não pela concepção — de institutos como a responsabilidade por *culpa in contrahendo*, pela *violação positiva do contrato* ou, ainda, pela violação dos deveres de segurança no tráfego (*Verkehrssicherungspflichten*) é também atribuída à jurisprudência alemã⁽⁴²⁾.

Mais tenebroso é constatar os vários desenvolvimentos do Direito que tiveram lugar inteiramente fora do perímetro dos quadros do sistema legal vigente, ou seja, inteiramente *contra legem* (ainda que não *contra ius*).

Assim se passou, p. ex., em França, com a consagração da solidariedade dos codevedores nas obrigações comerciais, em derrogação direta do disposto no Código Civil francês (art. 1310 CCfr). Além-Reno, o Tribunal Constitucional Federal alemão (*Bundesverfassungsgericht*) foi chamado a pronunciar-se sobre a competência dos tribunais para o desenvolvimento do Direito além do sentido literal das leis, incluindo para criar normas “novas” e instituições jurídicas, válidas enquanto “Direito judicial” (*Richterrecht*). Estava em causa uma decisão do BGH, na qual este tribunal havia admitido indemnizar os danos não patrimoniais sofridos pelo lesado, por violação do seu direito geral de personalidade (*allgemeine Persönlichkeitsrecht*), *contrariando* (note-se) a exigência legal de norma expressa que permitisse essa tutela (§253 (1) BGB)⁽⁴³⁾. A decisão foi juridicamente boa, embora *contra legem*. Outro exemplo — apontado por E. PICKER⁽⁴⁴⁾ — provém da consagração na Alemanha da *doutrina do risco operacional* (*Betriebsrisikolehre*): se o empregador suportava o risco de perturbação relacionadas com acidentes, já o prejuízo inerente à perda de remuneração oriunda de uma greve que afetara o fornecimento de energia à cidade e impedira *outros* trabalhadores de comparecer, seria suportado pelos próprios trabalhadores (os quais não se encontram em greve). Neste caso, entendeu o *Reichsgericht*⁽⁴⁵⁾ afastar as regras do Código Civil e isso sujeitou-o a pesadas críticas, entre as quais a famosa indignação de OPPERMANN perante a emergência da Escola do Direito Livre: «[o] Código Civil está a morrer e o Tribunal do Império é o seu coveiro»⁽⁴⁶⁾.

Portugal, por seu turno, não é alheio a decisões corretivas do texto legal. Entre os vários exemplos possíveis de chamar à colação, veja-se, apenas no contexto do nosso Código Civil, a possibilidade de o cônjuge provar (note-se) *após* a aquisição que o bem adquirido na comunhão conjugal o foi com dinheiro ou bens próprios, por forma a que este adquira a qualidade de bem próprio. Isto, quando o Código Civil exige expressamente essa menção no título aquisitivo [1723.º, c) CC, *in fine*]⁽⁴⁷⁾;

(42) FRIEDRICH MÜLLER, *Richterrecht*, p. 9. Sobre os deveres no tráfego, fundamental, entre nós e por todos, RUI ATAÍDE, *Responsabilidade civil por violação dos deveres no tráfego*, Almedina: Coimbra (2015), p. 13, ss.

(43) NJW 73, 1221.

(44) EDUARD PICKER, *Richterrecht oder Rechtdogmatik*, pp. 62-63.

(45) RGZ 106, 272, ss.

(46) «*Das BGB stirbt und das Reichsgericht ist sein Totengräber*»; OPPERMANN, *Arbeitsrecht*, 1925, p. 262.

(47) Cf. a decisão constante do ac. STJ, n.º 12/2015, de 13 de outubro: «[e]stando em causa apenas os interesses dos cônjuges, que não os de terceiros, a omissão no título aquisitivo das menções constantes do art. 1723º, c) do Código Civil, não impede que o cônjuge, dono exclusivo dos meios utilizados na aquisição de outros bens na constância do casamento no regime supletivo da comunhão de adquiridos, e

outro exemplo, no domínio da responsabilidade civil, decorre da possibilidade de ser concedida uma indemnização direta ao cônjuge do lesado (note-se *sobrevivo*, isto quando a Código Civil, mais uma vez, faz depender expressamente essa tutela reflexa da *morte* do lesado (496.º/4, 2.ª parte, quando se refere «no caso de morte»)(48).

Neste contexto, se a interpretação é a *tarefa imediata (nächste Aufgabe)*(49) da jurisprudência, ela não deixa de ser, esgotadas as vias de recurso, uma fonte de consolidação de entendimentos e, quando além do texto legal ou num sentido divergente com o enunciado, de criação *material* de lei. Se disto resulta (ainda) a aplicação da norma legal (*Rechtsnorm*) ou, ao invés, a criação de uma outra norma, provinda da decisão e nesta esgotada (uma tal *norma de decisão, Entscheidungsnorm*), sem força obrigatória geral, portanto, é matéria a aprofundar(50). Por outro lado, defronte de *cláusulas gerais e conceitos indeterminados* (ou seja, de normas com conteúdo indefinido), de *lacunas* do sistema (*i. e.*, na ausência de norma legal) ou, enfim, de *normas injustas*(51), não deixa de ser reconhecido um papel *ativo* à jurisprudência neste âmbito do desenvolvimento do Direito(52).

ainda que não tenha intervindo no documento aquisitivo, prove por qualquer meio, que o bem adquirido o foi apenas com dinheiro ou seus bens próprios; feita essa prova, o bem adquirido é próprio, não integrando a comunhão conjugal».

(48) Ac. STJ n.º 6/2014, de 22 de maio: «[o]s arts. 483.º, n.º 1 e 496.º, n.º 1 do Código Civil devem ser interpretados no sentido de abrangerem os danos não patrimoniais, particularmente graves, sofridos por cônjuge de vítima sobrevivente, atingida de modo particularmente grave».

(49) LARENZ/CANARIS, *Mehodenlehre der Rechtswissenschaft*, 2.ª ed., Springer: Berlim, Heidelberg (1995), p. 187.

(50) FRIEDRICH MÜLLER, *Richterrecht*, p. 6 (na nota prévia). Entre nós, v. JOÃO P. CHARTERS MARCHANTE, *Interpretação historicista e método jurídico, na obra de Menezes Cordeiro*, O pensamento Jurídico de Menezes Cordeiro, Almedina: Coimbra (2023), pp. 101-132 (111, 116-117).

(51) Esta prerrogativa é altamente debatida: pelo menos, a recusa da aplicação da norma com fundamento na respetiva inconstitucionalidade é admitida, sem grandes querelas, nos quadros do nosso sistema.

(52) Fundamental, entre nós e por todos, JOÃO P. CHARTERS MARCHANTE, *Das lacunas da lei, no Direito português, maxime, do disposto no art. 2023.º da CRP (“Os Tribunais [...] apenas estão sujeitos à lei.”)*, inédito, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa: Lisboa (2017), *passim*. Nas palavras de MENEZES CORDEIRO, «desde o momento em que existam conceitos indeterminados e se reconheça a possibilidade de lacunas, de princípios em contradição e de normas injustas por contrariedade ao sistema, não mais de pode negar o poder judicial legítimo de criar Direito» (*Tratado de Direito civil*, Vol. I, 4.ª ed., Almedina: Coimbra, p. 662). À luz do Código Civil de 1867, v. CABRAL DE MONCADA, *Integração de lacunas e interpretação da lei*, Revista de Direito e de Estudos Sociais, Ano 7, n.º 3, pp. 159-195 (183). Cf., ainda, quanto à rejeição da aplicabilidade de um simples mecanismo de subfunção no preenchimento de um conceito indeterminado, ANTÓNIO BARROSO RODRIGUES, *Recensão ao estudo Entwicklungstendenzen der heutigen Zivilrechtsdogmatik* de KARL LARENZ (JuristenZeitung, 1962), RDC, Ano VII (1, 2023), pp. 167-173.

VI. Aqui chegados, não será excessivo reconhecer, que o valor da jurisprudência em muito extravasa o simples poder persuasivo da fundamentação aduzida num caso singelo. Da nossa parte, o seu valor vai mais longe e alcança, de uma forma peculiar (porquanto não vinculativa *per se*), os demais casos onde a mesma questão de Direito se suscite. Doutra prisma, o valor da jurisprudência também não se reduz a uma função *reveladora do Direito* no caso, perante a insuprível incapacidade de o método jurídico se esgotar na *exegese* da lei escrita, nomeadamente em silogismos conclusivos. Bem vistas as coisas, a jurisprudência auxilia de igual forma a determinação do sentido da regra jurídica e no modo da sua aplicação em todas as situações *materialmente equivalentes*.

Neste contexto, não é despidendo recordar que as decisões de uniformização de jurisprudência não deixaram de ser, desde o tempo dos antigos assentos, publicadas na 1.ª série do Diário da República, nos vários domínios onde são proferidas (687.º/5, 695.º/1 CPC, 444.º/1 CPP, 152.º CPTA, 186.º CPT).

Outras propostas são de rejeitar, especialmente aquelas que impliquem um “deificação” do legislador, conferindo-lhe uma onisciência (inexistente), vencida pelo inevitável teste da realidade: o sistema jurídico, à imagem de qualquer fenómeno natural, evolui, e essa transformação contraria uma tal leitura redutora da capacidade do legislador em antever todos os problemas *quando* legisla. Mais: como prova da sua imperfeição, adentro da proliferação legislativa, verdadeiramente inabarcável, encontramos vários exemplos de clamorosa contradição ao nível das soluções tecidas (as regras de conflitos normativos são chamadas necessariamente à colação⁽⁵³⁾, cuja existência, aliás, confessa a existência do problema). Em suma, a interpretação dos enunciados normativos não se esgota, *rectius*, nunca se esgotou no sentido literal do texto legal. A tarefa hermenêutica é complexa e produz entendimentos *diversos* sobre o *mesmo* conjunto de palavras, como se sabe.

Ora, quando existe uma convergência de entendimento por parte de vários juízes — em especial, quando sejam formalmente convidados a pronunciarem-se sobre uma mesma questão de Direito (assim sucede no julgamento alargado ao pleno das secções), ou, mais raro, quando essa harmonização ocorre espontaneamente entre decisões individuais — aquilo que seriam decisões singulares “convergentes”, transforma-se em algo

(53) Sobre a tipologia dos critérios de solução dos conflitos de normas intrasistemáticos, V. JOAQUIM FREITAS ROCHA, *Constituição, ordenamento e conflitos normativos*, Coimbra Editora: Coimbra (2008), 295, ss.

maior, num verdadeiro entendimento *jurisprudencial constante* (*ständige Rechtsprechung, jurisprudence constante*)(⁵⁴). Há aqui, pelo prisma da estabilidade aplicativa do Direito, uma proximidade inevitável com a confiança que os operadores depositam na legislação vigente, de um certa *universalidade* (*Allgemeingültigkeit*). A proximidade com o *costume* é manifesta, no sentido de cada decisão atestar e enformar o processo normativo. Mais do que isto, emerge, estamos em crer, uma verdadeira *vinculação presumptiva* (*präsumtive Verbindlichkeit*)(⁵⁵), de que KRIELE falava, no sentido de *agravamento* do dever de fundamentação das decisões futuras, quando contrárias a um entendimento entretanto estabelecido(^{56/57}).

Claro está: ambas (a lei e a jurisprudência) estão sujeitas às mesmas vicissitudes transformativas que animam qualquer norma, podendo ser revistas e alteradas ao sabor dos tempos. A própria necessidade — sempre sentida — de criação de mecanismos orientados para a uniformização de jurisprudência atesta-o.

Por tudo isto, não deixa de ser curioso constatar que a porta se encontra aberta para uma revisão da solução tecida: a própria Constituição assume a possibilidade de ser conferida força obrigatória geral a decisões *de outros tribunais*, além do Tribunal Constitucional [119.º/1, g) CRP, *in fine*].

(⁵⁴) Nessa constância, OLIVEIRA ASCENSÃO reconhecia uma presunção da validade da orientação que lhe subjaz (*A Tipicidade*, p. 248; *O Direito*, p. 322), embora a distinga do *costume jurisprudencial* (este último, para o Ilustre Professor, como vera fonte de Direito; *A Tipicidade*, pp. 250-252; *O Direito*, p. 324).

(⁵⁵) O conceito aproxima-se da presunção de vinculação de CASTANHEIRA NEVES, embora num sentido não inteiramente coincidente: este último, se bem o entendemos, onera o Tribunal quando decide inicialmente (o qual sabe que a sua decisão fixará um sentido, para futuro); já no texto, a tal obrigação presuntiva, vincular o Tribunal que decida contrariamente a um sentido, entretanto, fixado horizontalmente (i. e., por si, ou por outro Tribunal da instância) ou verticalmente (por um Tribunal superior); CASTANHEIRA NEVES, *Fontes do direito: contributo para a revisão do seu problema*, Estudos em Homenagem ao Profs. Doutores M. Paulo Merêa e G. Braga da Cruz, Vol. II, Universidade de Coimbra: Coimbra (1982), pp. 169-285.

(⁵⁶) KRIELE, *Theorie der Rechtsgewinnung*, Schriften zum Öffentlichen Recht, Vol. 41 (1976), Dunckler & Humboldt: Berlin (1976), p. 240, ss. Criticamente, FRIEDRICH MÜLLER, *Richterrecht*, p. 14; LARENZ/CANARIS, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, p. 254 (nr. 165), embora criticando um sentido de *dever* na proposta de KRIELE, cujo conceito de “vinculação” procura precisamente evitar.

(⁵⁷) Num entendimento de síntese, face à tese (do *precedente persuasivo*, típico dos países de *Common Law*) e à antítese (o do *precedente presuntivo*, expresso, por nós, no texto), existiria lugar ao *precedente subsidiário*. Nessa terceira via (*Dritte Spur*), defendida por LARENZ/CANARIS — e entre nós, por NOGUEIRA DE BRITO (*Introdução*, p. 154) — reside uma obrigação de fundamentação *adicional e melhor*, se contrária ao sentido estabelecido, por força do princípio da igualdade e da segurança jurídica. Contra à eficácia vinculativa do presente, v., por todos, EDUARD PICKER, *Richterrecht oder Rechtsdogmatik — Alternativen der Rechtsgewinnung?*, JZ, Ano 43, Parte I, n.º 1 (15 de Jan-1988), pp. 1-12, Parte II, n.º 2 (29 de Jan-1988), pp. 62-75 (74).

VII. Da nossa parte, o ponto nevrálgico de toda esta matéria encontra-se — na proposta de KARL LARENZ — no aprofundamento da legitimidade do desenvolvimento judicial do Direito *extra legem* e, em simultâneo, *intra ius*⁽⁵⁸⁾, em concreto na distância que medeia a *norma aplicável ao caso*, oriunda do processo metodológico próprio de decisão judicial do caso, face à mera subsunção jurídica de um simples enunciado normativo de fonte legal. Estamos em crer que é nesse espaço (e apenas nele) — embora gradativo, no qual a decisão por analogia ou mediante norma criada, *ad hoc*, pelo *juiz-legislador* (10.º/3 CC), condicionadas pelos ditames do Direito positivado, se reportam a uma fase inicial do espectro a considerar — que residirá o vero desenvolvimento *judicial* do Direito, liberto das amarras da lei, em sentido formal.

§2. O lugar do concurso no sistema de responsabilidade civil; breve enquadramento

I. Aqui chegados, somos convidados a debruçar-nos, novamente, sobre o interessante e desafiante tema do *concurso de responsabilidade civil*⁽⁵⁹⁾; figura esta que tem historicamente beneficiado de um tratamento jurisprudencial impar, atestando o contributo da mesma para o seu desenvolvimento. Iremos, para tal, focar-nos nas respetivas modalidades *delitual* (dita *extracontratual*) e *obrigacional* (em vez de *contratual*), reportadas genericamente às respetivas normas-padrão de responsabilidade (483.º/1 e 798.º CC, respetivamente).

II. Num primeiro momento, podemos recordar que o concurso ocorre quando *uma mesma* situação de responsabilidade, opondo a pluralidade mínima de sujeitos (ou seja, um lesante e um lesado), se reconduz a

(58) KARL LARENZ, *Der Richter als Gesetzgeber?*, p. 43; LARENZ/CANARIS, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, p. 232. Para este A. é perfeitamente desrazoável conceber o sistema jurídico sem tomar em consideração o papel que a jurisprudência nele desempenha (KARL LARENZ, *Richterliche Rechtsfortbildung als methodisches Problem*, NJW 1965, p. 6).

(59) As reflexões inerentes a este estudo encontram-se desenvolvidas no nosso *Concurso da responsabilidade civil. Ensaio sobre as modalidades delitual e obrigacional de responsabilidade civil*, Almedina: Coimbra (2024), para o qual se remete para maiores desenvolvimentos. Por outro lado, devemos dar justa nota de que esta nossa monografia foi recentemente objeto de recensão por ANA ISABEL AFONSO (cf. o texto disponível em *Católica Law Review*, 7, II, 2023, pp. 121-128).

ambas as modalidades de responsabilidade civil consideradas. Este é, chamemos-lhe assim, o nosso *ponto de partida* e o fenómeno verifica-se com uma frequência superior àquela que seria de esperar.

Quanto a esta matéria, o legislador não gizou qualquer critério expresso, rejeitando a proposta concreta de ADRIANO VAZ SERRA no anteprojeto do Código Civil de 1966 — uma excelente proposta, acrescente-se — quanto à inclusão de um único artigo sobre este tema. A dificuldade acentua-se, aliás, por um outro motivo: bem vistas as coisas, o regime jurídico não apresenta qualquer solução para a questão, pelo menos expressamente. As normas-padrão de cada modalidade estão numa relação *paridade*. Mais: a aplicação dos critérios existentes, destinados à prevenção de um conflito *positivo* de enunciados normativos (*hierárquico, espacial, temporal* ou de *competência*), não resolvem satisfatoriamente a questão, porquanto, simplesmente, esta questão lhe escapa, *rectius* não se subsume à respetiva previsão normativa.

Cumpra não esquecer um outro aspeto: a própria existência do *concurso* resulta, desde logo, de uma assumida *imperfeição* do sistema de responsabilidade; *imperfeição* essa que não advém da incontornável incapacidade de antevisão de todas as situações de responsabilidade, dignas de formação de um *título de imputação* de danos *tout court* (*i. e.*, de mera lacuna de previsão de dada situação de responsabilidade), antes decorrem de uma falha de *categorização*. A categorização anunciada comprova-se imperfeita quando se (potencialmente) reconduz uma *mesma situação de responsabilidade* simultaneamente a *ambas as modalidades de responsabilidade civil*; algo que nunca foi pretendido. Pois bem, isto é especialmente problemático, ou *apenas o é*, uma vez que existe, como sabemos, um regime distinto associado a cada uma dessas modalidades (recordando, a delitual e obrigacional)⁽⁶⁰⁾, incompatível ao

⁽⁶⁰⁾ A cada modalidade encontra-se associado um regime jurídico distinto, motivo da utilidade da respetiva cisão. Sem pretensões de exaustividade, vejamos algumas diferenças: (i) quanto à ilicitude, as categorias dicotómicas de ilicitude delitual, por violação *de direito de outrem* ou da *norma de proteção* (483.º/1), de tipo germânico, opõem-se à unitária, *de falta de cumprimento*, na de tipo obrigacional (798.º), própria do modelo francês — embora não enquadrável no conceito aglutinador de *faute*; (ii) aos deveres genéricos inerentes aos delitos, acrescem os deveres do tráfego, de natureza específica, equiparáveis, *mutatis mutandis*, aos deveres acessórios na responsabilidade obrigacional; (iii) a culpa do lesante não se presume, por regra, na responsabilidade delitual (487.º/1), contrariamente à responsabilidade obrigacional (799.º/1); (iv) A prestação indemnizatória corresponde à via de tutela *prioritária* para o lesado em resultado da verificação do delito, contrariamente à responsabilidade obrigacional, na qual o credor conta também, e em primeira linha, com outros meios, designadamente a *ação de cumprimento*, solicitando judicialmente a condenação do devedor inadimplente ao cumprimento (817.º/1); (v) A pluralidade de responsáveis pela obrigação de indemnizar conduz, em regra, ao regime de solidariedade na responsabilidade delitual (490.º e 497.º), contrariamente ao de parciariedade na via obrigacional (513.º); (vi) O montante indemnizatório pode ser *legalmente* limi-

nível das soluções concretas (pergunta-se, p. ex., qual o prazo prescricional concretamente aplicável?).

Em rigor, estamos na presença — e cumpre não esquecer que isto escapa à melhor técnica legislativa —, de um *conflito positivo normativo* (ou de uma *antinomia*) conquanto várias normas *concorrem* à sua aplicação; normas essas gizadas com vista a uma aplicação dicotômica, sem qualquer zona de *sobreposição*, portanto. Tudo isto, pode (e deve) ser conceptualizado por referência às respetivas normas-padrão de responsabilidade (483.º/1 e 798.º CC).

Podem-se apontar vários exemplos deste fenómeno, especialmente aqueles paradigmáticos nos quais coexiste uma lesão do *interesse de cumprimento* do credor e do seu *interesse de integridade*. Assim sucede, p. ex., quando o transportador falta ao cumprimento da obrigação, provocando prejuízos na coisa transportada ou na pessoa do transportado. O mesmo se diga quanto à responsabilidade do locatário, depositário, comodatário, bem como do empreiteiro, pelos danos causados no locado, na coisa depositada, emprestada e confiada. Um outro foco importante desta matéria reporta-se, por fim, à responsabilidade médica.

III. O fenómeno do concurso foi, no entanto, trabalhado pela doutrina mais avisada, especialmente a estrangeira. Sem prejuízo, a generalidade das referências existentes são, com honrosas exceções, laterais às investigações em curso. Na verdade, são poucos os casos em que a matéria é abordada a título *primário* pelos Autores portugueses. Existem felizmente exceções, tanto a nível monográfico, como nos períodos nacionais de referência. Em resumo, podemos destacar, desde logo, o importante estudo de VAZ SERRA (1959), antes da vigência do atual Código Civil. Posteriormente, surge o relatório de FERREIRA PINTO (1986), a que se seguiu a tese de doutoramento de TEIXEIRA DE SOUSA (1988). Finalmente, reunindo (ainda) grande adesão por parte da nossa jurisprudência, destaca-se o estudo de ALMEIDA COSTA (1998)⁽⁶¹⁾.

tado em caso de *mera culpa* (vulgo, negligência) na responsabilidade delitual (494.º), prerrogativa não extensível à responsabilidade obrigacional¹⁰⁷; (vii) A mora no cumprimento da *obrigação pecuniária* (550.º, ss.) tem um regime distinto nas modalidades consideradas, atendendo ao respetivo facto determinante de responsabilidade; (viii) a responsabilidade de tipo delitual prescreve no prazo de três anos, por oposição à obrigacional, sujeita ao prazo ordinário de vinte anos (cf. 498.º e 309.º, respetivamente), sendo também distinto o *momento* em que se inicia a sua contagem; (ix) A competência judicial *relativa* em razão do território é disjunta para as modalidades consideradas (71.º CPC); por fim, (x) o pedido de indemnização civil enxertado em ação penal (71.º, ss. CPP) é restrito ao fundamento *extraobrigacional*. Mencionámos outras diferenças, em *Concurso*, pp. 64-72.

⁽⁶¹⁾ Cf., pela ordem referida no texto, VAZ SERRA, *responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual*, BMJ, n.º 85 (Abril), 1959, pp. 115-239; FERNANDO A. FERREIRA PINTO, *O Concurso*

IV. Uma breve nota. Focamo-nos nestas modalidades, na vertente *subjetiva* (ou seja, dependente de culpa), por um motivo muito simples: estas modalidades são elevadas ao estatuto máximo, enquanto as variáveis a considerar, na *grande divisão* (*summa divisio*) do sistema de responsabilidade civil português; realidade esta que respeita o repto histórico do fenómeno indemnizatório e é, por acréscimo, transversal aos vários ordenamentos jurídicos, não apenas os nossos congéneres.

A cisão é, desde logo, histórica e trabalhada conceptualmente deste o tempo dos Romanos. Embora este ponto não seja consensual, a primeira referência a ambas modalidades remonta ao século II a.C., mais concretamente às *Institutas* do jurisconsulto GAIUS. Isto não significa que ambas as modalidades hajam surgido ao mesmo tempo. Muito pelo contrário: a responsabilidade delitual, por um lado, deriva da *Lex Aquilia de damno* (século III a.C.), já a responsabilidade obrigacional é, por sua vez, anterior, sendo reconduzida à Lei das XII Tábuas (*Lex Duodecim Tabularum*), no século V a.C.

Atualmente, na Família Romano-Germânica, a distinção entre estas modalidades é sistematicamente inultrapassável ao nível das principais codificações europeias. Também a Família de *Common Law*, trabalha conceptualmente a responsabilidade civil no suposto da distinção entre a vertente *contratual* (especialmente o *breach of contract*) e a *delitual* (no domínio dos *torts*).

A *summa divisio* ganha, ainda, expressão no Direito das Obrigações ao nível supranacional⁽⁶²⁾: resulta ínsita nos principais instrumentos, tal como do *Draft Common Frame of Reference* (DCFR) de 2009, nos *Principles of European Tort Law* (PETL) de 2004, dos *Principles Of European Contract Law* de 2002 (PECL) e, por fim, do UNIDROIT *Principles of International Commercial Contracts*.

V. Toda esta problemática pode (e deve) ser reconfigurada pela bitola da respetiva utilidade prática, medida concreta do valor de qualquer dogmática, segundo cremos⁽⁶³⁾. Para tal, devemos perguntar: qual a *tutela* predisposta ao lesado numa situação de concurso de responsabilidade civil? Ora, existem, desde logo, duas vias possíveis de solução desta matéria além-fronteiras, as quais correspondem às soluções tradicionalmente praticadas entre nós: por um lado, o sistema mais antigo de inspiração fran-

Entre a Responsabilidade Contratual e a Responsabilidade Extracontratual, in RDC, edição liber amicorum, publicada em 20/11/2020, pp. 1945-2018 — damos nota de que este estudo corresponde ao relatório apresentado pelo Autor em 1986, atualizado quanto à doutrina e jurisprudência portuguesas (*idem*, nota 1); MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *O Concurso de Títulos de Aquisição da Prestação*, Almedina: Coimbra (1988); e, por fim, ALMEIDA COSTA, *O concurso da responsabilidade contratual e da extracontratual*, AB VNO AD OMNES — 75 anos da Coimbra Editora, pp. 555-566.

⁽⁶²⁾ DÁRIO MOURA VICENTE, *Direito Comparado*, II, Almedina: Coimbra (2019), p. 665, ss.

⁽⁶³⁾ A propósito, GEORGIADIS deixa-nos uma elegante lição, a qual recuperamos: «o valor de uma doutrina pode ser medido se esta vence o julgamento e teste a que se sujeita no tratamento jurídico de questões individuais» (*Die Anspruchskonkurrenz im Zivilrecht und Zivilprozessrecht*, C.H.Beck: Munique, 1968, p. 81).

cesa, adepto da prevalência de uma via (a *obligacional* sobre a *delitual*), designado de *teoria do não-cúmulo* (no francês: *non-cumul*); por outro, a solução alemã, de índole liberal, a qual pugna pela concorrência efetiva de ambas as vias de responsabilidade, num modelo adaptado e por si designado de *concurso de pretensões* (no tedesco: *Anspruchskonkurrenz*).

Para melhor compreensão das soluções inerentes, podemos contemplar três momentos fundamentais no enquadramento dogmático da matéria. Esses momentos marcam, a par e passo, o tratamento possível do fenómeno e constituem ensejo adequado para aprofundarmos a nossa reflexão. Antes de mais, cumpre fazer uma breve ressalva terminológica. É o que faremos de seguida, ainda que em traços gerais.

2.1. Polissemia do conceito de concurso e a terminologia operante

a) Os dois passos metodológicos inerentes: do concurso formal ao efetivo

I. Somos da opinião de que não é possível compreender condignamente o fenómeno do concurso sem decompor metodologicamente as operações que lhe são inerentes. Uma das operações deste tipo mais relevantes reporta-se à distinção necessária entre o (i) *concurso formal* (ou *aparente* de normas) e (ii) o *concurso efetivo*. Vejamos, sucintamente, cada um destes passos.

i. [*concurso formal de normas*] A primeira operação, correspondente aqui a primeiro passo metodológico indicado, reconduz-se a um problema de interpretação, puramente *hermenêutico*, portanto. No fundo, importa saber se a situação de responsabilidade se reconduz *simultaneamente* a ambas as modalidades de responsabilidade civil, ou não. Importa, p. ex., saber se a conduta do depositário que haja destruído a coisa depositada tem relevância delitual e consubstancia uma falta de cumprimento a este imputável (483.º/1 e 798.º CC). Nesta fase um setor importante da nossa doutrina, apologistas da teoria do *não-cúmulo*, defendem a subsistência de apenas uma das modalidades (geralmente a *obligacional* sobre a *delitual*, seja por *especialidade*, seja por *consumação*). Para os apologistas desta solução, o concurso é, note-se, puramente *aparente* já que, a final, apenas uma via prevalece. O concurso formal de normas, este primeiro passo, foi resolvido a favor de uma delas. Existe, como vimos, um enquadramento

alternativo. Se nenhuma via prevalece neste momento sobre as demais (é precisamente esta a solução que defendemos) então, ambas as normas permanecem *potencialmente* aplicáveis). Neste caso, transitamos para o segundo passo metodológico.

- ii. [*concurso efetivo de normas*] O segundo passo implica uma superação daquele primeiro momento num sentido claro: depende da inexistência de uma norma que prevaleça sobre as demais. Por outras palavras, este segundo momento pressupõe o *concurso efetivo de normas*. Uma segunda ideia é operante: transitamos da avaliação da compatibilidade normativa ao nível das *previsões* normativas para o da respetiva *estatuição normativa*, ou seja, para o nível dos respetivos *efeitos*. Se fizermos o paralelismo com o que sucede no Direito Penal, apuramos, nesta segunda fase, a relação entre os vários crimes cuja existência foi admitida, pressupondo, insiste-se, novamente, o *concurso efetivo* de crimes. Aqui chegados, quanto à relação gerada entre as normas que permanecem em concurso, detetam-se três grandes grupos de soluções, socorrendo-nos da tripartição clássica de ENNECCERUS/NIPPERDEY⁽⁶⁴⁾: os efeitos podem ser (i) *cumulativos*, (ii) *alternativos* ou, por fim, (iii) *conflitantes*.

b) O objeto do concurso: a decomposição necessária do direito subjetivo nas pretensões que enforma

II. No enquadramento do concurso, quanto ao seu objeto, deve ser abandonada a proposta mais antiga, historicamente apologista de um foco *processual* ou *adjetivo* da matéria. Em vigor, foi este o enquadramento da matéria no Direito Romano, como veremos: numa perspetiva adjetiva, apelava-se à existência de um *concurso de ações* (*Klagenkonkurrenz*), especialmente quando as *actionem* visavam o *mesmo efeito*. Atualmente, a natureza instrumental moderna do direito processual perante o direito substantivo (*ius*), incluindo o direito de crédito indemnizatório, é adversa a um tal enquadramento. O Direito processual ficou reduzido a uma capacidade ancilar e a primazia é dada, ao invés, ao Direito substantivo⁽⁶⁵⁾.

⁽⁶⁴⁾ *Allgemeiner Teil des Bürgerlicher Rechts*, I, 15.^a ed., Mohr: Tubinga (1959), §60, pp. 349-351.

⁽⁶⁵⁾ Sobre a natureza instrumental do Direito Processual Civil atualmente, v. o nosso estudo com MANUEL DE ALBUQUERQUE, *O pacto de não exigir (pactum de non petendo) e a responsabilidade civil*, RDC, 6, 2024 pp. 126-187 (e respetiva nota de rodapé 1).

Nesta linha, transitamos do enquadramento do concurso, numa vertente processual, para um de *normas* ou de *leis* (*Gesetzeskonkurrenz*)⁽⁶⁶⁾: resumidamente, o concurso é entendido como a possibilidade abstrata de aplicação de várias soluções legais à *mesma* situação de facto. Podemos, neste momento, avançar uma noção conceptual operante: o *concurso de normas em sentido estrito* pressupõe tão-só a verificação simultânea, total ou parcial, da estatuição normativa de duas ou mais estipulações legais (p. ex., as norma-padrão de responsabilidade civil, 483.º/1 e 798.º CC).

III. Noutra vertente, é necessário identificar a *posição jurídica ativa* que emerge das *normas* que previamente determinámos serem *formal e simultaneamente* aplicáveis, ou seja, a posição emergente do *concurso* que determinámos, num primeiro passo metodológico, ser *efetivo*.

A questão deve ser recentrada para a determinação da posição jurídica *relacional* resultante. Podíamos ser levados à errada conclusão de que a verificação simultânea de duas normas de responsabilidade civil, *rectius* a emergência de dois títulos de imputação de danos reportados disjuntamente a cada modalidade de responsabilidade — pensemos, novamente, no exemplo do inquilino que danifica o locado, incumprindo o contrato que o vincula e lesando a propriedade do seu senhorio — conduziria à emergência, não de uma, mas de *duas obrigações* de indemnizar. Por outras palavras, seríamos levados a crer que se geraria um *concurso de direitos*. Todavia, esta conclusão é tão *desnecessária* como *indesejada*. *Desnecessária* porque, como veremos, o conceito de direito subjetivo não esgota atomisticamente a posição jurídica em causa, sendo possível trabalhar dogmaticamente a riqueza associada a cada modalidade de responsabilidade *sem desmultiplicar os créditos indemnizatórios*. Indesejada, por sua vez, porquanto tal proposta cria várias entropias, tal como (i) toda aquelas relativas à (aparente) possibilidade de *transmissão* (gratuita ou onerosa), de cada pretensão, (ii) de sujeição a outras formas de extinção além do cumprimento (tal como a remissão), bem como (iii) quanto ao seu exercício em juízo.

IV. Importa, primeiro, decompor o conceito de *direito subjetivo* (em especial, o direito de crédito indemnizatório) nas realidades que o

⁽⁶⁶⁾ *Inter alia*, cf., além-Reno, FRIEDRICH LENT, *Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht und Zivilprozess*, A. Deichertsche: Leipzig (1912), *passim*; ULRICH KLUG, *Zum Begriff der Gesetzeskonkurrenz*, *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, 68 (1956) pp. 399-416; e RUDOLF SCHMIDT, *Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht* (1915), *passim*.

integram. Ora, quanto a este ponto, a doutrina alemã ocupou a vanguarda no ímpeto reformista: pela proposta de WINDSCHEID, o conceito de *direito subjetivo* foi decomposto, adentro da sua faceta de exigibilidade, ao nível da *pretensão* (*Anspruch*) que o integra. A proposta vingou e foi incluída no próprio código civil alemão [§194 (1) BGB]. A ideia central é esta: o direito subjetivo (incluindo o crédito indemnizatório) pode integrar várias *pretensões*; se estas pretensões se reportam, por outro lado, a modalidades distintas de responsabilidade, formam-se, deste modo, títulos distintos de imputação de danos, ainda que ao abrigo *do mesmo direito de crédito indemnizatório*.

Como vimos, o direito subjetivo não é a unidade final a considerar, na decomposição dogmática de uma determinada posição jurídica ativa. Na verdade, na maior parte das definições que lhe são apontadas, o direito subjetivo pode ser decomposto num novo grau, desta vez referente aos poderes (*gozo, garantia, potestativos*)(⁶⁷) e às faculdades que o integram. Entre os poderes, destaca-se o *de exigir uma conduta a terceiro*, com vista à satisfação do interesse do seu titular. Ora, no contexto dos direitos de crédito (subjetivos), é usual o apelo, neste contexto, à existência de um *poder de crédito ou de pretender*(⁶⁸).

Devemos notar um outro aspeto. A doutrina pós-clássica da pretensão veio a acrescentar um novo elemento a esta figura, deixando de ser circunscrita à vertente de exigibilidade(⁶⁹): adicionou-se a *causa de aquisição* ou a *competência de aquisição* do objeto da exigibilidade. Ambas as vertentes (a causa de aquisição e a exigibilidade) compõem estruturalmente a pretensão e permitem modelar a situação de responsabilidade.

Por conta deste aspeto, a *mesma pretensão* admite ser fundamentada *uma única vez* ou, por outro lado, por *múltiplas causas*. Neste último caso (e apenas neste), é possível gerar-se um *concurso de fundamentos à mesma pretensão* (*Ans-*

(⁶⁷) Seguimos de perto a proposta de MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, I, 4.ª ed., 2014, Almedina: Coimbra (reimp. 2019), p. 904.

(⁶⁸) Neste sentido, v. CARLOS MOTA PINTO/ANTÓNIO PINTO MONTEIRO/PAULO MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 5.ª ed., Gestlegal: Coimbra, p. 182, na esteira do conceito funcional de direito subjetivo de MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Vol. II, Facto Jurídico, em especial Negócio Jurídico, Almedina: Coimbra (1983), p. 3.

(⁶⁹) Fundamental, por todos, a investigação de MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *O concurso*, p. 37, ss. O ilustre Professor defende a existência de um concurso de títulos de aquisição da prestação indemnizatória. No fundo, para este A., nalguns casos de concurso de responsabilidade civil, estaremos perante uma única pretensão, concorrendo as modalidades enquanto títulos de aquisição de uma única prestação, indemnizatória — um entendimento próximo do *Anspruchgrundlagenkonkurrenz* (*ob. cit.*, pp. 150-151, 159, 216, 330); noutros casos de concurso de responsabilidade civil, a pluralidade de pretensões afirma-se (*ob. cit.*, p. 330). Devemos notar, na importação daquele primeiro entendimento tedesco, os contributos anteriores de VAZ SERRA e de ANTÓNIO BALÃO DO NASCIMENTO, em *Responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual*, BMJ, n.º 85 (abril), 1959, pp. 115-239 e em *Do concurso de normas*, Cadernos de ciência e de técnica fiscal, n.ºs 136 e 137 (Abril e Maio de 1970), Lisboa, pp. 80-81, respetivamente.

pruchgrundlagenkonkurrenz) ou de normas da mesma pretensão (*Anspruchsnormenkonkurrenz*). É o que sucede quando concorrem *vários fundamentos* no âmbito de uma mesma modalidade de responsabilidade para a mesma consequência normativa. Socorremo-nos de um exemplo, ao nível da ilicitude delitual: se o responsável pelo furto do carro, circula acima do limite legal de velocidade, e vem a provocar um acidente de viação, com a sua conduta, violou tanto o *direito de propriedade* do titular do veículo, como a *norma de proteção* decorrente do Código da Estrada que proíbe a circulação em excesso de velocidade (ambas as formas de ilicitude delitual previstas no art. 483.º/1). A pretensão emergente é *uma* (tal como o crédito indemnizatório a que esta se reporta), apenas, embora concorram vários fundamentos delituais.

Na esmagadora maioria das situações, o concurso heterogéneo de responsabilidade (delitual e obrigacional, aqui em estudo), a existir, é um de *pretensões* (*Anspruchskonkurrenz*). O enquadramento, atribuível ao jurista alemão LENT⁽⁷⁰⁾, veio a ganhar tração posteriormente na obra de DIETZ, em 1934⁽⁷¹⁾, e deve ser, por nós, seguido. Em nossa proposta, o concurso de pretensões significa que relativamente ao *mesmo crédito indemnizatório*, existe um regime diferentemente associado à *exigibilidade* de cada pretensão delitual e obrigacional. Por outras palavras, quando varia o *conteúdo da pretensão em causa* (pense-se, p. ex., nos distintos prazos prescricionais de cada pretensão), a *pluralidade* de pretensões impõe-se.

§3. Contributo histórico; breve apontamento

I. A ciência jurídica não dispensa metodologicamente o contributo histórico. Estamos em crer que a vera dogmática, dirigida que seja à busca incessante da *melhor* solução do caso, pressupõe também, numa das suas etapas essenciais e indispensáveis, a *observação*. *Observação* essa realizada sempre num sentido *vetorial*, tanto para o prisma interno (ou seja, no sistema jurídico interno *tout-court*), como “fora” dele, seja pela comparação dos quadros atuais de outros sistemas jurídicos, à luz de um método comparatístico, seja por se revisitar o *passado*. Quanto a este último aspeto: a *historicidade do direito* impõe-se⁽⁷²⁾. Claro está, na lição histórica somos

(70) F. LENT, *Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht und Zivilprozess*, 1, Leipzig (1912).

(71) DIETZ, *Anspruchskonkurrenz bei Vertragsverletzung und Delikt*, Röhrscheid: Bonna (1934).

(72) Em crítica a «orientações positivistas e conceptualistas», v., por todos, JOSÉ DUARTE

confrontados com vários obstáculos, desde logo a *diferença* e *distância* quanto aos quadros de Direito Objetivo, no fundo, com a presença de um sistema jurídico distinto.

As primeiras referências ao problema do concurso de responsabilidade — pelo menos aquelas que reputamos fidedignas — remontam ao tempo dos Romanos, embora numa configuração *processual*, como vimos. Na verdade, à *competição de ações civis* derivadas de responsabilidade delitual e obrigacional encontram-se dedicadas várias passagens pertinentes no *Digesto*; passagens essas atribuídas a *Gaio*, *Ulpiano* e a *Modestino*. Inexistiu, todavia, uma dogmática própria do concurso das *actiones*, cujas soluções ficaram desorganizadas no plano casuístico⁽⁷³⁾. Houve quem houvesse tentado condensar os critérios inerentes àquelas soluções: uma das propostas principais proveio de *Savigny*, A. que procurou atender à finalidade perseguida por cada *actio* e considerar, a final, duas alternativas ainda hoje em voga, sincreticamente condensadas nas posições de *cúmulo* ou *não-cúmulo* das responsabilidades⁽⁷⁴⁾.

II. De resto, teríamos de voltar ao período das codificações para o tratamento dogmático do concurso da responsabilidade civil ser retomado. Em rigor, no período anterior, fora o contributo romano, as fontes escasseiam e não permitem formular um enquadramento condigno da matéria, além da mera casuística.

Neste período e no caso português, destaca-se, desde logo, a importante investigação de *Jaime Gouveia* (1934), inspirado na solução francesa⁽⁷⁵⁾, bem como o comentário, também de inspiração francófona, de *Cunha Gonçalves* (1937) ao art. 2393.º do Código Civil do Visconde de Seabra (1867)⁽⁷⁶⁾.

Um dos melhores *apports* proveio de *Vaz Serra*, nas vésperas da aprovação do atual Código Civil: o seu contributo pode ser encontrado no estudo «*responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual*», publicado em 1959. Neste artigo, o ilustre A. propõe um artigo (767.º) a ser incluído do futuro código de 1966⁽⁷⁷⁾. Uma breve nota, apenas: esta sua pro-

Nogueira, *Objeto e Método na História do Direito*, Separata de Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Raúl Ventura, Coimbra Editora: Coimbra (2003), pp. 241-261 (249).

⁽⁷³⁾ *Johannes Merkel*, *Über den Konkurs der Aktionen nach romeischem Privatrecht*, Niemeyer: Munique (1877), p. 31.

⁽⁷⁴⁾ *Savigny*, *System des heutigen römischen Rechts*, V. 5, Veit und comp.: Berlin (1841), p. 219.

⁽⁷⁵⁾ *Da responsabilidade contratual*, Edição do Autor: Coimbra (1932), p. 216; o capítulo III desta obra é precisamente dedicado ao «problema da concorrência das responsabilidades contratual e delitual».

⁽⁷⁶⁾ *Tratado de direito civil: em comentário ao Código Civil Português*, XII, pp. 720-734.

⁽⁷⁷⁾ Artigo 767.º

(*Concurso de responsabilidade contratual e de responsabilidade extracontratual*)

1. Se um facto representar, ao mesmo tempo, uma violação de contrato e um facto ilícito extracontratual, são aplicáveis as regras de ambas as responsabilidades, à escolha do prejudicado, que pode inclusivamente escolher parte de umas e parte de outras.

posta viria a ser incluída no *Anteprojeto relativo ao Direito das Obrigações*, também da sua autoria, publicado no ano seguinte, em 1960⁽⁷⁸⁾. Infelizmente, a história não foi favorável ao intento do famoso jurista: a sua proposta cairia nas revisões ministeriais, conduzidas pelo então Ministro da Justiça, JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA. Com esta lacuna *voluntária*⁽⁷⁹⁾, acompanhou-se a omissão da matéria nas grandes codificações europeias do século XIX.

§4. As soluções bipolarizadas no Direito moderno

4.1. O primeiro momento histórico: o julgamento emblemático da *Cour de Cassation* de 11 de janeiro de 1922 (teoria do *non-cumul*)

I. Numa decisão emblemática, de 11 de janeiro de 1922, a *Cour de Cassation (civile)* francesa foi chamada a decidir sobre uma disputa relacionada com a construção de uma fossa de saneamento ao longo da parede divisória de duas propriedades pertencentes aos irmãos *Pelletier* e a *Bourdeaux* na comuna francesa *Creusot*.

Durante o processo inicial, as partes chegaram a acordo e confiaram a três peritos, nomeados por um juiz de paz, a redação da transação. A transação foi assinada pelos irmãos *Pelletier*, confiantes de que este pacto não implicava uma renúncia a quaisquer direitos reais relativamente à referida

2. O disposto no parágrafo anterior não tem lugar quando a responsabilidade contratual for atenuada pela lei, na medida dessa atenuação, ou quando do contrato se concluir terem querido as partes excluir a responsabilidade extracontratual, salvo se esta convenção for nula.

3. A satisfação do credor por uma das vias exclui a satisfação pela outra, na medida em que coincidirem.

4. O credor pode ceder o crédito derivado da violação do contrato e conservar o outro, ou inversamente, salvo se isso agravar, contra a boa fé, a situação do devedor. Pode também remitir um e conservar o outro.

5. Se a lei estabelecer prazos de prescrição diferentes para dois créditos, aplica-se a cada um destes o prazo respectivo, excepto se a razão de ser da lei impuser a extensão a ambos de um dos prazos de prescrição nela estabelecidos.

⁽⁷⁸⁾ *Anteprojeto relativo ao Direito das Obrigações*, BMJ, n.º 101, (1960), p. 145.

⁽⁷⁹⁾ PINTO MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, Almedina: Coimbra (reimp. 2020), p. 714. No direito alemão, invocou-se a falta de estabilidade para a consagração de uma qualquer solução perante uma discussão que se considerava encontrar em aberto; cf. *Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, Vol. I, Allgemeiner Teil, J. Guttentag: Berlin e Leipzig (1888), p. 278.

parede-divisória. No entanto, uma decisão judicial posterior, de 19 de dezembro de 1911, declarou que o acordo implicava, de facto, uma renúncia a certos direitos. Os irmãos *Pelletier* procuraram, então, responsabilizar os peritos civilmente (delitual e contratualmente) e foi sobre este litígio que se pronunciou a última instância francesa. Naquilo que se reputa essencial para o tema em mãos, a *Cour de Cassation* afirmou pela primeira vez⁽⁸⁰⁾: «[a]penas em matéria de delitos ou de quase-delitos qualquer [grau de] culpa obriga o seu autor a reparar os danos provocados; os arts. 1382.º e seguintes do Código Civil não são aplicáveis quando a *faute* é cometida no cumprimento de uma obrigação resultante de um contrato»⁽⁸¹⁾. O douto Tribunal negou a relevância do fundamento delitual da responsabilidade dos peritos, *consumido* que fora, no seu entender, pelo contratual. Consagrava-se, assim, a tese do não-cúmulo de responsabilidades (*thèse de non-cumul*)⁽⁸²⁾; entendimento esse sucessivamente reiterado pelo mesmo tribunal em decisões futuras.

Veja-se a manutenção daquele entendimento pela *Cour de Cassation* no contexto da responsabilidade de um empreiteiro por defeitos na obra encomendada (9-Jun-1993)⁽⁸³⁾; pelo ferimento de uma criança numa vedação de um parque infantil (28-Jan-2012)⁽⁸⁴⁾; e, ainda, pela resolução infundada de um contrato de utilização de *software* (26-Jun-2019)⁽⁸⁵⁾.

A doutrina francesa apoiou este enquadramento, favorável à natureza *aparente* do concurso, uma vez que, a final, prevalece a via contratual (entre nós, obrigacional). O primado é o da responsabilidade obrigacional (*primauté de la responsabilité contractuelle*).

Foi este o entendimento de Autores clássicos tais como, JOSSERAND (1910), SALEILLES (1914), DEMONGUE (1925), LALOU (1928), RODIÈRE (1950), CARBONNIER (1955-1956), e os irmãos MAZEAUD (1957)⁽⁸⁶⁾.

⁽⁸⁰⁾ Encontramos alusões na doutrina francesa a um entendimento anterior desta mesma instância, datado 21-Jan-1880. O ponto é dúbio; cf., a propósito desta matéria, RUBEN DE GRAAFF e BENJAMIN MORON-PUECH, *Le concours des responsabilités contractuelle et délictuelle*, Revue de la Recherche Juridique, XLII — 166, 2017-1, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, pp. 71-89 (78-79).

⁽⁸¹⁾ DP 1922, 1, 16. Tradução livre de «*C'est seulement en matière de délit ou de quasi-délit que toute faute quelconque oblige son auteur à réparer le dommage; les articles 1382 et suivants du Code Civil sont sans application lorsque la faute a été commise dans l'exécution d'une obligation résultant d'un contrat*».

⁽⁸²⁾ A terminologia é variável no espaço francês: encontramos também referências, com o mesmo sentido e propósito, à teoria da incompatibilidade (*incompatibilité*), à regra do não-cúmulo (*règle du non-cumul*) ou ao princípio da não interferência (*principe de non-immixtion*).

⁽⁸³⁾ Proc. n.º 91-21.650, Bulletin 1993, II, n.º 204.

⁽⁸⁴⁾ Proc. n.º 10-28.492, Bulletin 2012, I, n.º 147.

⁽⁸⁵⁾ Proc. n.º 17-26.738 (não publicado).

⁽⁸⁶⁾ Por ordem, JOSSERAND, *Les transports*, Livraria Arthur Rousseau: Paris (1910), §628,

II. A *thèse de non-cumul* invoca vários argumentos a seu favor e contra a coexistência das responsabilidades consideradas.

Em primeiro lugar, a norma-padrão da responsabilidade delitual francesa (1240 CCfr), com a sua referência excessivamente englobante ao conceito indeterminado de *faute*, poderia, numa situação de cúmulo, consumir todo e qualquer incumprimento contratual.

Em segundo lugar, afirma-se a *especialidade* da responsabilidade contratual é o entendimento mais conforme com o respeito da vontade (expressa ou tácita) dos contraentes na regulação dos seus interesses.

Em terceiro lugar, a admissibilidade de um concurso efetivo atenta contra a sistemática do Código Civil francês: ninguém pode ser considerado *contraente* e simultaneamente *terceiro* numa determinada situação de responsabilidade, na medida em que este considera duas formas distintas de responsabilidade civil, com regimes também distintos.

Por fim, faz-se geralmente menção ao substrato axiológico das modalidades de responsabilidade: a responsabilidade obrigacional regula *interesses privados*, contrariamente à via delitual, onde se envolvem *interesses públicos*. A miscigenação de ambas as vias, atentaria, defendem, a axiologia inerente à *summo divisio*, aliás, sujeita à indeterminação do regime aplicável, conquanto a modalidade aplicável dependeria geralmente da escolha do lesado.

III. A tese do não cúmulo, quando propõe o afastamento da existência de um *concurso real* entre as responsabilidades, pode ser desdobrada em duas vertentes principais, consoante o fundamento que determina a prioridade concedida à via por si eleita. Podemos, neste momento, destacar o não-cúmulo de responsabilidade (*i*) por *especialidade* e, noutro

pp. 521-522; SALEILLES, *Étude sur la théorie générale de l'obligation*, 3.^a ed., Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence: Paris (1914), pp. 428-429; DEMONGUE, *Traité des Obligations*, V, Arthur Rousseau: Paris (1925), pp. 523-544; LALOU, *Responsabilité civile: principes élémentaires et applications pratiques*, Dalloz: Paris (1928) §264, 166 e *Traité pratique de la responsabilité civile*, 6.^a ed., Dalloz: Paris (1962), p. 135, ss.; RODIÈRE, *Études sur la dualité des régimes de responsabilité*, X, Juris-Classeur périodique, Paris (1950), p. 868; CARBONNIER, *Droit civil*, II, Quadrige: Paris (1955-1956, reimp. 2004), §§1207-1210, pp. 2406-2415; MAZEAUD, com ANDRÉ TUNC, em *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, délictuelle et contractuelle*, I, 5.^a ed., Montchrestien: Paris (1957), (§§173-207), pp. 224-261. Nas obras mais recentes, a teoria continua a recolher a adesão de um setor considerável da doutrina francesa. Cf., por todos, BACACHE-GIBELI, *Les obligations, la responsabilité civile extracontractuelle*, 3.^a ed., Economica: Paris (2016), §110, PHILIPPE BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, 5.^a ed., LexisNexis: Paris (2018), §105, TERRÉ, SIMLER, LEQUETTE e CHÉNÉDÉ, *Droit civil, Les obligations*, 12.^a ed., Dalloz: Paris (2018), §875, GENEVIÈVE VINEY, *Introduction à la responsabilité*, 4.^a ed., L.G.D.J.: Paris (2019), §216 e (com PATRICE JOURDAIN e SUZANNE CARVAL) em *Les Effets de la Responsabilité*, 4.^a ed., L.G.D.J.: Paris (2017), p. 481.

passo, (ii) por *consumpção*. Já conhecemos o primeiro entendimento, no qual se integra a proposta francesa *tout-court*. Vejamos agora o segundo (referente à *consumpção*), tal como foi acolhida entre nós.

Um breve apontamento quando ao funcionamento desta modalidade de *conflito de normas*: a consunção determina, muito simplesmente, a prioridade aplicativa de determinada *norma* uma vez que esta contém o interesse tutelado pela(s) preterida(s) (*lex consumens derogat lex consumate*).

Entre nós, deve-se a ALMEIDA COSTA a importação do entendimento francês. Foi, no entanto, ajustado — e este aspeto é muito importante —, o respetivo fundamento, tendo o ilustre Professor optado pela *consumpção* (da via obrigacional perante a delitual), ao invés da via francesa da *especialidade*⁽⁸⁷⁾. A adesão jurisprudencial a este entendimento foi rápida, especialmente no contexto da responsabilidade médica.

O Supremo Tribunal de Justiça tem defendido a prevalência da via obrigacional em várias das suas decisões. Vejamos algumas, na impossibilidade de as mencionar a todas⁽⁸⁸⁾: assim se decidiu no contexto de um médico não especialista recomendar e realizar defeituosamente cirurgias plásticas⁽⁸⁹⁾, pela má execução de uma intervenção cirúrgica à coluna do paciente⁽⁹⁰⁾, por uma intervenção estética não consentida⁽⁹¹⁾, pelas complicações decorrentes da má realização de um exame de coloscopia⁽⁹²⁾, pela má execução de uma intervenção cirúrgica ortopédica na qual resultou a paralisia do pé⁽⁹³⁾.

IV. A seu favor e na esteira da doutrina francesa, ALMEIDA COSTA apela fundamentalmente a três argumentos. Em primeiro lugar, ao *princípio da autonomia privada*, o qual permite, argui, o afastamento da tutela

⁽⁸⁷⁾ ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 12.^a ed. (7.^a reimp), Almedina: Coimbra (2019), p. 546, ss. e em *O concurso de responsabilidade*, p. 563 (neste estudo consta uma referência à relação de especialidade, naquilo que consideramos um lapso, conquanto corrigido nas lições do ilustre Professor). O entendimento de ALMEIDA COSTA tem sido seguido por um sector reputado da nossa doutrina. Cf., por todos, JOÃO CURA MARIANO, *Responsabilidade contratual do empreiteiro pelos defeitos da obra*, 7.^a ed., Almedina: Lisboa, 2020, pp. 81-84 (*maxime* 83); JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Sobre o sistema próprio de responsabilidade do transportador*, Temas de Direito dos Transportes IV, pp. 449-510 (507-510), numa posição restrita aos Direitos dos Transportes; CLÁUDIA MADALENO, *responsabilidade obrigacional objetiva por fato de outrem* (2015), pp. 883-886 (*maxime* 885 e respetiva nota 3725); e, por fim, SÓNIA MOREIRA, *Da responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação*, Almedina: Coimbra (2003), pp. 73-75 (e respetiva nota de rodapé 8).

⁽⁸⁸⁾ Com a análise de outras decisões, v. o nosso *Concurso*, pp. 620-626.

⁽⁸⁹⁾ 17-Dez-2009, PIRES DA ROSA, proc. 544/09.9YFLSB.

⁽⁹⁰⁾ 15-Dez-2011, GREGÓRIO SILVA JESUS, proc. 209/06.3TVPRT.PI.S1.

⁽⁹¹⁾ 02-Jun-2015, MARIA CLARA SOTTOMAYOR, proc. 1263/06.3TVPRT.PI.S1.

⁽⁹²⁾ 01-Out-2015, MARIA DOS PRAZERES BELEZA, proc. 2104/05.4TBPVZ.P.S1.

⁽⁹³⁾ 28-Jan-2016, MARIA DA GRAÇA TRIGO, proc. 1952/13.6TBPVZ.PI.S1.

delitual por vontade das partes. Em segundo lugar, invoca a capacidade compreensiva da via obrigacional em tutelar todos os interesses salvaguardados pela via concorrente, a delitual, apelando neste contexto aos papel dos *deveres acessórios*. A via obrigacional, para o ilustre Autor, é, aliás, a *mais favorável ao lesado*.

Devemos notar um outro aspeto fundamental, ignorado por um sector reputado da nossa doutrina e jurisprudência: a proposta de ALMEIDA COSTA não é *absoluta*; não é absoluta no sentido em que o próprio Autor admite a existência de um cúmulo de responsabilidade em determinadas circunstâncias, principalmente quando o *mesmo* facto produza *dois danos* distintos, reportados disjuntamente a cada modalidade de responsabilidade⁽⁹⁴⁾.

Esta ideia, não totalizante, explica, por sinal, o decaimento da tese do *non-cumul* em França; experiência essa reforçada pelo mais recente ímpeto reformista do Direito das Obrigações num sentido de um progressivo abandono do primado da via obrigacional. Mas retomemos o enquadramento da matéria do concurso de responsabilidade civil. Na verdade, a teoria do cúmulo tem ganho um espaço fundamental de aplicação, não enquanto um entendimento *globalmente alternativo* à *thèse de non-cumul*, mas por lhe encontrar zonas de exceção, onde floresce. Em especial e num elenco não exaustivo, a teoria do cúmulo ganha o seu espaço em França quando (i) o incumprimento contratual consubstancia a prática de um crime; também (ii) se permite ao lesado recorrer à via delitual perante o incumprimento *doloso* ou com *negligência grosseira* do seu devedor. De forma mais clara, a teoria do não-cúmulo é afastada (iii) perante a aplicação de tipos delituais específicos (por ex., a responsabilidade dos pais, do proprietário do animal ou do edifício pelos prejuízos causados, pelo menor, animal ou pela ruína do prédio, respetivamente). Veja-se, também, (iv) a responsabilidade civil profissional (*faute professionnelle*). Neste campo, o incumprimento das obrigações estatutárias, as quais decorrem diretamente da lei (*obligations professionnelles*) — tal como sucede perante a responsabilidade do advogado, notário, solicitador, médico, arquiteto, empreiteiro, mecânico, armeiro e armazenista — justificam o recurso ao cúmulo de responsabilidades⁽⁹⁵⁾. Por fim, também *exceciona* o âmbito de aplicação da teoria do *non-cumul* (vii) o incumprimento contratual que cause danos a terceiros⁽⁹⁶⁾.

⁽⁹⁴⁾ *O concurso de responsabilidade*, p. 560.

⁽⁹⁵⁾ MADELEINE VAN ROSSUM, *Concurrency of contractual and delictual liability in a European perspective*, *European Review of Private Law* 4 (1995), pp. 539-560 (547).

⁽⁹⁶⁾ E. BYRON HILLEY, *The Interrelationship of Tort and Contract in French Law*, *Journal of Public Law*, 4, n.º 1 (1956), pp. 116-147 (140). Em 2002, a *Cour de Cassation* determinou, relativamente à responsabilidade do transportador perante pelos danos nos bens que lhe foram confiadas, que «a regra do não cúmulo das responsabilidades contratual e delitual só é aplicável nas relações entre as partes contratantes»; decisão de 9-Jul-2002, proc. n.º 99-19.156.

4.2. O segundo momento histórico: a decisão simbólica do Tribunal do *Reich* de 13 de outubro de 1916 (teoria do cúmulo)

I. Noutro caso, é emblemática a decisão do Tribunal do *Reich* de 13 de outubro de 1916.

No caso em questão, o lesado sofreu um acidente enquanto jogava uma partida de *bowling* (*Kegelspiel*), ao ar livre, nas instalações do lesante. Em concreto, o lesado escorregou numa zona da pista, perto do local de onde a bola do jogo é lançada, a qual se encontrava, nesse momento, perigosamente escorregadia. Em resultado, fraturou a respetiva tibia. Veio posteriormente peticionar a devida indemnização, tanto a nível contratual como delitual. O Tribunal do *Reich*, aceitou a concorrência da tutela contratual e delitual. Admitiu, no essencial, que o dever de cuidado do lesante não nega o dever geral de cuidado, mas, antes, o reforça (cf. §823 BGB)⁽⁹⁷⁾. A propósito, afirmou: «[o] contrato reforça o dever geral legal, mas não o elimina. O dever geral de cuidado foi apenas individualizado e reforçado pelo contrato»⁽⁹⁸⁾. O momento corresponde à consagração jurisprudencial do *princípio do cúmulo* (*Kumulationsprinzip*).

II. A decisão enquadra-se no caminho realizado pela doutrina tedesca no tratamento da matéria do concurso da responsabilidade, em especial ao tempo da Pandetística. Em clara inspiração pelas fontes romanas, a matéria é encarada enquanto um *concurso de ações* (*Klagenkonkurrenz*)⁽⁹⁹⁾, até à transição para o primado do direito subjetivo, tal como preconizado por WINDSCHEID e seguido, posteriormente, pela generalidade da doutrina germânica. Aliás, com a aprovação do Código Civil alemão a consolidação desta solução é clara e manifesta: o concurso é manifestamente um *de normas*, por

⁽⁹⁷⁾ RGZ 88, 433.

⁽⁹⁸⁾ «Der Vertrag verstärkt die allgemeine Rechtspflicht, nicht aber beseitigt er sie. Die allgemeine Sorgfaltspflicht wurde durch den Vertrag nur individualisiert und verstärkt». (tradução nossa).

⁽⁹⁹⁾ São, neste ponto, incontornáveis as obras de THIBAUT, *Grundzüge einer Darstellung der Lehre der Concurrenz der Civil-Klagen*, Mohr und Zimmer: Heidelberg (1814); KLEINSCHROD, *Zur Lehre von der Konkurrenz der Klagen*, C.H.Beck: Munique (1849); ERNST BEKKER, *Zur Lehre von der Konkurrenz der Klagen*, C.H.Beck: Munique (1849); SAVIGNY, *Zur Lehre von der Konkurrenz der Klagen*, C.H.Beck: Munique (1849); WILHELM MARTENS, *Über Concurrenz und Collision der römischen Civilklagen*, Bernhard Tauchnitz Verlag: Lipsia (1856); JOHANNES MERKEL, *Über den Konkurs der Aktionen nach romeischem Privatrecht*, Niemeyer: Munique (1877); HUGO HEINEMANN, *Die Lehre von der Idealkonkurrenz*, Otto Liebmanns Verlag: Berlin (1893); RUDOLF HELSSIG, *Zur Lehre von der Konkurrenz der Klagen nach römischem Rechte*, Friedrich Frommanns Verlag: Estugarda (1887); EISELE, *Zur Lehre von der Klagenkonkurrenz*, AcP, 1892, B. 79 (1892); ERNST LEVY, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen Im Klassischen Römischen Recht*, Franz Vahlen: Berlin (1918); e, ainda, DETLEF LIEBS, *Die Klagenkonkurrenz um römischem Recht — Zur Geschichte der Scheidung von Schadenerstatz und Privatstrafe*, Vandenhoeck & Ruprecht: Gotinga (1972).

vezes designado de *concurso de leis* (*Gesetzeskonkurrenz*). Pouco tempo se demorou na transição para o prisma de *competição* ou de *concurso de pretensões* (*Anspruchskonkurrenz*). Por outras palavras, a relação normativa gerada entre as modalidades consideradas é uma de pura *compatibilidade*. O concurso em causa — dúvidas não haja — é *efetivo*.

As obras mais emblemáticas sobre a matéria são alemãs, tanto pela profundidade dogmática da análise, como pelo apuramento conceptual inerente. A seu favor joga também um lastro histórico considerável. Na verdade, contam-se várias obras antigas dedicadas em exclusivo ao tema, num sentido globalmente favorável à teoria do cúmulo. Num elenco não exaustivo, podemos considerar, desde logo, a investigação de EDUARD PRYM (1906), FRIEDRICH LENT (1912), RUDOLF SCHMIDT (1915), ROLF DIETZ (1934) e, ainda, de APOSTOLOS GEORGIADIS (1968)⁽¹⁰⁰⁾.

Este entendimento — o da existência de um concurso de pretensões (*Anspruchskonkurrenz*) — permanece maioritário, tanto a nível doutrinário como jurisprudencial⁽¹⁰¹⁾.

Quanto à doutrina alemã, a generalidade dos posicionou-se de acordo com a proposta de DIETZ⁽¹⁰²⁾. É também este, devemos notar, o entendimento globalmente expresso ao nível dos grandes comentários ao Código Civil alemão⁽¹⁰³⁾.

⁽¹⁰⁰⁾ Destacamos, neste momento e como referido, apenas algumas das principais obras especializadas que se debruçaram sobre o tema além-Reno: E. PRYM, *Die Konkurrenz des Anspruchs aus dem Verträge mit dem Ansprüche aus unerlaubter Handlung, Nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich*, De Gruyter (1906); F. LENT, *Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen. Recht und Zivilprozess*, I, Leipzig (1912); R. SCHMIDT, *Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht* (1915), ROLF DIETZ, *Anspruchskonkurrenz bei Vertragsverletzung und Delikt*, Röhrscheid: Bonna (1934) — v. o Autor também em *Das Problem der Konkurrenz von Schadenersatzansprüchen bei Vertragsverletzung und Delikt*, Deutsche Landesreferate zum VI. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung in Hamburg, Hamburgo (1962), pp. 181-206 (203, ss.) —; e APOSTOLOS GEORGIADIS, *Die Anspruchskonkurrenz im Zivilrecht und Zivilprozessrecht*, C.H.Beck: Munique (1968).

⁽¹⁰¹⁾ Para um elenco ao nível das decisões dos tribunais alemães, v. o nosso *O concurso*, p. 639.

⁽¹⁰²⁾ PHILIPP HECK, *Grundriss des Schuldrechts*, Mohr: Tübingen (1929), §147, pp. 447-448; ENNECCERUS-LEHMANN, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, II, NG Elwert: Hesse (1928), §232, p. 183; ENNECCERUS-NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, I, 14.^a ed., Mohr (1952), p. 987; RUDOLF SCHMIDT, *Bürgerliches Recht — Ein Lehrbuch seiner Grundzüge*, Vol. II, Das Schuldrecht, 8.^a ed., Duncker Humblot: Berlim (1953), p. 183; PETER SCHLECHTRIEM, *Vertragsordnung und außervertragliche Haftung — einrechtsvergleichende Untersuchung zur Konkurrenz von Ansprüchen aus Vertrag und Delikt im französischen, amerikanischen und deutschen Recht*, Metzner: Frankfurt (1972), p. 45, ss.; PETER ARENS, *Zur Anspruchskonkurrenz bei mehreren Haftungsgründen*, AcP 170, 1970, p. 420, ss.; ERWIN DEUTSCH/HANS-JÜRGEN AHRENS, *Deliktrecht*, 6.^a ed., Vahlen: Munique (2014), §44, p. 260; DIRK LOOSCHELDERS, *Schuldrecht, Allgemeiner Teil*, 22.^a ed., Franz Vahlen: Munique (2022), p. 9, Nm. 23; MARTIN FRANZEN, *Haftung für Produktionsschäden*, JuristenZeitung, 16-Jul.-1999, 54, n.º 14, pp. 702-711; GERT BRÜGGEMEIER, *Haftungsrecht — Struktur, Prinzipien, Schutzbereich*, Springer: Berlim (2006), §2, 116, §5, b, 337, §9, B, p. 563; MEDICUS/LORENZ, *Schuldrecht I*, AT, §33, I, II, pp. 176-178 (177); CLAUDIA HAACK, *Schuldrecht*, BT 4, *Unerlaubte Handlungen und Allgemeines Schadensrecht*, Alpmann Schmidt: Monastério, 20.^a ed. (2017), p. 13, 19, 106; MARCO STÄCKE, *Gesetzliche Schuldverhältnisse*, Springer: Berlim (2014), §7, VIII, Rn. 26, p. 167; ANDREIAS KLEIN, *Konkurrenz und Auslegung, Der deliktsrechtliche Gehalt vertraglicher Normen*, BR, 197, Duncker Humblot: Berlim

III. Concentremo-nos sumariamente nos dois principais argumentos invocados além-Reno. A doutrina tedesca invoca, desde logo, uma *paridade hierárquica* entre as modalidades de responsabilidade, cujas pretensões coexistem harmoniosamente (*beide Ansprüche bestehen nebeneinander*). Em segundo lugar, apelam ao facto de o dever geral de respeito delitual não poder ser afastado por mera vontade das partes na criação de um dever especial.

No final e quanto ao objeto, cada uma modalidades de responsabilidade (delitual e obrigacional) gera um pretensão autónoma, sujeita a um regime substantivo próprio, ainda que sejam todas reportadas *ao mesmo crédito indemnizatório*. Ao lesado recai, propõem, a *escolha* quanto à modalidade a ser considerada pelo Tribunal.

As consequências processuais inerente à *unidade* do crédito — aspeto ignorado por vários AA. — são operantes e devem ser consideradas. Desde logo, devemos notar que o lesante fica impedido de invocar a exceção da litispendência e do caso julgado entre as ações intentadas com fundamento disjuncto, ou seja, com base em modalidades concorrentes.

Por não terem considerado a possibilidade de coexistência da unidade do crédito, com uma pluralidade de pretensões, vários AA., tentam inutilizar as tais exceções da litispendência (*Rechtshängigkeit*) e do caso julgado (*entgegenstehende Rechtskraft*). Para este outro entendimento — do qual já demos, anteriormente, conta — não existem várias pretensões *per se*, mas apenas uma única, conquanto multiplamente fundamentada: o concurso é *de fundamentos de uma mesma pretensão* (*Anspruchgrundlagenkonkurrenz*) ou, noutra proposta, *de normas de uma mesma pretensão* (*Anspruchsnormenkonkurrenz*). Este entendimento, no contexto do concurso de responsabilidades, foi emblematicamente exposto por GEORGIADIS, apologista da unidade da pretensão processual e da (note-se) *substantiva*⁽¹⁰⁴⁾. Afirma o Autor: «[e]m rigor, se a pretensão for idêntica, trata-se de uma pretensão com dois fundamentos e não de duas pretensões distintas⁽¹⁰⁵⁾». Pois bem, a complexidade adicional é introduzida, como

(1997), p. 44, 96; DIETER LEIPOLD, *BGB I, Einführung und Allgemeiner Teil*, 10.^a ed., Mohr: Tübingen (2019), §9, p. 93; e, ainda, HELMUT KÖHLER, *BGB, Allgemeiner Teil*, 44.^a ed., C.H. Beck: Munique (2020), §18, p. 262.

⁽¹⁰³⁾ Sem prejuízo de inevitáveis desvios pontuais; cf., para uma indicação completa, o nosso *O Concurso*, v. pp. 638-639.

⁽¹⁰⁴⁾ Cf., também, EKKEHARD HOFMANN, *Grundrechtskonkurrenz oder Schutzbereichsverstärkung?*, AcP, (Dez., 2008), 133, pp. 523-555 (535).

⁽¹⁰⁵⁾ «Genau genommen handelt es sich, wenn der Anspruch auf dasselbe geht, um einen Anspruch mit zwei Begründungen, nicht um zwei getrennte Ansprüche» (tradução livre). A proposta de Georgiades foi seguida por vários AA., entre os quais, LARENZ, *Lehrbuch*, I, AT, §27, II, 428.; NIKISCH, *Zur Lehre vom Streitgegenstand im Zivilprozeß*, AcP 154 (1955), 271-299 (282); HERMANN EICHLER *Die Konkurrenz der vertraglichen und deliktischen Haftung im deutschen Recht*, AcP, 162 (1963), p. 417, 420; BROX/WALKER, *Allgemeines Schuldrecht*, 45.^a ed., C.H.Beck: Munique (2021), §3, pp. 27-28 e em *Allgemeiner Teil des BGB*, 44.^a ed., Vahlen: Munique (2020), §30, p. 296; ESSER/SCHMIDT, *Schuldrecht*, AT, I, 8.^a ed., C.F. Müller: Heidelberg (1995), §4, I, pp. 70-71, §7, II, pp. 120-223; e, por fim, FIKENTSCHER/HEINEMANN, *Schuldrecht*, §106, V, pp. 752-756.

visto, ao nível dos fundamentos, o que permite resolver várias questões associadas à pluralidade de pretensões, nomeadamente a matéria da respetiva *transmissão*⁽¹⁰⁶⁾ e *extinção*⁽¹⁰⁷⁾ autónoma; fenómeno esse nunca pretendido.

Quanto ao destino das pretensões concorrentes, uma vez que se encontre realizada uma das pretensões indemnizatórias é de fácil apreensão: tal como soberbamente explicado por DIETZ⁽¹⁰⁸⁾, uma vez satisfeita uma qualquer pretensão, o dano, pressuposto do título de imputação de danos das demais pretensões, não satisfeitas, é eliminado. A influência recíproca das pretensões opera, portanto, a este nível: satisfeita uma delas, as demais extinguem-se, conquanto tutelem o mesmo dano.

IV. Domina atualmente o plano internacional a *tese do cúmulo*, verdadeira réplica do abalo dogmático provocado pelo entendimento alemão⁽¹⁰⁹⁾. Na verdade, também é este o entendimento que impera no panorama helvético, sendo, por acréscimo, a solução maioritariamente seguida em Espanha e em Itália⁽¹¹⁰⁾. No plano do direito internacional, detetam-se várias tentativas de padronização do regime aplicável, através de *instrumentos concretos*, tal como na *Convenção das Nações Unidas sobre Contratos para Venda Internacional de Mercadorias* (CISG — *United Nation Convention on Contracts for the International Sale of Goods*), no *direito da União Europeia*, em especial na Diretiva em matéria de responsabilidade decorrente de produtos defeituosos, sendo esta a solução constante de regras de *soft law* (p. ex., no *Draft Common Frame of Reference*, DCFR).

Idêntico fenómeno é sentido nos principais sistemas jurídicos pertencentes à *Common Law*, embora não seja possível, fora de um plano casuístico, identificar uma dogmática geral de enquadramento do problema (dito de *concurrency of liability*). Embora a solução inicial haja sido a francesa⁽¹¹¹⁾, é, hoje, a inflexão do entendimento favorável à admissibilidade de um *concurso efetivo* de ambas as formas de responsabilidade. Vários fatores contribuem para tal, a começar pela tendência expansiva a ofensas

(106) Ficam superadas — e isso é mérito desta proposta — outras soluções, tal como a exigência de consentimento do lesante para a cessão daquele crédito; cf., ROTH/KIENINGER, em anot. ao §398 BGB, em MüKoBGB (8.^a ed., de 2019), n.ºs 88-90.

(107) PETER ARENS, *Zur Anspruchskonkurrenz bei mehreren Haftungsgründens*, p. 394, 413, PETER SCHLECHTRIEM, *Vertragsordnung und außervertragliche Haftung*, p. 54, ss.

(108) DIETZ, *Anspruchskonkurrenz bei Vertragsverletzung und Delikt*, pp. 163-165.

(109) Acompanha esta conclusão, DÁRIO MOURA VICENTE, *Direito Comparado*, II, p. 529.

(110) Para uma exposição completa quanto a esta matéria, v. o nosso *O concurso, maxime* pp. 653-663.

(111) Cf., *inter alia*, *Bean v. Wade* (1885) 2 T.L.R.

negligentes (*tort of negligence*), bem como pela tutela conferida à pura perda económica (*pure economic loss*)(¹¹²). Aliás, a evolução do enquadramento do concurso de responsabilidade civil encontra-se melhor explicada no emblemático discurso de Lord GOFF OF CHIEVELEY sobre o famoso caso *Henderson v. Merrett Syndicates*, o qual teve lugar em 1994(¹¹³).

4.3. O terceiro momento: o ponto de viragem do entendimento jurisprudencial português

I. Feito o enquadramento no panorama internacional, voltamos ao caso português. Ora, também entre os adeptos da teoria do cúmulo, e no que respeita aos seus *efeitos*, cumpre destacar um outro ponto de discórdia, o qual pode ser melhor sumariado em duas linhas fundamentais: (i) *quanto ao objeto* do concurso e (ii) *quanto aos efeitos* implicados. Vejamos cada um destes aspetos, em maior detalhe.

- i. [*objeto do concurso*] Na esteira do entendimento de VAZ SERRA, acérrimo defensor da autonomia das pretensões indemnizatórias reconhecidas ao lesado, o concurso a considerar é um de *pretensões*, por vezes, referido com um *concurso de normas*.

Esta proposta foi seguida, entre outros, por PESSOA JORGE, ANTUNES VARELA, SANTOS JÚNIOR, FIGUEIREDO DIAS e SINDE MONTEIRO, MARIA GRAÇA TRIGO, DÁRIO MOURA VICENTE, RUI ATAÍDE e CATARINA MONTEIRO PIRES(¹¹⁴).

(¹¹²) MADELEINE VAN ROSSUM, *Concurrence*, p. 541, ss.

(¹¹³) (1994) UKHL 5 (25-Jul-1994).

(¹¹⁴) Por ordem, PESSOA JORGE, *Direito das Obrigações*, AAFDL: Lisboa (1968), pp. 66, 205, 365, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Centro de Estudos Fiscais da Direcção-Geral das Contribuições e Impostos, Ministério das Finanças: Lisboa (1968), p. 41, 149, 365; ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I (10.^a ed., 2006), Almedina: Coimbra, pp. 522, 636-637, 939-941; SANTOS JÚNIOR, *Direito das Obrigações*, 3.^a ed., AAFDL Editora: Lisboa (2014), pp. 281-282; FIGUEIREDO DIAS/SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade médica em Portugal*, BMJ 332 (1984), pp. 21-79 (39-40); MARIA GRAÇA TRIGO, *Responsabilidade Civil por Facto de Terceiro*, Coimbra Editora: Coimbra (2009), pp. 238, 257-259; DÁRIO MOURA VICENTE, *Da responsabilidade pré-contratual em Direito Internacional Privado*, Almedina: Coimbra (2001), pp. 232, 712 e em *Direito Comparado*, II, pp. 524-525; RUI ATAÍDE, *Responsabilidade Civil por Violação dos Deveres no Tráfego*, Almedina: Coimbra (2015), pp. 1003-1004, *Poder paternal, direitos de personalidade e responsabilidade civil. A vigência dos direitos fundamentais na ordem jurídica privada*, em Estudos de Direito Privado, AAFDL: Lisboa (2020), pp. 406-408, *Direito dos Contratos II, Contrato de depósito*, AAFDL: Lisboa (2021), p. 31 e respetiva nota de rodapé 26; e, por fim, CATARINA MONTEIRO PIRES, *Aquisições de empresas e de participações acionistas*, Almedina: Coimbra (2014), pp. 103-104. Com desenvolvimentos, relativamente ao entendimento de cada um dos referidos AA., v. o nosso *O concurso*, pp. 676-680.

Devemos notar, contudo um outro entendimento — claramente maioritário, entre nós, acolhido, por sinal, em várias decisões jurisprudenciais⁽¹¹⁵⁾ — o qual nega a coexistência de *várias* pretensões: o concurso, a existir, é um de *concurso de fundamentos de uma mesma pretensão* (*Anspruchsgrundlagenkonkurrenz*) ou de *normas* (*Anspruchsnormenkonkurrenz*), como vimos.

Favoráveis a este entendimento figuram, entre outros, BAIÃO DO NASCIMENTO, CARLOS MOTA PINTO, RUI DE ALARCÃO, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, FERREIRA PINTO, SINDE MONTEIRO, JOÃO ÁLVARO DIAS, PEDRO ROMANO MARTINEZ, MAFALDA MIRANDA BARBOSA e NUNO PINTO DE OLIVEIRA⁽¹¹⁶⁾.

Existem, claro, outras posições, as quais não se reduzem à bipartição enunciada de concurso de pretensões ou de fundamentos de uma mesma pretensão. De entre estas, destacamos, desde logo, a proposta de MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA. O enquadramento do ilustre Professor é próprio: em linha com o conceito de pretensão de RIMMELSPACHE e numa decomposição própria da figura, o A. sugere a presença de um *concurso de títulos de aquisição da prestação indemnizatória*, adaptando aquele segundo entendimento⁽¹¹⁷⁾.

O entendimento de TEIXEIRA DE SOUSA reúne, na escola de Lisboa, vários adeptos, ainda que com adaptações à sua proposta, entre os quais MENEZES CORDEIRO⁽¹¹⁸⁾, RUI SOARES PEREIRA⁽¹¹⁹⁾ e, se bem confiamos, PEDRO MÚRIAS⁽¹²⁰⁾.

⁽¹¹⁵⁾ Cf., por todos, a decisão do STJ, de 30-Jan-2019 (MARIA GRAÇA TRIGO), proc. 3843/15.7T8CSC.LI.SI, no qual se afirmou existir um «concurso de fundamentos para a mesma pretensão indemnizatória», quando um paciente de reabilitação física sofre uma queda dentro das instalações da clínica que havia contratado.

⁽¹¹⁶⁾ Cf., respetivamente, BAIÃO DO NASCIMENTO, *Do Concurso de normas*, Cadernos de ciência e de técnica fiscal, n.ºs 136 e 137 (Abril e Maio de 1970), Lisboa (1970), pp. 41, 75-77, 80-81; CARLOS MOTA PINTO, *Cessão da Posição Contratual*, reimp., Almedina: Coimbra (1982), pp. 411-412 (nota 2 da p. 411); RUI DE ALARCÃO, *Direito das Obrigações*, (J. Sousa Ribeiro, J. Sinde Monteiro, Almeno de Sá, J. C. Proença), Universidade de Coimbra: Coimbra (1983), pp. 177-181; ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, Almedina: Coimbra (2020), p. 429; FERREIRA PINTO, *O concurso*, pp. 2014-2015; SINDE MONTEIRO, *Rudimentos da responsabilidade civil*, Revista da FDUP, Ano 2 (2005), 349-390 (353); JOÃO ÁLVARO DIAS, *Procriação assistida e responsabilidade médica*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Stvdia Iuridica, 21, Coimbra, 1996, pp. 228-236; PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Cumprimento Defeituoso*, Almedina: Coimbra (2001), pp. 223-235, *Direito das Obrigações*, 5.ª ed., AAFDL Editora: Lisboa (2017), pp. 81-85 (*idem*, 84); MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Lições de Responsabilidade*, Principia: Lisboa (2017), p. 20; e NUNO PINTO DE OLIVEIRA, *Ilicitude e culpa na responsabilidade médica*, Materiais para o Direito da Saúde n.º 1, Instituto Jurídico da FDUC/Centro de Direito Biomédico, Coimbra (2019), p. 23. Para desenvolvimentos relativos à posição de cada um dos mencionados AA., v. o nosso *O concurso*, pp. 680-684.

⁽¹¹⁷⁾ *O Concurso*, pp. 150-151, 159, 216, 330, 313, ss.

⁽¹¹⁸⁾ MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil*, Almedina: Coimbra (1984), 7.ª reimp. (2017), p. 639 — atualmente, o ilustre Professor entende que os deveres acessórios de segurança são o único espaço de existência de um *concurso real* com a tutela aquiliana, uma vez que o incumprimento

- ii. [efeitos]. Sabemos que o resultado normativo da concorrência de várias pretensões não obedece, nem pode, à regra de uma mera operação aritmética de adição, *i.e.*, de *soma de efeitos*. Se assim fosse, recairíamos num *excesso de ressarcimento*, conquanto se “compensaria” multiplamente o mesmo dano. No fundo, a teoria do cúmulo não pode conduzir a um *cúmulo em sentido estrito* dos efeitos implicados.

Aqui chegados, surgem duas propostas para compatibilizar os efeitos implicados pela teoria do cúmulo: por um lado, a alternatividade das pretensões em causa, conferindo-se a opção em bloco pelo respetivo regime (*teoria da opção*) ou, por outro, considerar, por acréscimo àquela solução, a possibilidade de *combinação ad hoc dos efeitos*⁽¹²¹⁾ (*teoria híbrida*), muitas vezes considerada uma *cumulação* de efeitos em *sentido amplo*.

Um breve apontamento. A matéria, assim enquadrada, não resolve razoavelmente a questão prévia de saber *quando* se exerce essa escolha nem, por outro lado, *a quem* compete essa mesma escolha, ou seja, quem é o titular da faculdade de optar ou de escolher os aspetos do regime entre as entidades possíveis, se o *lesado*, o *tribunal* ou (por hipótese) o próprio *lesante*.

Quanto ao primeiro aspeto, o momento determinante para o exercício dessa escolha é o do primeiro exercício do poder de exigibilidade, *i.e.*, quando o credor apela ao devedor para cumprir, extrajudicialmente ou judicialmente (com a propositura da ação ou em pedido reconvenicional).

Quanto ao segundo aspeto, a doutrina e a jurisprudência têm sido claras em avançar que essa escolha compete, em primeira linha, ao *lesado*. Concorda-se. A livre disponibilidade do crédito indemnizatório impõe esta solução. Não abrigo de um aforismo que o favoreça, enquanto vítima (*pro damnato*), o qual reputamos inexistir, mas por um outro motivo: se o lesado é livre de não responsabilizar o lesante, essa liberdade também existe quanto à opção pela modalidade de responsabilidade que melhor lhe convir. Todavia — e este aspeto é determinante — essa faculdade de escolha não pode bulir com a competência reconhecida ao julgado de qualificação dos factos carreados na demanda (*iura novit curia*).

do dever principal absorve (por *consumpção*) em sede obrigacional, as ofensas delituais; RUI SOARES PEREIRA, *A responsabilidade por danos não patrimoniais — do Incumprimento das Obrigações no Direito Civil Português*, Coimbra Editora: Coimbra (2009), p. 290; PEDRO MÚRIAS, *Por uma distribuição fundamentada do ónus da prova*, Lisboa (1998), p. 50 (nota de rodapé 207), p. 70 (nota de rodapé 278), e em *A responsabilidade por actos de auxiliares e o entendimento dualista da responsabilidade civil*, RFDUL, Vol. 37, n.º 1 (1996), pp. 171-217 (179 e respetivas notas de rodapé 46 e 47).

⁽¹¹⁹⁾ RUI SOARES PEREIRA, *A Responsabilidade por danos não patrimoniais*, Coimbra Editora: Coimbra (2009), p. 290.

⁽¹²⁰⁾ PEDRO MÚRIAS, *Por uma distribuição fundamentada do ónus da prova*, Lex: Lisboa (2000), p. 50 (nr 207), p. 70 (nr. 278) e em *A responsabilidade por actos de auxiliares e o entendimento dualista da responsabilidade civil*, RFDUL, Vol. 37, n.º 1 (1996), p. 179 (nr. 46 e 47).

⁽¹²¹⁾ Seguimos, por sinal, a qualificação de BAIÃO DO NASCIMENTO, *Do concurso de normas*, p. 83.

II. [*teoria da opção*] Para a primeira proposta (a da opção), incumbe ao lesado a *escolha* (ainda que preferencial) quanto à pretensão a satisfazer pelo lesante ou quanto ao fundamento que subjaz quanto à pretensão única, segundo a teoria do concurso de fundamentos à mesma pretensão. Essa escolha é *global*, uma vez que o regime associado à modalidade de responsabilidade civil é avocado de forma completa, sem cisões.

Favoráveis à teoria da opção, contam-se, entre nós e entre outros, ANTUNES VARELA, C. MOTA PINTO, PINTO MONTEIRO, PEDRO ROMANO MARTINEZ, MARIA DE GRAÇA TRIGO E ANA TAVEIRA DA FONSECA⁽¹²²⁾.

Optamos fundamentadamente por este entendimento, enquadrado que seja no modelo do *concurso de pretensões*. Rejeitamos, por outro lado, os argumentos tecidos pela teoria do não-cúmulo, embora cumpre reconhecer que ambos os entendimentos, a final, a que prevaleça apenas *uma* das responsabilidades. A diferença no resultado almejado radica no facto de a teoria do cúmulo permitir que essa escolha seja feita pelo lesado, *i. e.*, não se trata de uma heteroimposição, de uma qualquer imposição feita em momento anterior pelo próprio sistema legal.

Vejam agora os argumentos a favor deste entendimento.

Em primeiro lugar, o ressarcimento dos danos sofrido pelo lesado deve ser *pleno*, *total* ou *absoluto* e a relação obrigacional não é apenas um *plus* relativamente à proteção delitual. Antes, afigura-se uma ordem de tutela paralela e com dignidade equivalente, a qual não pode ser afastada por mera vontade das partes (a liberdade de estipulação não é ilimitada). A propósito, considerar ambas as modalidades em simultâneo, ou seja, no âmbito de um concurso efetivo, não implica qualificar o lesado como *credor* a título obrigacional e simultaneamente *terceiro* para efeitos delituais. Isto é impreciso. Notamos que o título delitual visa *qualquer pessoa* e não *outra pessoa* além da do credor ou devedor.

Em segundo lugar, é forçoso rever na *vontade* das partes um tal intento, de exclusão da vertente delitual, dada a *imprevisibilidade* do dano e considerando os *interesses do lesado* (agente que certamente não prescindirá da sua tutela delitual).

(122) Cf., respetivamente, ANTUNES VARELA, *Das Obrigações*, I, pp. 636-637; C. MOTA PINTO, *Cessão*, p. 411; PINTO MONTEIRO, *Cláusulas*, pp. 430-431 (e respetiva nota de rodapé 988); PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Cumprimento*, p. 235; MARIA DE GRAÇA TRIGO, *Responsabilidade civil delitual por facto de terceiro*, pp. 238, 257-259; e, ainda, se bem confiamos, ANA TAVEIRA DA FONSECA, *Responsabilidade civil pelos danos causados pela ruína de edificios ou outras obras*, p. 136 (nota 137).

Em terceiro lugar, invocar que a via obrigacional é a mais favorável e, que portanto, é aquela que deva prevalecer, baseia-se em duas premissas que rejeitamos: primeiro, as diferenças de regime não permitem aferir de antemão qual a via mais vantajosa para o lesado (pode, p. ex., o lesado ter interesse em responsabilizar solidariamente os co-lesantes, 490.º, em vez de confiar no regime da parciariedade, regime-regra da responsabilidade dos devedores, 513.º); segundo, esta baseia-se numa máxima que rejeitamos (a do *pro damnato*).

III. [*modelo híbrido*]. Noutra proposta, o lesado poderá *combinar, escolher, optar* (parcialmente) por vários aspetos de cada modalidade de responsabilidade civil, tal como proposto inicialmente por ADRIANO VAZ SERRA. O que está em causa, nestoutra teoria, é a possibilidade de uma combinação *ad hoc* de aspetos de regime de acordo com o seu interesse, num verdadeiro *cherry picking* ou *remedy-shopping* dos elementos do regime de cada modalidade.

A favor deste teoria figuram, entre outros, BAIÃO DO NASCIMENTO, FERREIRA PINTO, DÁRIO MOURA VICENTE, MAFALDA MIRANDA BARBOSA e RUI ATAÍDE⁽¹²³⁾.

Da nossa parte, este entendimento não pode prevalecer. Para tal, contribuem vários fatores, a começar pelo divergência axiológica insanável entre as modalidades consideradas. A *summo divisio* é, a final, adversa a uma tal miscigenação de regime inerente à criação de regras que, bem vistas as coisas, não existem (não se reputa, p. ex., exemplo admissível que o lesado escolha presumir a culpa do lesante pela prática de um delito, quando a lei não o preveja). O ponto fundamental é este: se o lesado não pode ficar, em resultado da existência de um concurso de responsabilidade civil, numa posição *pior*, também nada justifica que fique *numa posição melhor*. O interesse do lesando e do tráfego jurídico, especialmente *vis-à-vis* ao risco da imprevisibilidade e da incerteza jurídica quanto ao regime aplicável, são também operantes e devem ser atendidos.

⁽¹²³⁾ Em linha com a proposta de VAZ SERRA, v. BAIÃO DO NASCIMENTO, *Do concurso*, p. 85; FERREIRA PINTO, *O concurso*, p. 2013; DÁRIO MOURA VICENTE, *Da responsabilidade pré-contratual*, pp. 232, 712 e em *Direito Comparado*, II, p. 525; MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Lições*, p. 20; RUI ATAÍDE, *Responsabilidade*, 1003-1004, em *Poder paternal*, 406-408. Recentemente, *Direito dos Contratos II, Contrato de depósito*, p. 31 e respetiva nota 26. Novamente, para a análise da posição de cada um destes AA., v. o nosso *O concurso*, pp. 694-696. Na jurisprudência v., a título exemplificativo, cf. o entendimento expresso pelo STJ em 25-Fev-2015 (ARMINDO MONTEIRO), proc. 804/03.2TAALM.L.SI, no contexto da responsabilidade civil médica.

IV. A teoria do cúmulo, em sentido lato, vai notoriamente ganhando espaço nos nossos tribunais. Este *momento de inflexão* (no anglicismo: *turning point*), acompanha o declínio da teoria do não-cúmulo em França, onde tem as suas raízes. Isto corresponde, suspeitamos, à evolução natural do enquadramento juscientífico desta matéria.

Não é possível precisar no grau aqui mais-do-que-devido a decisão, ou conjunto delas, que atestam de forma final onde se situa essa *mudança de paradigma*. Mas esta ocorreu, *rectius* está em curso, neste preciso momento. Vejamos algumas das nossas decisões, favoráveis a esta leitura.

Ao nível das nossas Relações, assim de decidiu, *inter alia*, na responsabilidade emergente (i) pelo rebentamento de um cilindro⁽¹²⁴⁾, (ii) pelo incumprimento da obrigação médica⁽¹²⁵⁾, (iii) pelo aparecimento súbito de um cão na via controlada pela concessionária⁽¹²⁶⁾, (iv) pelo erro médico⁽¹²⁷⁾, (v) pelo acidente durante uma aula de condução⁽¹²⁸⁾, (vi) pela falta de cuidado na extração de um dente⁽¹²⁹⁾, (vii) pela atuação de um funcionário num lar de terceira idade⁽¹³⁰⁾ e, por fim, (viii) pela realização de uma sutura incorreta do paciente⁽¹³¹⁾.

Do Supremo Tribunal de Justiça provém um conjunto de decisões antigas, favoráveis ao cúmulo da responsabilidade. Assim foi decidido (i) quando os médicos se esquecem de uma gaze no interior do corpo da paciente⁽¹³²⁾, (ii) pela privação do uso do locado pelo senhorio⁽¹³³⁾, (iii) pelos prejuízos causados pela ruína de um muro⁽¹³⁴⁾, (iv) pela destruição do estabelecimento⁽¹³⁵⁾, e, ainda, (v) a responsabilidade do infante pela vigilância de um menor pelo incêndio ocorrido nas suas instalações⁽¹³⁶⁾. Nas decisões mais recentes, foi também este entendimento inerente (vi) à responsabilidade do médico e da clínica pelas informações prestadas num contexto de gravidez⁽¹³⁷⁾, (vii) pela cirurgia mal-executada⁽¹³⁸⁾, (viii) pelos danos causados por um doente a outro⁽¹³⁹⁾, (ix) pela remoção desnecessária da próstata do lesado⁽¹⁴⁰⁾ e,

(124) TRP, 20-Fev-1992 (SAMPAIO DA NÓVOA), proc. 9140452.

(125) TRC, 4-Abr-1995 (FRANCISCO LOURENÇO), CJ, II (1995).

(126) TRC, 10-Jan-2006 (JORGE ARCANJO), proc. 2554/05.

(127) TRL, 20-Abr-2006 (FÁTIMA GALANTE), CJ, 190, II (2006).

(128) TRC, 16-Dez-2009 (JORGE ARCANJO), proc. 5/05.5TBOHP.CI.

(129) TRP, 24-Fev-2011 (FILIPE CAROÇO), proc. 674/2001.PI.

(130) TRE, 20-Out-2011 (MÁRIO SERRANO), CJ, n.º 223, N (2011).

(131) TRL, 18-Mai-2017 (LUÍS MENDONÇA), proc. 5489/09.0TVLSB.LI-8.

(132) STJ de 26-Nov-1980, FURTADO DOS SANTOS; BMJ, n.º 301 (1980) pp. 404-411.

(133) STJ de 6-Nov-1986, LIMA CLUNY; BMJ, n.º 370 (1987), pp. 529-535.

(134) STJ de 22-Out-1987, LIMA CLUNY; BMJ, n.º 370 (1987), pp. 529-535.

(135) STJ de 23-Mai-1995, RAMIRO VIDIGAL; CJ/Supremo, III (1995), 2, pp. 103-106.

(136) STJ de 25-Nov-1998, HERCULANO LIMA; BMJ 481 (1998), pp. 470-483.

(137) STJ, 19-Jun-2001 (PINTO MONTEIRO), proc. 01A1008.

(138) STJ, 05-Jul-2001 (FERREIRA DE ALMEIDA), CJ, II, 2001.

(139) STJ, 22-Set-2005 (LUCAS COELHO), proc. 03B2668.

(140) STJ, 04-Mar-2008 (FONSECA RAMOS); CJ, n.º 206, I (2008).

por fim, (x) pelo acidente ocorrido quando uma enfermeira foi atingida pela queda de uma máquina instalada no teto na sala de operações⁽¹⁴¹⁾.

§5. Ensaio conclusivo. As tendências evolutivas do concurso de responsabilidade civil

I. Numa dada situação, na qual convirjam à aplicação as modalidades delitual e obrigacional de responsabilidade civil, o lesado tem ao seu dispor ambas as vias, podendo *optar* globalmente pelo regime que lhe seja mais favorável. No fundo, poderá *escolher* a pretensão indemnizatória que melhor lhe convir. Singra, entre nós e neste termos, o modelo do concurso de pretensões alemão (*Anspruchskonkurrenz*). Esta escolha detém, como vimos, várias particularidades e não é necessariamente incompatível com outro efeito, nomeadamente com o de *cumulação* do efeito ressarcitório inerente a pretensões concorrentes, desde que estas (frise-se) se destinem à tutela de *outros danos*.

Ora, a *coexistência e autonomia* das pretensões é, note-se, somente *horizontal*, ou seja, por comparação às demais pretensões. Quer isto dizer que a autonomia nunca é *vertical*, por referência ao direito de crédito indemnizatório, *único*, do qual dependem. Por outro lado, essa independência é geralmente posta em causa no momento da *satisfação* de uma delas. Como visto, o cumprimento de uma das pretensões em concurso, remove um dos pressupostos do título de imputação de danos das demais, nomeadamente o do *dano*. Em resultado, as demais pretensões, não satisfeitas, extinguem-se. Aliás, este momento poderá ser antecipado em resultado (i) dos efeitos (comunicantes) das causas de exclusão da ilicitude ou da culpa, (ii) perante o dano excedente da cláusula penal e, ainda, (iii) por efeito da regulação *convencional* ou *legal* da obrigação de indemnização.

II. A representar este processo vimos que a jurisprudência, nacional e estrangeira, tem tido um papel de destaque no enquadramento da figura. Três momentos históricos comprovam-no. O último corresponde, aliás, à tendência atual, claríssima na inflexão da doutrina mais antiga

(141) STJ, 07-Fev-2017 (HÉLDER ROQUE), proc. 4444/03.8TBVIS.CI.SI.

(correspondente à teoria do não-cúmulo) a favor de um *concurso de pretensões* destinado à satisfação de todos os prejuízos sofridos pelo lesado. Estamos, dúvidas não haja, a percorrer o *caminho da jurisprudência*, definido que seja, tal como fez LARENZ, como «o da paulatina progressão de caso para caso, através do qual os pontos individuais de um sistema de coordenadas são, por assim dizer, primeiramente definidos»⁽¹⁴²⁾. E é este (e bem) o trilho a percorrer, reconhecendo, justamente, o papel fundamental da jurisprudência e, em si, o do juiz, no desenvolvimento do Direito.

⁽¹⁴²⁾ KARL LARENZ, *Entwicklungstendenzen der heutigen Zivilrechtsdogmatik*, *JuristenZeitung*, Ano 17, n.º 04 (16 de fevereiro de 1962), pp. 105-110; cf. a nossa tradução deste importante estudo em *Revista do Direito Civil*, I (2023), 1, pp. 174-190 (177).