

# CATÓLICA LAW REVIEW

VOLUME VII  
n.º 2  
mai. 2023

## DIREITO PRIVADO

Clara Martins Pereira

Maria Inês Oliveira Martins

Pedro Múrias

Rita Canas da Silva

Ana Isabel Afonso

Eleonora Rosati



CATÓLICA

RESEARCH CENTRE  
FOR THE FUTURE OF LAW

LISBOA · PORTO

«*O concurso de responsabilidade civil – Ensaio sobre o concurso das modalidades delitual e obrigacional de responsabilidade civil*», por António Barroso Rodrigues<sup>\*</sup>

## Ana Isabel Afonso

Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa  
(Escola do Porto)

---

---

\* São usadas as seguintes siglas e abreviaturas: Ac. (Acórdão); art./arts. (artigo/artigos); cfr. (conforme); n.º (número); *op. cit.* [*opus citatum* (obra citada)]; p./pp. (página/páginas); ss. (seguintes); RG (Tribunal da relação de Guimarães); RL (Tribunal da Relação de Lisboa); RP (Tribunal da Relação do Porto); STJ (Supremo Tribunal de Justiça); todos os Acórdãos indicados foram consultados em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

A figura «concurso» – começa por lembrar o Autor – «representa o confronto positivo de soluções normativas distintas aplicáveis a um mesmo evento»<sup>1</sup>, colocando ao intérprete e ao aplicador do Direito o problema de selecionar, entre normas conflituantes, a solução adequada. Quanto às normas sobre responsabilidade civil, coloca-se a dúvida de saber como solucionar o problema de aplicação de regras distintas quando um certo evento lesivo, na relação entre um mesmo lesado e um mesmo lesante, desencadeia uma obrigação de indemnizar para a qual confluem dois títulos de imputação diferentes: um de índole obrigacional, por se ter violado um dever específico com fonte na relação obrigacional, e outro de índole aquiliano, por se ter igualmente cometido ofensa a um direito absoluto ou (talvez mais corretamente) por se ter infringido um dever geral de abstenção ou de respeito da integridade alheia. Conquanto o regime da consequência jurídica esteja comumente regulado nos arts. 562.º e ss. do Código Civil<sup>2</sup>, respeitantes à obrigação de indemnização como modalidade especial das obrigações, é sabido que o legislador português (à semelhança do que foi feito em outros ordenamentos jurídicos) definiu em dois sectores normativos distintos duas modalidades de responsabilidade civil (arts. 483.º e ss. para a aquiliana e, essencialmente, arts. 798.º a 800.º para a obrigacional) com regras não inteiramente coincidentes, das quais se destacam o ónus da prova da culpa (arts. 487.º e 799.º, n.º 1) e o prazo de prescrição do crédito indemnizatório (arts. 498.º e 309.º). Mesmo que, em alguns pontos, se denote uma tendência uniformizadora dos regimes (admitindo-se a ressarcibilidade dos danos não patrimoniais e até uma limitação do dano em resultado de uma graduação equitativa da culpa na modalidade obrigacional, além de uma propensão para uma aplicação transversal da regra da solidariedade em caso de pluralidade de responsáveis<sup>3</sup>), prevalece a dificuldade de eleger a solução adequada entre regras de sinal distinto. São, à partida, indefiníveis as situações concretas em que se pode colocar um problema de confronto entre as regras da responsabilidade civil obrigacional e extraobrigacional, mas há um conjunto de hipóteses em que mais típica ou frequentemente o problema se suscita: a

---

1 RODRIGUES (2023), p. 88.

2 Todos os artigos referidos no texto sem indicação adicional pertencem ao Código Civil.

3 A regra da solidariedade passiva, que é consagrada no âmbito da responsabilidade civil extracontratual, quer por factos ilícitos, quer pelo risco (respetivamente, arts. 497.º e 507.º), não é, em geral, prevista para a responsabilidade de fonte obrigacional. Ver, todavia, além dos arts. 100.º e 101.º do Código Comercial, os arts. 198.º, n.º 1 (associações sem personalidade jurídica), 200.º, n.º 1 (comissões especiais), 467.º (pluralidade de gestores), 649.º (pluralidade de fiadores), 997.º (sócios das sociedades civis), 1139.º (pluralidade de comodatários) e 1169.º (pluralidade de mandantes) do Código Civil, preceitos dos quais resulta uma aplicação razoavelmente ampla da responsabilização integral de cada um dos coobrigados, perante o credor, no domínio obrigacional. A regra da solidariedade, em caso de pluralidade de obrigados, era a proposta no quadro de harmonização do Direito Privado da União Europeia [cfr. Livro III, 4:103 (2) *Draft of Common Frame of Reference*].

«O concurso de responsabilidade civil – Ensaio sobre o concurso das modalidades delitual e obrigacional de responsabilidade civil», por António Barroso Rodrigues \ Ana Isabel Afonso

responsabilidade civil médica (instrumentos e materiais deixados no corpo do paciente depois da realização da intervenção médico-cirúrgica; análise errada de exames médicos que conduz à realização de intervenção cirúrgica desnecessária ou, ao invés, à sua não realização, apesar de necessária); a responsabilidade civil do transportador pelos danos causados nas mercadorias ou às pessoas transportadas; a responsabilidade do senhorio pelos danos pessoais e patrimoniais sofridos pelo arrendatário e seus familiares por falta de conservação e reparação da coisa; a responsabilidade do empreiteiro pelos danos causados pela deficiente construção ou reparação. Ocorre, simultaneamente, um incumprimento ou cumprimento defeituoso da prestação contratada e a violação de um dever geral de respeito.

A solução proposta por Vaz Serra no art. 767.º do Anteprojeto de Direito das Obrigações, que reconhecia a possibilidade de ocorrer um concurso de responsabilidade contratual e extracontratual e de se aplicarem as regras de ambas as modalidades, à escolha do lesado, a que se seguiam algumas ressalvas, e, sobretudo, a de a satisfação do credor por uma das vias excluir a satisfação pela outra, na medida em que coincidirem<sup>4</sup>, não foi adotada pelo legislador, tendo-se optado por omitir uma solução própria para o problema indicado. O critério apresentado por Vaz Serra, aquando da preparação do Código Civil atual, encontrou, todavia, ampla receção na doutrina portuguesa<sup>5</sup>.

Segundo uma outra perspetiva, seria, porém, possível identificar uma relação de especialidade entre as regras de responsabilidade obrigacional e as regras da responsabilidade extraobrigacional que conduziria à resolução de um eventual conflito de títulos de imputação (delitual e obrigacional) por aplicação do primeiro sector normativo. Apenas aparentemente existiria um conflito de normas posto que verificar-se-ia a consunção das regras aquilianas pela via obrigacional. A prevalência da modalidade obrigacional encontraria o seu fundamento na autonomia da vontade das partes e na melhor proteção do lesado, visto conter um regime globalmente mais favorável. A ideia da relação obrigacional complexa como um todo dirigido à plena realização do fim contratual serve para detetar, ao lado dos deveres de prestar propriamente ditos, a vinculação a deveres de proteção e cuidado da pessoa e património da contraparte, incluindo a

4 A solução preconizada por Vaz Serra correspondia, pois, a um sistema de «ação híbrida». Cfr. SERRA (1960), p. 145, e SERRA (1959), pp. 230 e ss.

5 Ver: VARELA (2000), pp. 636-637; ALARCÃO (1983), pp. 211 e ss.; PINTO (1982), p. 411; MONTEIRO (1985), pp. 430 e ss., que sustenta a opção do lesado como o seu melhor meio de tutela, não podendo, contudo, este critério permitir a indemnização com fundamento delitual quando tenha sido prevista cláusula de exclusão de responsabilidade e a não ser que a cláusula se restrinja ao domínio obrigacional; TRIGO (2009), pp. 257-259; BARBOSA (2017), p. 20; OLIVEIRA (2019), p. 37. A solução do cúmulo de regras é a predominantemente adotada em outros ordenamentos jurídicos, conforme dá conta VICENTE (2017), p. 529.

tutela indemnizatória destes também na esfera da responsabilidade contratual. Esta doutrina foi veiculada entre nós essencialmente pela lição de Almeida Costa<sup>6</sup>, tendo obtido receção alargada na jurisprudência portuguesa<sup>7</sup>, conquanto não se tenha deixado de reconhecer a existência de um verdadeiro concurso de normas e a possibilidade de se combinar na mesma ação as regras de uma e de outra das modalidades de responsabilidade civil<sup>8</sup>. Na verdade, regista-se uma tendência mais recente para acolher a teoria do cúmulo, maioritariamente com o efeito ou consequência de se permitir ao lesado eleger a modalidade de responsabilidade que melhor lhe convenha segundo um método de «opção»<sup>9</sup>.

António Barroso Rodrigues começa por recusar a doutrina do não cúmulo, seja pela especialidade ou pela consumpção da modalidade obrigacional, por entender que falta um critério capaz de determinar a prevalência de uma modalidade de responsabilidade civil sobre a outra, no que diz respeito à previsão das

---

6 COSTA (1988), pp. 555 a 565. O Autor sublinha que este critério permite salvaguardar todos os interesses atendíveis do lesado, sem sacrifício injusto da posição do lesado. O Autor reconhece ainda que o critério escolhido para resolver o conflito de normas não assenta em razões de ordem pública, podendo ser afastada por acordo em que se eleja um sistema de ação híbrida ou de opção (p. 565). A doutrina da consumpção foi igualmente acolhida por MARIANO (2020), p. 83, entre outros Autores.

7 Consultar, entre outros: Ac. do STJ de 07.03.2017 (Gabriel Catarino), Ac. do STJ de 02.06.2015 (Clara Sottomayor), Ac. do STJ de 28.01.2016 (Maria da Graça Trigo), Ac. da RP de 14.05.2020 (Carlos Portela), Ac. da RP de 30.05.2016 (Sousa Lameira), todos respeitantes a hipóteses de responsabilidade civil médica; Ac. do STJ 01.07.2010 (Maria dos Prazeres Beleza), Ac. do STJ de 09.04.2019 (José Rainho) e Ac. da RP de 08.02.2021 (Eugénia Cunha), que aplicam o regime da responsabilidade contratual aos danos casos por vício de construção em empreitada; Ac. do STJ de 27.11.2002 (Araújo Barros), relativo a uma compra e venda de coisa defeituosa; e Ac. do STJ de 31.01.2012 (Fernando Bento), que convoca a ideia de relação obrigacional complexa para aplicar a presunção de culpa de transportadora ferroviária.

8 Ver, por exemplo, Ac. do STJ de 15.12.2020 (Ricardo Costa), que acolhe a doutrina da consumpção, sem desmerecer a possibilidade de se «convocar em método híbrido ou de conjugação as regras da responsabilidade delitual» na linha do considerado em arestos anteriores. A doutrina da opção foi a escolhida no Ac. do STJ de 19.06.2001 (Pinto Monteiro) em decisão emblemática sobre o direito à não existência ou pedido indemnizatório por vida indevida.

9 Cfr., nomeadamente, as seguintes decisões jurisprudenciais: Ac. do STJ de 22.09.2005 (Lucas Coelho), em que se sustentou a doutrina do cúmulo em hipótese de responsabilidade da clínica médica pelos danos causados por um doente a outro, internado em recuperação pós-operatória; Ac. do STJ de 04.03.2008 (Fonseca Ramos), em que se acolhe a aplicação cumulativa das regras da responsabilidade contratual e extracontratual, num caso de responsabilidade médica por erro de análise que teve por consequência a desnecessária remoção da próstata; Ac. do STJ de 29.04.2010 (Sebastião Póvoas), que parece enveredar pela via da opção no litígio entre cliente e advogado relativo a contrato de mandato forense; Ac. do STJ de 09.12.2021 (Fátima Gomes), em que se eleger um sistema de cúmulo, mas sem que fosse necessário retirar daí quaisquer consequências; Ac. do STJ de 31.03.2022 (Ferreira Lopes), que considera o hospital privado responsável contratualmente e o médico que realizou a operação responsável com fundamento extracontratual, notando-se o desvio de o duplo fundamento indemnizatório ser relativo a duas entidades diferentes, ainda que referente a um mesmo evento lesivo e ao mesmo crédito indemnizatório; Ac. da RP de 03.06.2019 (Miguel Morais) e Ac. da RL de 14.03.2023 (Alexandra Rocha), este relativo a um passeio contratado em embarcação turística, que reconhecem o poder de escolha do lesado capaz de lhe permitir beneficiar na mesma ação de todos os efeitos favoráveis; Ac. da RL de 18.05.2017 (Luís Correia Mendonça), em que num caso de responsabilidade civil médica se considerou que o cirurgião responderia por qualquer um dos dois regimes de responsabilidade à escolha do lesado.

«O concurso de responsabilidade civil – Ensaio sobre o concurso das modalidades delitual e obrigacional de responsabilidade civil», por António Barroso Rodrigues \ Ana Isabel Afonso

normas. Na organização sistemática do nosso Código Civil as duas modalidades têm o respetivo espaço de autonomia e em relação de paridade hierárquica. Quanto à qualidade dos sujeitos, o Autor não vê obstáculo a que se acumulem as posições de lesante e devedor, por um lado, e de lesado e credor por outro: o sujeito da relação obrigacional pode ser terceiro para efeitos delituais, porquanto «terceiro» significa, para este efeito, «qualquer pessoa» e não «outra pessoa». Acresce que o consenso não é apto a excluir a formação da pretensão delitual ou a aplicação do seu regime. Com efeito, como tem sido sublinhado pelos partidários da teoria do cúmulo, a inclusão dos deveres de proteção no quadro contratual não pode acarretar para o lesado a perda da proteção que lhe seria conferida pela responsabilidade extracontratual. Por fim – sustenta o Autor –, não é possível aferir, antecipadamente, qual é o regime mais favorável ao lesado: a regra da presunção de culpa (art. 799.º, n.º 1) não basta para afirmar que a modalidade obrigacional é, globalmente, mais vantajosa. O lesado pode muito bem considerar que lhe é mais favorável o regime delitual pela maior amplitude da capacidade delitual (art. 488.º) ou pela regra de solidariedade entre os corresponsáveis (arts. 490.º e 493.º). O Autor adere à teoria do cúmulo, entendendo ser essencial clarificar o respetivo caminho metodológico. Na hipótese de concurso, o crédito indemnizatório é uno, mas funda-se numa dualidade de pretensões. Além do interesse do lesado, há, todavia, que acautelar igualmente o interesse do lesante e do sistema jurídico, pelo que o Autor rejeita a via da combinação de regimes ou ação híbrida, pois redundaria em criar regras que não existem, em violação da axiologia própria de um sector normativo. O Autor ainda ressalva a possibilidade de se verificar uma «cumulação em sentido estrito», tomando o dano como critério primariamente determinante: quando esteja em causa a tutela de prejuízos distintos nada obsta a que o lesado cumule, na mesma medida, a tutela indemnizatória concedida pelas pretensões em concurso<sup>10</sup>.

A escolha do tema pelo Autor é de saudar pela sua inefável relevância prática e dogmática. Parece-nos também que o critério proposto – o de o lesado poder optar entre uma das duas modalidades de responsabilidade civil cujo regime se lhe ofereça em concreto mais favorável – é o mais adequado para a solução do problema, porquanto também não conseguimos discernir base suficientemente sólida para aceitar a prevalência do regime da responsabilidade obrigacional. A crescente adesão que o critério da opção tem encontrado na jurisprudência denota que este será possivelmente o caminho a trilhar no futuro. Lamentamos, porém, que o Autor não tenha feito uma análise mais aturada das decisões jurisprudenciais que considera com abundância, detendo-se

---

10 RODRIGUES (2023), pp. 703 e ss.

na consideração dos diversos efeitos resultantes da eleição de um sistema de cúmulo pelos tribunais e comparando-o com a opção por um sistema de não cúmulo, para se poder com mais pertinência ajuizar e concluir sobre o real alcance do primeiro em detrimento do segundo. Apesar de o Autor considerar as consequências para o processo e para o recurso a instrumentos processuais resultantes da escolha de um sistema de opção – resolvendo, designadamente, o problema da competência do tribunal: aponta a solução de caber também ao lesado a escolha de qualquer um dos tribunais potencialmente competentes<sup>11</sup> –, lamentamos também que não tenha sido dado desenvolvimento mais consistente aos aspetos processuais da escolha deste critério de superação do concurso de normas. Parece-nos que fica por esclarecer a dificuldade resultante de se ignorar a escolha do lesado por se entender que a determinação do modelo normativo da responsabilidade civil é uma questão de qualificação jurídica e, como tal, matéria de direito, de conhecimento oficioso pelo juiz<sup>12</sup>. Ao lesado resta, se bem compreendemos, deduzir um pedido subsidiário para evitar a absolvição do Réu da instância caso o Tribunal eleja uma qualificação jurídica da pretensão indemnizatória diferente da sua, o que, não sendo diverso do que ocorre em muitas outras situações jurídico-processuais privadas –, afeta o alcance e a autonomia dogmática de um critério de opção como meio de superar o conflito positivo de normas de responsabilidade civil.

Um trabalho monográfico deve procurar focar-se em um problema (e, naturalmente, nos que deste irradiam) sem dispersar a atenção por questões laterais que distraiam do objeto essencial e, talvez, o Autor se tenha detido em análise desnecessariamente longa dos pressupostos da responsabilidade civil (pp. 129 a 252), demorando-se em questões sem pertinência direta para o problema central, o que resulta em um número excessivo de páginas de texto; para conhecer a posição do Autor é preciso aguardar até à página 703 das 734 que a obra contém. A obra de António Barroso Rodrigues, *O concurso de responsabilidade civil – Ensaio sobre o concurso das modalidades delitual e obrigacional de responsabilidade civil* ter-se-á tornado, não obstante, ponto de arrimo indispensável para quem queira refletir sobre o problema à luz das coordenadas do ordenamento jurídico português.

---

11 Ver p. 731.

12 Cfr. Ac. do STJ de 02.05.2019 (Rosa Tching).

«O concurso de responsabilidade civil – Ensaio sobre o concurso das modalidades delitual e obrigacional de responsabilidade civil», por António Barroso Rodrigues \ Ana Isabel Afonso

## Bibliografia

- ALARCÃO, Rui de, 1983, *Direito das Obrigações (texto elaborado por J. Sousa Ribeiro, J. Sinde Monteiro, Almeno de Sá e J. C. Brandão Proença, com base nas Lições ao 3.º ano jurídico)*, Coimbra.
- BARBOSA, Mafalda Miranda, 2017, *Lições de responsabilidade civil*, Principia, Cascais.
- COSTA, Mário Júlio de Almeida, 1988, «O concurso da responsabilidade civil contratual e da extracontratual», in «*Ab uno ad omnes*» – 75 anos da Coimbra Editora (1920-1995), Coimbra Editora, Coimbra.
- MARIANO, João Cura, 2020, *Responsabilidade contratual do empreiteiro pelos defeitos da obra*, Almedina, Coimbra.
- MONTEIRO, António Pinto, 1985 (reimpressão 2011), *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, Almedina, Coimbra.
- OLIVEIRA, Nuno Pinto de, 2019, *Ilícitude e culpa na responsabilidade médica*, Centro de Direito Biomédico, Coimbra.
- PINTO, Carlos Alberto da Mota, 1982 (reimpressão de 2003), *Cessão da posição contratual*, Almedina, Coimbra.
- RODRIGUES, António Barroso, 2023, *O concurso de responsabilidade civil – Ensaio sobre o concurso das modalidades delitual e obrigacional de responsabilidade civil*, Almedina, Coimbra.
- SERRA, Adriano Vaz, 1960, «Anteprojecto relativo ao Direito das Obrigações», *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 101.
- SERRA, Adriano Vaz, 1959, «Responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual», *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 85, pp. 115 a 239.
- TRIGO, Maria da Graça, 2009, *Responsabilidade civil delitual por facto de terceiro*, Coimbra Editora, Coimbra.
- VARELA, João de Matos Antunes, 2000, *Direito das Obrigações*, vol. I, 10.ª edição, Almedina, Coimbra.
- VICENTE, Dário Moura, 2017, *Direito Comparado*, vol. II, Almedina, Coimbra.



VOLUME VII  
n.º 2  
mai. 2023

# DIREITO PRIVADO

## DOCTRINA

*The Digital Tokenisation of Non-Financial Assets: Challenges to English Private Law* \ **Clara Martins Pereira**

Responsabilidade dos prestadores de mercado em linha por incumprimento de contratos de fornecimento \ *Liability of online market providers for non-compliance with supply contracts* \ **Maria Inês Oliveira Martins**

Sobre o sinalagma genético e o sinalagma funcional \ *On the “genetic” and “functional” synallagmata* \ **Pedro Múrias**

## COMENTÁRIO DE JURISPRUDÊNCIA

Comentário ao Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 22 de setembro de 2022, XP contra Fraport AG Frankfurt Airport \ *Services Worldwide* e AR contra St. Vincenz Krankenhaus GmbH \ **Rita Canas da Silva**

## RECENSÃO

«O concurso de responsabilidade civil – Ensaio sobre o concurso das modalidades delitual e obrigacional de responsabilidade civil», por António Barroso Rodrigues \ **Ana Isabel Afonso**

*The shape of things to come: exceptions, limitations, and user rights in EU copyright law* \ **Eleonora Rosati**