

A REFORMA FRANCESA DA RESPONSABILIDADE CIVIL – BREVES CONSIDERAÇÕES EM SEDE EXTRA CONTRATUAL

MAFALDA MIRANDA BARBOSA

Doutora em Direito pela Faculdade de Direito de Coimbra
Professora Auxiliar da Faculdade de Direito de Coimbra
Membro do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito de Coimbra

1. Introdução. Os modelos delituais e a justificação do tema.

Descontados que sejam os sistemas da *Common Law* e os modelos híbridos ou mistos, que vão colhendo influências daquilo que podemos designar por modelos puros, podemos afirmar que, no quadro europeu, se confrontam dois grandes modelos de responsabilidade civil: o modelo gaulês, de inspiração napoleónica, e o modelo germânico, que deve os seus principais traços característicos à obra de Ihering.

O direito delitual alemão baseia-se no chamado *Enumerationprinzip*, nos termos do qual apenas determinados bens indicados pela lei (§823 I BGB) são objeto de tutela. A par desta previsão, o §823 II BGB estabelece que a indemnização pode resultar da violação de disposições legais de proteção de interesses alheios, e o §826 considera que a violação dolosa dos bons costumes pode constituir fonte de responsabilidade civil. Quer isto dizer que, embora a culpa seja exigida – em regra – como requisito para o ressarcimento, sendo ainda hoje excecionais as hipóteses de responsabilidade objetiva, não é bastante para alicerçar uma pretensão indemnizatória procedente. Pelo contrário, exige-se o preenchimento de um filtro objetivo de seleção dessas mesmas pretensões – a ilicitude, confrontando-nos com três pequenas cláusulas que permitem desvelá-la. As consequências da modelação assim perfunctoriamente descrita são, contudo, mais vastas. Em primeiro lugar, a partir do momento em que a responsabilidade aquiliana passa a ter este figurino bem delimitado, separa-se claramente da responsabilidade contratual, abrindo-se, não obstante, as portas a um possível concurso entre ambas. Em segundo lugar, em termos dogmáticos, assiste-se a uma limitação do ressarcimento, passando o jurista a confrontar-se com problemas como aqueles que vão identificados pela categoria dos danos puramente patrimoniais - *reine Vermögensschaden*. Os danos que se traduzam na perda económica que não decorra da lesão de um bem que figure entre aqueles que a

lei expressamente tutela não são, em princípio, ressarcidos, exceto se existir uma disposição legal de proteção de interesses alheios que proteja aqueles interesses ou que se verifique uma dolosa afronta dos bons costumes, embora a doutrina tenha vindo a procurar remédios de variada ordem que garantam o ressarcimento, quando um sentimento de justiça dominante parece clamar por ele.

Já o modelo francês, que encontrava no artigo 1382º *Code Civil* a sua consagração genérica¹, sustenta-se num conceito chave: a *faute*. Esta, sendo entendida no sentido da culpabilidade, não se confunde em rigor com a culpa, antes integrando dois elementos. A par do elemento objetivo (violação de um dever), implica um elemento subjetivo, a imputabilidade². Repare-se, aliás, que alguns autores protagonizam um movimento de objetivação da categoria³. O que se retira da breve referência ao modelo francês é que,

¹ Com a reforma do Código Civil francês, o preceito mãe em matéria de responsabilidade extracontratual passou a ser o artigo 1240º *Code Civil*. A reforma a que aludiremos no presente estudo é, porém, posterior à última revisão do Código Civil francês.

² Cf. WAREMBOURG-AUQUE, « Irresponsabilité ou responsabilité civile de l'infans », *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, année 1982, 331. Explícite-se, porém, que a imputabilidade pode não coincidir exatamente com os contornos da culpabilidade com que habitualmente a entendemos. Na verdade, a consideração do elemento subjetivo pode perfeitamente conduzir à ponderação da culpa do agente, aferida em abstrato, pelo que se prescinde da imputabilidade no sentido do discernimento. Não será, porém, esse o sentido com que YVONNE LAMBERT-FAIVRE a considera – « L'évolution de la responsabilité civile d'une dette de responsabilité à une créance d'indemnisation », *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, année 1987, 2-3. Pode ler-se aí que a prova da *faute* comporta dois aspetos: a *conduite fautive*, que implica a comparação da conduta a um referente *non fautive* e a imputabilidade desse comportamento ao responsável, entendida como a consciência suscetível de discernir o *fautif* do *non fautif*. Sem que a autora deixe de alertar para o facto de a apreciação da *faute* em abstrato – ao ponto de se assumir como referente de sindicância da conduta do menor o comportamento do *bonus pater familias* – conduzir ao abandono da imputabilidade e a uma responsabilidade *déracinée, désincarnée, décervelée*.

Veja-se, ainda, sobre o correto desenho da *faute*, HERMAN A. COUSY, “Wrongfulness in Belgian Tort Law”, in KOZIOL (ed.), *Unification of tort law: wrongfulness*, Kluwer Law International, Netherlands, 1998, 31 a 38; GENEVIÈVE VINEY, “Le wrongfulness en droit français”, in KOZIOL (ed.), *Unification*, 57; MENEZES CORDEIRO, *Da responsabilidade civil dos administradores*; ELSA SEQUEIRA, *O conceito de faute. Contributo para o estudo da culpa e da ilicitude na responsabilidade civil*, Faculdade de Direito de Lisboa, 2000 (policopiado); ESMEIN, « La faute et sa place dans la responsabilité civile », *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, année 1949, tome quarante-septième, 481 a 490.

³ Aderindo a uma conceção puramente objetiva de *faute*, entendida como o desvio de uma regra de conduta, o que viabilizaria a responsabilidade dos sujeitos privados da capacidade natural para entender ou querer, com base no argumento segundo o qual a mesma deveria distanciar-se da *faute* moral, cf. MAZEAUD, « La faute objective et la responsabilité sans faute », *Recueil Dalloz*, année 1985, 13 s.

Note-se que o desenvolvimento da noção puramente objetiva do *fait fautif* acompanha o incremento das preocupações com a posição da vítima e conduz quase a uma ideia de ilicitude – cf. WAREMBOURG-AUQUE, « Irresponsabilité ou responsabilité civile de l'infans », 332 e 337. No centro da controvérsia entre os adeptos da *faute* subjetiva e da *faute* objetiva encontra-se o artigo 489º-2 do *Code Civil*, ligando-se a problemática, diretamente, à possibilidade de um demente ser civilmente responsabilizado. Cf., a propósito

nele, se prescinde do duplo grau de sindicância para se dar lugar a um juízo unívoco, onde os elementos subjetivos e objetivos se congregam numa intencionalidade única. Com isto, a limitação da responsabilidade civil tem de ocorrer por via dos critérios introduzidos pela doutrina e jurisprudência, designadamente através donexo de causalidade, facto que leva a que raramente sejam indemnizados todos os danos em cascata. O que exclui ou pode excluir a indemnização em terras gaulesas é o carácter indireto e não certo do dano⁴. Quer isto dizer que problemas como os relativos à indemnizabilidade ou não dos danos puramente patrimoniais são desconhecidos nesta latitude. O relator francês no Congresso da *International Academy of Comparative Law*, em Bristol, em Agosto de 1998, afirmou mesmo, no que concerne aos danos puramente patrimoniais, que “ce thème est particulièrement difficile à traiter ou meme concevoir, pour un juriste français, car celui-ci, *a priori*, ne connait le problème, ni meme la expression”⁵. Se tal não implica uma abertura desmedida à ressarcibilidade de certos danos, envolve, não obstante os resultados prático-normativos a que se chegue, o reconhecimento da diversa conjugação dogmática dos pressupostos delituais. O mesmo determina, aliás, que a questão do eventual concurso de responsabilidades seja resolvido de modo diverso daquele com que habitualmente nos confrontamos, pois que, se ao nível da responsabilidade aquiliana cabe toda e qualquer violação de um direito ou interesse, percebe-se que a responsabilidade contratual, a

do preceito, BARBIERI, «Inconscience et responsabilité dans la jurisprudence civile: l’incidence de l’article 489-2 du code civil, après une décennie», *La semaine juridique*, année 1982, 3057. Percebe-se, portanto, que em causa não está, sob o domínio do Código de Napoleão, apenas a determinação dos critérios de aferição da culpa do agente, mas, a montante, o desenho dos pressupostos de surgimento de uma pretensão indemnizatória e dos fundamentos da mesma. Sobre o ponto, com algumas indicações sobre o conceito de *faute*, veja-se GUIDO ALPA, *Responsabilità civile e danno, Lineamenti e questioni*, Il Mulino, 1991, 223. Veja-se, ainda, GENEVIEVE VINEY, “Réflexions sur l’article 489-2 du Code Civil”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, année 1970, tome soixante-huitième, 251 a 267.

⁴ Cf. BANAKAS, *Tortious liability for pure economic loss : a comparative study*, Hellenic Institute of International and Foreign Law, Athens, 1989, 214 e 126. Afirma, aí, o autor que em sistemas como o francês o problema dos danos puramente patrimoniais é sobretudo um problema de causalidade. Trata-se daquilo que o autor designa por sistema *damage-oriented*, por oposição aos sistemas, como o alemão, *interest-orientated*.

⁵ No mesmo sentido, cf. LAPOYADE DESCHAMPS, “Dommages intéréts”, *Encyclopédie Dalloz*, 1997; “La réparation du préjudice économique pur en droit français”, in BANAKAS, *Civil liability for pure economic loss*, Kluwer, 1996, 89; CHRISTOPHE RADÉ e LAURENT BLOCH, “Compensation for pure economic loss under French law”, in WILLEM VAN BOOM, HELMUT KOZIOL e CHRISTIAN WITTING (eds.), *Pure economic loss*, Tort and Insurance Law, vol. 9, European Centre of Tort and Insurance Law, Springer, Wien, New York, 2003, 41. Os últimos autores citados chegam mesmo a questionar, impressivamente, se a lei francesa será um jardim do éden para as vítimas de danos.

verificar-se, configure um regime especial em confronto com o regime geral no qual a hipótese também cabe. Donde, o problema se resume a um concurso de normas, a resolver segundo os critérios gerais. Nesse sentido, e mais uma vez dada a amplitude da cláusula delitual, perde razão de ser a tentativa de autonomização de uma terceira via de responsabilidade civil.

Entre nós, o preceito básico em matéria de responsabilidade extracontratual é o artigo 483º CC, o qual acolhe, claramente, o modelo proposto por Ihering, assente na dualidade entre culpa e ilicitude. Se a primeira é imprescindível, exceto nos casos de responsabilidade objetiva, a segunda também tem de estar necessariamente preenchida, traduzindo-se na violação de direitos absolutos, na violação de disposições legais de proteção de interesses alheios e no abuso do direito. Denota-se, neste ponto, uma clivagem em relação ao ordenamento jurídico alemão: na verdade, enquanto ali a terceira forma de ilícito resulta da lesão dolosa dos bons costumes, no quadro do direito civil português, não só não se está limitado pelo dolo (dada a conceção objetivista de abuso a que acedemos pela mão dos estudiosos), como se abre a porta a comportamentos que, não atentando contra os bons costumes, mas pondo em causa os princípios normativos sustentadores do ordenamento e alicerçadores da materialidade subjacente ao direito subjetivo, possam ser chancelados de abusivos⁶. Em tudo o resto, pode-se afirmar o paralelo, com as consequências daí decorrentes. Assim, embora sem unanimidade na doutrina, não são, em regra, indemnizados os danos puramente patrimoniais⁷; não é, em regra, conferida eficácia externa às obrigações⁸; estabelece-se uma cisão entre a

⁶ Sobre a conformação do abuso do direito e o seu aproveitamento em sede de responsabilidade civil, cf. MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Liberdade versus Responsabilidade: a precaução como fundamento da imputação delitual? Considerações a propósito dos cable cases*, Almedina, Coimbra, 2005, e demais bibliografia aí citada.

⁷ MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Liberdade versus Responsabilidade: a precaução como fundamento da imputação delitual?*

⁸ Entre nós defendem a teoria do efeito externo das obrigações FERRER CORREIA, “Da responsabilidade do terceiro que coopera com o devedor na violação de um pacto de preferência”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 98º, 355 s. (sustentando, porém, que, do ponto de vista do direito positivo – e por referência ao Código Civil de 1867 –, tal eficácia externa decorreria do abuso do direito. Veja-se, igualmente, FERRER CORREIA/VASCO LOBO XAVIER, “Efeito externo das obrigações. Abuso do direito. Concorrência desleal”, *Revista de Direito e Economia*, 1979, 7 s.); DIOGO LEITE CAMPOS, “A responsabilidade do banqueiro pela concessão ou não concessão do crédito”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 46, Lisboa, 1986, 51; ALBERTO LUÍS, “O problema da responsabilidade civil dos bancos por prejuízos que causem a direitos de crédito”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 59, Lisboa, 1999, 895 a 914; GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações*, 7ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2010 (reimpressão), 48 e 246; PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Almedina, Coimbra, 1999 (reimpressão), 79; MENEZES

LEITÃO, *A responsabilidade do gestor perante o dono do negócio no direito civil português*, Almedina, Coimbra, 2005 (“A responsabilidade do gestor perante o dono do negócio no direito civil português”, *Ciência e Técnica Fiscal*, nº363, Julho-Setembro, 1991, 37-244 e nº364, Outubro-Dezembro, 1991, 13 a 188), 141, PESSOA VAZ, *Do efeito externo das obrigações (algumas perspectivas da mais recente doutrina portuguesa e alemã)*, ed. policopiada, 1977.

Em sentido contrário, também na doutrina nacional, veja-se RUI DE ALARCÃO, *Direito das Obrigações* (texto elaborado por J. Sousa Ribeiro, J. Sinde Monteiro, Almeno de Sá e J.C. Proença. Com base nas lições do Prof. Doutor Rui de Alarcão ao 3º ano jurídico), policopiado, Coimbra, 1983, 77 s., 84-85; ÁLVARO DIAS, *Dano corporal. Quadro epistemológico e aspectos ressarcitórios*, Almedina, Coimbra, 2001, 291; VAZ SERRA, “Responsabilidade de terceiros no não cumprimento das obrigações”, *Boletim do Ministério da Justiça*, nº85, 1959, 345-360, “Anotação ao acórdão de 17 de Junho de 1969”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 103º ano, 1970-1971, 458 a 463; CARNEIRO DA FRADA, *contrato e deveres de protecção*, Separata do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1994, 162 e *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, Almedina, Lisboa-Porto, 2003, 238 s.; ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, vol. I, 10ª edição, Almedina, Coimbra, 2003, 175 s.; SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Almedina, Coimbra, 1989, 185-188, 194, 523.

Sobre Menezes Cordeiro tínhamos escrito que, em *Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais*, Lex, 1997, 490 s., o autor tinha revisto a sua posição quanto ao ponto, afirmando que não existe uma relação de especialidade entre a responsabilidade contratual e a responsabilidade aquiliana, depois de ter defendido o efeito externo das obrigações. A alteração de posição parece seguir a linha de evolução do pensamento do civilista que modifica igualmente a sua visão acerca da querela dualismo/monismo em sede de modalidades de responsabilidade civil. Note-se, porém, que o autor, ao contrário do que sucede quanto a esta última questão, não se mostra tão explícito a propósito do primeiro problema. A diferenciação entre duas modalidades de responsabilidade civil não obsta a que se considere pertinente a teoria do efeito externo das obrigações. As duas temáticas são conexas, mas não se confundem. No entanto, a remissão que Menezes Cordeiro faz para o pensamento de Miguel Teixeira de Sousa e para a crítica que este tece à ideia de relação de especialidade entre o artigo 483º e o artigo 798º CC deixavam antever dúvidas em relação à própria ideia de eficácia externa das obrigações. Contudo, na versão de 2010 do *Tratado de Direito Civil Português* (II/III, 448), o autor adere expressamente à doutrina da eficácia externa das obrigações. Embora rejeite a ideia de especialidade entre as diversas modalidades de responsabilidade civil, considera que os direitos de crédito são tutelados ao nível da responsabilidade aquiliana (artigo 483º CC). Para os artigos 798º ss CC reservar-se-iam as hipóteses de violação de tais direitos perpetradas pelo devedor. Ora, pergunta-se se não se encontra exatamente aí a relação de especialidade que o autor nega veementemente. Cf., igualmente, pág. 398, onde o autor diz que existe uma relação de especialidade quando esteja em causa o dever de prestar e um concurso real, quanto aos deveres de segurança (acessórios)

responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual⁹ e colocam-se problemas atinentes a uma terceira via de responsabilidade¹⁰. A par de tudo isto, há ainda que lidar com a questão de um eventual concurso de responsabilidades.

Importa, contudo, notar que se constata a penetração da *faute* no sistema delitual pátrio. Na verdade, embora a regra seja a de que o lesado tem de provar a culpa do lesante, o legislador português consagrou, nos artigos 491º e ss. Código Civil, algumas presunções de culpa. Entendidas tradicionalmente como regras de inversão do ónus probatório, as normas em questão são interpretadas por Menezes Cordeiro¹¹ no sentido da consagração da *faute* no sistema delitual português. Quanto a nós, entendemos que a presunção de

⁹ Depõem no sentido da existência de duas modalidades de responsabilidade civil PEREIRA COELHO, *O nexos de causalidade na responsabilidade civil*, suplemento do Boletim da Faculdade de Direito, 1951, 98 e s. e *Obrigações – sumários das lições ao curso de 1966-67*, Coimbra, 1967, 145; MOTA PINTO, *Teoria Geral do direito civil*, 4ª edição por A. Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, 123; GALVÃO TELLES, *Direito das obrigações*, 321; ANTUNES VARELA, *Das obrigações*, 518 s.; PINTO MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão da responsabilidade civil*, Almedina, Coimbra, 2007, 389; SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos* (onde, ao longo de toda a obra, perpassa a distinção apontada); RUI DE ALARCÃO, *Direito das obrigações*, 206 s.; VAZ SERRA, “Responsabilidade Contratual e Responsabilidade Extracontratual”, *Boletim do Ministério da Justiça*, nº85, 1959, 107 a 242; LOBO XAVIER, *Anulação de deliberações sociais e deliberações conexas*, Coimbra, 1976, 320 e 359; CARNEIRO DA FRADA, *Contrato*, 49, n. 91 (Note-se que o autor, embora leve pressuposta a diferença entre a responsabilidade contratual e extracontratual, entende ser legítimo e pertinente uma teoria unitária que as englobe, “a um nível de abstração superior, e que faculte até uma útil aproximação dos preceitos que no CC se lhe referem”) e MENEZES CORDEIRO, *Da responsabilidade civil dos administradores*, 470, nota 316.

Negando as diferenças entre as duas modalidades, veja-se GOMES DA SILVA, *O dever de prestar de prestar e o dever de indemnizar*, Lisboa, 1944, 300 s.; PESSOA JORGE, *Ensaio*, 40 e ss.; PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Cumprimento defeituoso...cit.*, p. 260 e ss.; MENEZES LEITÃO, “Acidentes de trabalho e responsabilidade civil/A natureza jurídica da reparação dos danos emergentes de acidentes de trabalho e a distinção entre as responsabilidade obrigacional e delitual”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 1988, 773 e ss., tendo-se, porém, afastado deste entendimento em *A responsabilidade do gestor*, 95 s.

¹⁰ CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres de protecção*, 80 s; ID., *Uma terceira via da responsabilidade civil?*, Almedina, Coimbra, 1997, 85; ID., *Teoria da confiança*, 111, n- 220. Aderem, igualmente, a uma terceira via de responsabilidade civil autores como BAPTISTA MACHADO (“Tutela da confiança e venire contra factum proprium”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 117º ano, Coimbra, 1985, 377 e “A Cláusula do Razoável”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 119º, 619); MENEZES LEITÃO, *A responsabilidade do gestor*, 68 s. Sinde Monteiro, referindo-se especificamente aos contratos com eficácia de protecção para terceiros, considera que os deveres de protecção podem ser reconduzidos ao âmbito contratual e que o terceiro pode ser, por integração, inserido na esfera de protecção do contrato – *Responsabilidade por conselhos*, 525 –, mas considera que se deve recusar a aplicação em bloco do regime da responsabilidade contratual aos casos de preterição de tais deveres, aderindo, assim, também a uma terceira via, híbrida, de responsabilidade civil – cf. pág. 531. Manifestando-se contra uma terceira via de responsabilidade civil, cf. MOTA PINTO, “A responsabilidade pré-negocial pela não conclusão dos contratos”, *Boletim da Faculdade de Direito*, suplemento XIV, 150; GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações*, 48 e 246, MENEZES CORDEIRO, *Da responsabilidade civil dos administradores*, 444 e 488.

¹¹ MENEZES CORDEIRO, *Da responsabilidade civil dos administradores*, 469.

culpa implica também a presunção de ilicitude. Porque, na interpretação do perigo, e atenta a natureza arriscada das sociedades hodiernas, há que se tratar de um especial perigo – um risco que ultrapasse o limiar da normalidade. Ora, em face de tais perigos qualificados, a pessoa tem de adotar todas as medidas de cuidado para salvaguarda do outro. Não o fazendo, está a atuar em contravenção com um princípio da precaução ou prevenção – civilisticamente compreendido –, permitindo desvelar o abuso do direito (a liberdade de atuação do sujeito é exercida em contradição com o fundamento normativo da própria normatividade). Portanto, o artigo 493º/2 CC consagra a *faute* e implica um desvio na operacionalidade dos restantes pressupostos delituais, designadamente em matéria de causalidade, donde se pode tornar atuante (a este nível e só a este nível) a ideia de que a dita causalidade seja entendida no sentido da previsibilidade (os danos em atenção aos quais previsivelmente a pessoa deveria ter conformado a sua conduta no respeito ao seu semelhante são os danos indemnizáveis)¹². Isto não obsta a que possa haver, desde logo, violação de um direito absoluto. É, por isso, possível convocar o preceito no sentido de presumir a culpa e, concomitantemente, presumir a imputação objetiva. Não se trata de uma dupla possibilidade interpretativa da norma, mas da faculdade reconhecida ao lesado de mobilizar simbioticamente mais do que um fundamento para alicerçar a sua pretensão indemnizatória¹³.

Significa isto que, não obstante a aproximação do direito delitual português ao direito alemão, a penetração da *faute* no modelo ressarcitório nacional e a reconhecida importância do direito comparado – a oferecer muitas vezes pista de resolução de problemas que são comuns aos diversos ordenamentos jurídicos – tornam urgente o conhecimento dos estudos franceses tendentes à reforma do direito da responsabilidade civil. É nesse âmbito que nos propomos, ao longo destas páginas e de forma propositadamente não exaustiva (sob pena de pormos em causa a índole de um artigo para uma revista científica), analisar alguns aspetos do projeto de reforma do *Code Civil* em

¹² Acerca do correto entendimento sobre a causalidade, cf. MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Do nexa de causalidade ao nexa de imputação. Contributo para a compreensão da natureza binária e personalista do requisito causal ao nível da responsabilidade civil extracontratual*, Princípiã, 2013; MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Responsabilidade civil extracontratual: novas perspetivas em matéria de nexa de causalidade*, Princípiã, 2014; MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Lições de responsabilidade civil*, Princípiã, 2017.

¹³ Cf. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil Português*, II/III, Almedina, Coimbra, 2010, 373 s., falando do modelo atual de responsabilidade civil como um modelo híbrido pela contaminação da *faute*, mas referindo-se especialmente à dualidade entre a responsabilidade extracontratual e a responsabilidade contratual.

matéria de responsabilidade civil¹⁴. Não obstante algumas considerações em sede contratual, a nossa atenção deter-se-á preferencialmente na responsabilidade extracontratual.

2. As soluções do *Code Civil* em matéria de responsabilidade civil extracontratual

Depois da reforma do *Code Civil* motivada pela necessidade de modernização do direito dos contratos, em 2016, o preceito base em matéria de responsabilidade civil extracontratual passa a ser o artigo 1240° CC, que determina que *tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer*, acrescentando o artigo 1241° CC que cada um é responsável pelo dano que causa não só pelo seu facto, mas também pela sua negligência ou imprudência. Tal responsabilidade delitual, que se separa claramente da sua congénere contratual, prevista nos artigos 1231° e seguintes do *Code*, pode ainda advir de um facto de terceiro, nos termos do artigo 1242° CC, ou de um facto não humano (v.g. artigo 1243° e 1244°).

Prevê-se, igualmente, uma hipótese de responsabilidade objetiva nos artigos 1245° e seguintes (responsabilidade do produtor) e lida-se, a partir das normas dos artigos 1246° e seguintes, com uma categoria especial de dano: o dano ecológico. Dispõe o artigo 1246° que toda a pessoa responsável por um prejuízo ecológico tem de o reparar, acrescentando o artigo 1247° que *le préjudice écologique consistant en une atteinte non négligeable aux éléments ou aux fonctions des écosystèmes ou aux bénéfices collectifs tirés par l'homme de l'environnement*, e o artigo 1248° que *l'action en réparation du préjudice écologique est ouverte à toute personne ayant qualité et intérêt à agir, telle que l'Etat, l'Agence française pour la biodiversité, les collectivités territoriales et leurs groupements dont le territoire est concerné, ainsi que les établissements publics et les associations agréées ou créées depuis au moins cinq ans à la date d'introduction de l'instance qui ont pour objet la protection de la nature et la défense de l'environnement*. Significa isto que a lesão cujo ressarcimento se permite no quadro do *Code Civil* deixa de estar polarizada num sujeito individualizado para assumir a forma de preterição de um interesse coletivo ou

9

¹⁴ Apresentado a 13 de março de 2017, por Jean-Jacques Urvoas, a seguir à consulta pública que teve lugar de abril a julho de 2016.

homogéneo. Estamos, portanto, diante do que entre nós poderia ser configurado como um dano puramente patrimonial a desconhecer qualquer ressarcimento por via das regras da responsabilidade civil. No quadro ambiental, no nosso ordenamento jurídico, a lei da responsabilidade civil ambiental faz-nos lidar com uma duplicidade de situações: ao dano ecológico propriamente dito, que faz desencadear uma forma de responsabilidade administrativa, alia-se o dano perpetrado por meio da lesão de uma componente ambiental que, ao requerer a violação de um direito subjetivo ou de um interesse (entenda-se tutelado por uma disposição legal de proteção de interesses alheios, de acordo com uma interpretação sistemático-teleológica que nos parece de aplaudir), não nos afasta irremediavelmente, pese embora as soluções especiais com que somos confrontados neste domínio, do núcleo predicativo do regime delitual.

O que se extrai da breve leitura do regime ainda vigente em matéria de responsabilidade civil extracontratual, em França, é o caráter simultaneamente sincopado da disciplina legal, a exigir um esforço de redensificação dos critérios à jurisprudência e à doutrina, e uma polarização do sistema na violação do dever. Por outro lado, a ainda clara matriz jusracionalista do modelo delitual influenciou a necessidade sentida pela doutrina de propor uma modernização deste setor do direito civil¹⁵.

10

Em Fevereiro de 2016, foi publicada a *Ordonnance de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*. Nesse mesmo ano, em Abril, foi apresentado um anteprojeto de reforma do direito da responsabilidade civil, tendo sido lançada pelo Ministro da Justiça à época – Jean-Jacques Urvoas – uma consulta pública sobre o mesmo. Como resultado dessa consulta pública, foi apresentado em Março de 2017 um projeto de reforma do direito da responsabilidade civil, o qual recebeu o contributo de inúmeros académicos¹⁶. Entra-se, assim, na segunda fase de modernização do direito das obrigações em França.

¹⁵ ALEX-GEERT CASTERMANS, DIANA DANKERS-HAGENAARS, ALICE DEJEAN DE LA BATIE, JEAN-SEBASTIEN BORGHETTI, CHARLOTTE DE CABARRUS, et al., « Regards comparatistes sur la réforme de la responsabilité civile : Le rapprochement des responsabilités contractuelle et délictuelle dans l'avant-projet de réforme, aborde sous l'angle du droit comparé », *Revue internationale de droit comparé*, 2017, 5. Veja-se, igualmente, GENEVIEVE VINEY, « Après la réforme du droit des contrats, la nécessaire réforme du Code civil relative à la responsabilité », *Juris-Classeur Périodique, Edition Générale*, 2016, 4, 99.

¹⁶ ALEX-GEERT CASTERMANS, DIANA DANKERS-HAGENAARS, ALICE DEJEAN DE LA BATIE, JEAN-SEBASTIEN BORGHETTI, CHARLOTTE DE CABARRUS, et al., « Regards comparatistes sur la réforme de la responsabilité civile : Le rapprochement des responsabilités contractuelle et délictuelle dans l'avant-projet de réforme, aborde sous l'angle du droit comparé », 3 s.

3. A segunda fase de modernização do direito das obrigações em França – a reforma do direito da responsabilidade civil

Pese embora a importância do tema, está longe do nosso propósito sermos exaustivos na análise que pretendemos encetar acerca da reforma da responsabilidade civil em França. Como já salientámos anteriormente, tal exaustividade contrariaria a índole e intencionalidade de um trabalho como este. Por isso, neste terceiro ponto expositivo, depois de sabermos o que *Code Civil* consagra atualmente na matéria e de termos lembrado os contornos do modelo delitual português por referência ao modelo germânico e ao modelo gaulês, limitar-nos-emos a salientar alguns pontos cuja importância nos parece inquestionável, elegendo alguns tópicos de análise. Nessa nossa tarefa, procuraremos sublinhar o que de novo o ordenamento francês nos pode trazer¹⁷ e teremos como memória pré-disponível o sistema delitual português.

3.1. Responsabilidade extracontratual e responsabilidade contratual

Entre nós, tem sido dominante a perspectiva que divide a responsabilidade civil entre extracontratual e contratual. Tal bipartição, correspondente aos dados sedimentados ao longo do tempo que o instituto calcorreou desde o direito romano, assenta – de modo superficial – na cisão entre direitos absolutos e relativos. A primeira é entendida como uma resposta do ordenamento jurídico para os casos de violação de direitos dotados com eficácia *erga omnes*; a segunda torna-se atuante no quadro do incumprimento de uma obrigação em sentido técnico, independentemente da fonte de onde brotou.

11

De acordo com o testemunho dos autores, foi também relevantíssimo o contributo do direito comparado, designadamente do direito holandês. A escolha recaiu sobre este ordenamento jurídico por se considerar que, depois da reforma de 1992, ele constituía um corpo normativo suficientemente estabilizado para garantir o acerto das soluções e suficientemente moderno para viabilizar a flexibilidade normativa necessária para fazer face aos novos problemas que vão emergindo. Sobre o ponto, cf. GROUPE GROTIUS-POTHIER, *Report on the french avant-projet de réforme de la responsabilité civile*, <https://grotiuspothier.wordpress.com/publications/>, 4; MAXIME CORMIE/THIJS BEUMERS, «Regards comparatistes sur l’obligation de minimiser le dommage dans le projet de réforme de la responsabilité civile», *Revue Lamy de Droit Civil*, 5, 2017, 44 s.

¹⁷ Para a seleção dos tópicos mais importantes, foi fundamental o trabalho do GROUPE GROTIUS-POTHIER, *Report on the french avant-projet de réforme de la responsabilité civile*.

Para além do plano dogmático, a revelar que as soluções não são idênticas para uma e outra modalidade, responsabilidade extracontratual e responsabilidade contratual distinguem-se, ainda, no plano estrutural (já que, quando a lei se refere à responsabilidade contratual, já definiu o critério de individualização do sujeito responsável, sendo o próprio contrato a fazê-lo, mas, diversamente, ao nível da responsabilidade extracontratual, é necessário encontrar, dogmaticamente, critérios de delimitação do sujeito responsável e do círculo de potenciais credores da pretensão indemnizatória, constituindo este o problema preliminar em sede delitual. O pressuposto da distinção é a existência de uma obrigação em sentido técnico. É a partir dessa constatação e da particularidade de o dano resultar no âmbito desse acordo negocial que se desencadeia um regime especial de responsabilidade. No fundo, a distinção resulta, estruturalmente, das fontes¹⁸); no plano funcional (uma vez que, enquanto ao nível da responsabilidade contratual se procura dar resposta ao interesse do credor que foi preterido com o incumprimento contratual, ao nível da responsabilidade extracontratual, tutelam-se bens jurídicos reconhecidos pelo ordenamento jurídico. Percebe-se, por isso, também por esta via, que contratualmente se define *a priori* o obrigado à indemnização – aquele que se vinculou, no puro exercício da sua autonomia privada, a satisfazer aquele interesse legítimo do credor. A indemnização resultante da responsabilidade contratual inscreve-se ainda e sempre no plano de satisfação do interesse do credor¹⁹, podendo a responsabilidade contratual ser vista como uma hipótese de modificação objetiva da relação jurídica²⁰); e no plano axiológico

¹⁸ SCOGNANIGLIO, “Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale”, *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XV, Torino, 1986, 670 s. e “Responsabilità contrattuale (diritto vigente)”, *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXIX, Milano, 1988, 1072; , MAJELLO, “Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale”, *Rassegna diritto civile*, 1988, 109 e “Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale”, *Fondamento e funzione della responsabilità civile, Atti del Seminario diretto da Buonocore e Majello*, Napoli, 1975, 7 s. Veja-se, ainda, Francesca GIARDINA, *Responsabilità Contrattuale e Responsabilità Extracontrattuale, Significato Attuale di una Distinzione Tradizionale*, Milão, Giuffrè Editores, 1993

¹⁹ Nesse sentido, cf. MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, II/III, 390

²⁰ Sobre o ponto, cf. MOTA PINTO, *Cessão da posição contratual*, Almedina, Coimbra, 1982, 428, nota 2; RUI DE ALARCÃO, *Direito das Obrigações*, 65 s.; SINDE MONTEIRO, *Estudos sobre a responsabilidade civil*, Coimbra, 1983; CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, Almedina, Coimbra, 1987; ANTUNES VARELA, *Das Obrigações*, 157; A. Pinto MONTEIRO, *Cláusulas limitativas*, 193, nota 420; A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II, *Direito das obrigações*, tomo III, Almedina, 2010, 390 (depois de, nas suas Lições de *Direito das Obrigações*, AAFDUL, 1994 e 2001, ter defendido exatamente o oposto)

Quanto à ideia da modificação objetiva da relação jurídica, cf. MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 372.

(porque, enquanto a responsabilidade extracontratual se baseia numa ideia de liberdade – positivamente entendida, que será atualizada pelo chamamento do sujeito, visto como pessoa, à sua responsabilidade pelo outro e perante o outro –, a responsabilidade contratual alicerçar-se-á, a par de uma ideia de liberdade, numa ideia de confiança, normativamente sustentada no princípio da boa-fé e agigantada pela vinculação negocial estabelecida).

Ora, a partir do momento em que se adere a uma perspectiva dualista, separando a responsabilidade extracontratual e a responsabilidade contratual não só ao nível dos respetivos regimes legais, mas também ao nível funcional e fundacional, chegamos à conclusão que não se pode estabelecer entre elas uma qualquer relação de especialidade que permita à segunda, por ser específica, afastar a primeira, tida como genérica. Tal ideia de especialidade tem sido a posição sufragada até agora no ordenamento jurídico francês e defendida por alguns juristas pátrios. Mas, se naquele ordenamento jurídico, atenta a modelação ampla da cláusula delitual, pode haver razão de ser para o posicionamento, ele perde qualquer sentido no quadro do nosso sistema de responsabilidade civil. Se considerarmos que a responsabilidade contratual se distingue da responsabilidade extracontratual, designadamente pelo conceito de ilicitude subjacente a esta última não envolver a existência prévia de uma obrigação em sentido técnico e implicar a preterição de um direito absoluto, não é possível estabelecer uma relação de especialidade entre as duas modalidades de responsabilidade subjetiva. A realização simultânea da factualidade delitual e da factualidade contratual determina algo que não se confunde com um concurso de normas. Assim, se um mesmo facto for apto a ser assimilado, na sua intencionalidade problemática, pelo regime da responsabilidade aquiliana e da responsabilidade contratual, devemos considerar que existe um concurso de títulos de fundamentação de uma mesma pretensão indemnizatória (ou seja, que é possível

Em sentido contrário, considerando que o dever de prestar e o dever de indemnizar são radicalmente diferentes, cf. GOMES DA SILVA, *O dever de prestar e o dever de indemnizar*, 351 e Pessoa JORGE, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Almedina, Coimbra, 1999, 44 s; CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres de protecção*, 94 e 226. Para Carneiro da Frada, o busílis da questão encontra-se na diferente causa de atribuição patrimonial. O dever de indemnizar “representa uma sanção do ordenamento jurídico destinada a reparar o dano da violação da especial relação patrimonial entre dois sujeitos instituída pelo contrato”.

Também Galvão Telles começou por defender uma tese dualista, embora hoje a recuse – GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações*, 48 e 248.

combinar regras das duas modalidades de responsabilidade civil). Afastamos, assim, a tese do cúmulo, a tese do não-cúmulo e os princípios da consunção neste quadro²¹⁻²².

A questão não é, porém, pacífica. Não só não há consenso entre a doutrina no tocante à resolução dos problemas de concurso de responsabilidades, como se levantam vozes no sentido de defender que, apesar de existirem dois regimes de responsabilidade, eles não são estanques e se unificam num plano superior, de tal modo que na responsabilidade delitual – tida por geral em confronto com a hipótese especial de responsabilidade contratual – caberia também a violação de direitos relativos²³.

²¹ Menezes Cordeiro (*Da boa fé no direito civil*, Almedina, Coimbra, 2001, 639) defendia a aplicabilidade exclusiva das regras da responsabilidade contratual. Do mesmo modo, Almeida Costa – *Direito das Obrigações*, 12ª edição, Almedina, Coimbra, 2009, 455 s. – critica aquilo que designa por ação híbrida, bem como a teoria da opção, considerando que os casos em tratamento configuram hipóteses de concurso aparente de normas, já que há apenas uma conduta ilícita a merecer uma só indemnização. Haveria, então, que optar por um dos regimes positivos, tendo em conta a teleologia subjacente aos dois institutos. E nessa opção, a responsabilidade contratual, tendo em atenção o primado da autonomia privada que vigora ao nível obrigacional, consome a responsabilidade extracontratual.

A posição do autor, embora conduza à aplicabilidade exclusiva das regras contratuais, afasta-se do entendimento daqueles que, reconhecendo que a violação da obrigação em sentido técnico incluir-se-ia sempre no âmbito da responsabilidade contratual, advogam uma relação de especialidade entre os regimes das duas modalidades de responsabilidade civil. Nesse sentido, e de acordo com a conformação da responsabilidade civil deste país, a maioria da doutrina francesa – SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile*, Paris, 1951, 197 s., PLANIOL/RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, VI, Paris, 1952, MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, II, 1, Paris, 1973, 353 s. Vemos, por isso, Menezes Cordeiro a alterar a sua posição quanto ao ponto, a partir do momento em que aceita que não se pode continuar a sustentar a tese da unidade da responsabilidade civil – cf. *Da responsabilidade civil dos administradores* e MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, II, *Direito das Obrigações*, tomo III, 398 s. O autor considera, agora, que em caso de violação do dever de prestar se deve considerar que estamos diante de uma hipótese de responsabilidade contratual. Poderá, contudo, haver concurso real, se em causa estiver a violação de deveres acessórios de segurança.

²² No sentido de negar a relação de especialidade entre responsabilidade contratual e extracontratual, veja-se TEIXEIRA DE SOUSA, *O concurso de títulos de aquisição da prestação*, Almedina, Coimbra, 1988. Sobre o ponto, cf., também, ERWIN DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht*, 2. Auflage, Carl Heymanns, 1996, 22 s. e, entre nós, MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, II, *Direito das Obrigações*, tomo III, 398 s.

²³ Negam a existência de duas modalidades de responsabilidade civil autores como GOMES DA SILVA, *O dever de prestar e o dever de indemnizar*, Lisboa, 1944, 300 s.; PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Almedina, Coimbra, 1999 (reimpressão) 40 s.; PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Cumprimento defeituoso, em especial na compra e venda e na empreitada*, Coimbra, 1994, 260 s.; PEDRO MÚRIAS, “A responsabilidade por actos de auxiliares e o entendimento dualista da responsabilidade civil”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, v. 37, 1996, p. 171 a 217. No mesmo sentido, veja-se, ainda, MENEZES LEITÃO, “Acidentes de trabalho e responsabilidade civil/A natureza jurídica da reparação dos danos emergentes de acidentes de trabalho e a distinção entre as responsabilidades obrigacional e delitual”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 1988, 773 s., tendo-se, porém, afastado deste entendimento em *A responsabilidade do gestor perante o dono do negócio no direito civil português*, Almedina, Coimbra, 2005 (“A responsabilidade do gestor perante o dono do negócio no direito

A este nível, tem sido igualmente profícuo o debate em França. Apesar de estar profundamente alicerçado na doutrina o princípio do não-cúmulo, os estudos tendentes à modernização do direito da responsabilidade civil vieram suscitar a problematização da(s) questão(ões)²⁴. Em causa estava, sobretudo, a constatação das injustiças a que o princípio poderia conduzir: tendo em conta que muitas regras da responsabilidade contratual, no ordenamento jurídico gaulês, são mais gravosas para a vítima, a existência prévia de um contrato poderia determinar um tratamento desigual de dois lesados que se encontrassem em situações muito próximas²⁵. Atenta esta particularidade, a doutrina mostrou-se, em certos setores, favorável à unificação dos dois regimes.

No projeto de reforma da responsabilidade civil, responsabilidade extracontratual e responsabilidade contratual mantêm-se distintas, mas passam a estar submetidas a muitas regras comuns (v.g. artigos 1235º e seguintes do Projeto). Acresce que, se o artigo 1233º do Projeto continua a consagrar a regra do não-cúmulo, ao estatuir que nem o devedor, nem o credor se podem subtrair às regras da responsabilidade contratual, optando pelas regras específicas da responsabilidade extracontratual, esta regra parece ser atenuada no artigo 1233º-1, nos termos do qual os prejuízos resultantes de um dano corporal são reparáveis com base nas regras da responsabilidade extracontratual, mesmo que sejam gerados por ocasião do cumprimento de um contrato, podendo a vítima invocar as estipulações expressas de um contrato que sejam mais favoráveis do que a aplicação das regras da responsabilidade extracontratual.

De acordo com Borghetti, « la responsabilité contractuelle conserverait une certaine spécificité, mais réduite à bien peu de choses, puisque, à s'en tenir à la présentation de l'avant-projet, celle-ci s'exprimerait par deux règles seulement, d'une portée en outre limitée. De plus, l'indemnisation du dommage corporel relèverait désormais du seul domaine de la responsabilité délictuelle. L'unification, bien avancée pour la plupart des dommages, serait donc complète pour le type de dommage considéré

civil português”, *Ciência e Técnica Fiscal*, nº363, Julho-Setembro, 1991, 37-244 e nº364, Outubro-Dezembro, 1991, 13 a 188), 95 s.

²⁴ Cf. J.-S. BORGHETTI, «Du rapprochement entre les responsabilités délictuelle et contractuelle», *Regards comparatistes sur la réforme de la responsabilité civile : Le rapprochement des responsabilités contractuelle et délictuelle dans l'avant-projet de réforme, aborde sous l'angle du droit comparé* (estudo completo – <https://grotiuspothier.files.wordpress.com/2016/05/dossier-responsabilite-grotius-pothier.pdf>), 7 s.

²⁵ Cf. J.-S. BORGHETTI, «Du rapprochement entre les responsabilités délictuelle et contractuelle», 10.

comme le plus grave»²⁶. O autor mostra-se, aliás, favorável a um fenómeno de unificação. Considerando que a responsabilidade extracontratual tem uma lógica *restauratrice*, enquanto a responsabilidade contratual comungaria de uma lógica *instauratrice*, o que justificaria que em muitos ordenamentos jurídicos não se indemnizassem os danos puramente patrimoniais, sustenta, porém, que as diferenças de finalidades de uma e outra se encontram hoje obscurecidas pela evolução que se constatou no direito francês²⁷.

A responsabilidade contratual aparece, não obstante esta evolução, como especial no quadro da responsabilidade civil. O artigo 1234º do Projeto dispõe, na verdade, que, sempre que o incumprimento do contrato cause um dano a terceiro, este apenas pode demandar o devedor com base nas regras da responsabilidade extracontratual. Porém, se o terceiro tiver um interesse legítimo na boa execução de um contrato, pode igualmente invocar as regras da responsabilidade contratual, sendo consideradas não escritas as convenções negociais que excluam a responsabilidade em face de terceiros²⁸. A solução, não estando inscrita no problema do concurso de responsabilidades, não é totalmente estranha ao nosso ordenamento jurídico. Basta pensar na possibilidade de um terceiro obter uma indemnização, em sede contratual, por via dos chamados contratos com eficácia de proteção para terceiros.

3.2. O problema da causalidade alternativa incerta

O artigo 1239º Projeto de Reforma da Responsabilidade Civil dispõe que, quer em matéria contratual, quer em matéria extracontratual, a responsabilidade supõe um nexo de causalidade entre o facto imputado ao lesante e o dano, nexo de causalidade esse que pode ser estabelecido por qualquer meio. Nada se acrescenta, portanto, em matéria de critérios de estabelecimento desse liame.

O artigo 1240º, por seu turno, vem consagrar uma solução que, se tinha já sido avançada em termos doutrinários e acolhida em sede jurisprudencial, era desconhecida ao

²⁶ J.-S. BORGHETTI, «Du rapprochement entre les responsabilites delictuelle et contractuelle», 10.

²⁷ J.-S. BORGHETTI, «Du rapprochement entre les responsabilites delictuelle et contractuelle», 11.

²⁸ Sobre o ponto, cf. R. DE GRAAFF/B. MORON-PUECH, «Le concours des responsabilités contractuelle et delictuelle réflexions comparatistes a l'occasion de l'avant-projet de réforme du droit français de la responsabilité civile», *Regards comparatistes sur la réforme de la responsabilité civile : Le rapprochement des responsabilites contractuelle et delictuelle dans l'avant-projet de réforme, aborde sous l'angle du droit compare*, 17 s.

nível legislativo e se revela da máxima importância para dar resposta a problemas atinentes à causalidade alternativa incerta. Ao fazê-lo, embora restrinja o âmbito de relevância da norma ao dano corporal – numa solução que nos parece de criticar, porque faz tábua rasa dos fundamentos da mesma, orientando-se, pelo contrário, pela consideração da importância do dano concretamente em causa –, oferece um recorte que não pode ser senão imputacional ao problema. Na verdade, se há inúmeros motivos para se olhar para o nexos de causalidade do ponto de vista do nexos de imputação, esta perspectiva torna-se incontornável quando lidamos com a incerteza gerada pelo concurso de mais do que causa, quando só uma gerou efetivamente o dano, mas não se conseguindo discernir qual delas foi²⁹.

Importa, portanto, perceber do que se fala quando se fala de causalidade alternativa incerta. O caso dos caçadores avulta, nesse quadro, como caso de escola: *A* e *B*, dois caçadores furtivos, disparam dois tiros, em simultâneo, usando para o efeito armas com o mesmo calibre. Um dos tiros atinge *C*, que morre, não sendo, porém, possível determinar qual dos disparos foi mortal em relação à vítima.

O problema tem vindo a ser debatido nos diversos ordenamentos jurídicos. Em França, a solução pensada para ele assume uma índole dogmática-conceitual e construiu-se com base numa ideia próxima à de uma personalidade coletiva de facto, para a qual muito terá contribuído a obra de Aberkane. Podendo um dano resultar do comportamento de um ou outro sujeito, haveria de indagar-se se é ou não possível falar de um grupo determinado no seio do qual aquele avultaria. A indeterminação diria, portanto, unicamente respeito aos sujeitos e não ao meio onde eles atuaram e a construção dogmática implicaria um prolongamento da ideia de personalidade moral, na medida em que teria sido constituída uma realidade sociológica que não se pode negar, pelo que não seria aplicada a figura quando o grupo em questão surgisse fortuitamente, não tendo o mínimo de estabilidade e coerência interna.

Aberkane começa por explicitar os contornos do problema. E liga-o, para vários efeitos, à questão da causalidade, entendida por si, não só como uma exigência lógica, mas como uma garantia individual. A tese que sustenta a não responsabilização de

²⁹ Para outros desenvolvimentos, cf. MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Do nexos de causalidade ao nexos de imputação*, cap. X.; MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “Causalidade alternativa incerta: a solução da responsabilização solidária dos agentes”, *XX – Estudos comemorativos dos 20 anos da FDUP*, vol. II, Almedina, 2017, 145 s.

qualquer dos membros do grupo em caso de incerteza da autoria do dano radica, pois, na exigência de prova positiva da causalidade pela vítima, mostrando que, ao nível do direito civil, se não sanciona a criação do risco, mas apenas a sua concretização. O que não obsta a que o autor reconheça a iniquidade a que este pensamento conduz as mais das vezes³⁰. O dilema é, então, claro: ou se nega a imputação, pela falência da prova do que tradicionalmente ia pensado como causalidade, deixando a vítima entregue à sua sorte; ou se transforma a incerteza em verdade, correndo-se o risco da condenação de inocentes, com a conseqüente reprimenda da pena privada. Conexionando a opção dialógica respetivamente com os modelos individualista e coletivista, o autor alerta quer para a injustiça de uma solução, quer para os perigos que a outra arrasta consigo (designadamente, quando questiona se, no limite, não estaríamos, ao abraçar a solidariedade dos membros do grupo, a abrir a porta a que se venham a considerar responsáveis todos os automobilistas que passaram num dado local à hora do acidente)³¹. Procura, nessa medida, uma solução que passa pela definição dos contornos da noção de grupo³²: “quando é que um grupo é suficientemente coerente para restringir a individualidade dos seus membros e aceder à cena jurídica?”. Não acedendo ao estatuto de pessoas morais, os grupos a que o autor se refere devem levar ínsitas as ideias de concertação e de intencionalidade, relegando-se os restantes para o domínio dos grupos fortuitos³³. A distinção, com base num critério de quase personificação, assume-se relevantíssima, importando soluções diferentes, explicáveis também do ponto de vista material. Assim, se nos casos de concertação de grupo todos os seus elementos se conhecem, sendo justo fazê-los responder solidariamente, o mesmo não se poderá sustentar por referência aos grupos fortuitos. Deve também ter-se em consideração a gravidade do comportamento de cada um dos membros do grupo. É que, se o critério da intencionalidade conduz à assunção da atuação do grupo como um único polo de recondução do dano, resolvendo algumas das aporias a que, pela adoção de um critério

³⁰ HASSEN ABERKANE, «Du dommage causé par une personne indéterminée dans un groupe déterminé de personnes », *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, tome cinquante-sixième, 1958, 518-519

³¹ HASSEN ABERKANE, «Du dommage causé par une personne indéterminée dans un groupe déterminé de personnes », 519.

³² HASSEN ABERKANE, «Du dommage causé par une personne indéterminée dans un groupe déterminé de personnes », 538 s.

³³ HASSEN ABERKANE, «Du dommage causé par une personne indéterminée dans un groupe déterminé de personnes », 541

estritamente causal, os juristas se viam condenados, entende Aberkane que o facto de a *faute* individual assumir gravidade qualificada, ao ponto de se poder qualificar como imprevista pelos outros membros do grupo, pode levar à interrupção do nexo de causalidade³⁴⁻³⁵. Verdadeiramente, não se enfrenta aqui a questão da causalidade, que é contornada. Além disso, ficaríamos restringidos, na mobilização prática do critério, aos casos em que existe uma comprovada estabilidade e coerência interna. É também evidente um apego a uma conceção tradicional do problema da imputação, que não podemos deixar de pôr em dúvida. Esta solução de índole dogmático-conceptual viria a receber acolhimento no anteprojecto francês de reforma do direito das obrigações (2005)³⁶, mas não chegou a conhecer a sua consagração no Código Civil até hoje.

³⁴ HASSEN ABERKANE, «Du dommage causé par une personne indéterminée dans un groupe déterminé de personnes », 545

Saliente-se a não coincidência entre o pensamento do autor e as soluções que, com base jurisprudencial ou doutrinal, fazem apelo a uma ideia de condutas concertadas e intencionais. É que, enquanto para aquelas o cerne do problema continua a situar-se no nexo causal, forjando-se uma causalidade coletiva, do ponto de vista de Aberkane, é o grupo o centro de imputação (cf. p. 550). No fundo, o jurista procura resolver os problemas pensando numa quase personalidade jurídica e estabelecendo o paralelo com as pessoas morais (cf. pág. 552)

³⁵Rememorem-se, também, as palavras de GENEVIÈVE VINEY/PATRICE JOURDAIN, *Traité de Droit Civil, sous la direction de Jacques Ghestin : Les conditions de la responsabilité*, 3ª edição, LGDJ, Paris, 2006, 236 s. O problema surge, consoante esclarecem, quando não é possível identificar o autor do dano, mas se pode provar que ele necessariamente provém de certas pessoas que fazem parte de um grupo. Para justificar a responsabilidade coletiva das pessoas que podem ter estado na origem do dano cujo autor não é identificado, faz-se apelo à ideia de que o facto foi realizado em comum – apelo a uma *faute collective* ou a uma *faute connexe*; outras vezes fala-se de um *fait non fautif* que engendra a responsabilidade com fundamento no artigo 1384º/1 CC. Segundo o testemunho das autoras, “os tribunais tendem a justificar a assimilação entre a situação dos autores possíveis de um dano anónimo e aquela dos coautores responsáveis *in solidum* pela ideia de *faute collective/faute connexe* ou pela noção de *garde collective* ou de *garde en commum*. Mas isto não é suficiente como argumento. Recorre-se a uma ficção, esquecendo que persiste a incerteza quanto ao nexo causal”. Por isso, adiantam ser necessário perscrutar outros fundamentos alicerçadores da solução: recurso a uma ideia de personalidade de facto, ou justificação processual da solução com a ideia de obstaculização da prova (assim no caso de escola dos caçadores em que a vítima, pela atuação simultânea dos lesantes, se veria impossibilitada de cumprir em juízo o seu encargo). Na sua proposta doutrinal, falam, contudo, da admissão de uma presunção de causalidade – cf. pág. 246 – e estabelecem limites para a tendência jurisprudencial: é necessário que a identificação do autor do dano seja efetivamente impossível, já que a solução da *obrigação in solidum* deve ser vista como um recurso subsidiário, que deixa de fazer sentido quando se obtenha a prova efetiva da causalidade. Assim, se um dos membros provar a sua não participação, ele deve ser liberado da responsabilidade; se um dos membros conseguir provar qual dos outros foi o autor do dano, todos os outros são exonerados.

³⁶ Cf. artigo 1347º: a responsabilidade supõe estabelecido um nexo de causalidade entre o facto imputável ao lesado e o dano; artigo 1348º: quando um dano é causado por um membro indeterminado de um grupo, todos os membros identificados respondem solidariamente, exceto que um demonstre que não podia ser o autor; artigo 1349º: a responsabilidade não existe quando o dano é devido a uma *cause étrangère*, que apresente as características da força maior. Ela pode resultar de um evento fortuito, por causa da vítima ou

Em Portugal, o problema não conheceu, ainda, uma resposta consensual, embora se registem avanços na doutrina e na jurisprudência no sentido de garantir o ressarcimento nestas hipóteses. O principal argumento aduzido no sentido da não responsabilização dos agentes repousa na impossibilidade de prova da condicionalidade *sine qua non*. Havendo duas causas alternativas incertas, cada uma delas pode ser entendida como virtual, em virtude da incerteza sobre a causa real. Ora, se nos mantivermos presos ao pensamento tradicional, teremos de chegar à conclusão que ele se deixa enredar numa contradição interna. Na verdade, advoga-se usualmente que a causalidade virtual não releva positivamente (não é apta a alicerçar a responsabilidade) e que não releva negativamente. Simplesmente, a sua não relevância negativa teria de ser acompanhada pela sua relevância positiva³⁷. Ora, o que isto nos mostra é que o pensamento tradicional assente na ideia de condicionalidade não é realizável. Se mantivermos a ancoragem da resposta logicista, somos confrontados com o seguinte cenário: não se dá relevância negativa à causalidade hipotética do ponto de vista da fundamentação da responsabilidade, porque se mantém intocável a relação de condicionalidade de facto entre o evento e o dano. Mas então isso significa que, se forem duas as causas hipotéticas, nenhuma conduz à exclusão da responsabilidade do agente da outra. Por outro lado, sendo duas as causas hipotéticas, porque a mera hipótese de dano não funda a responsabilidade, nenhum dos agentes será obrigado ao pagamento de uma indemnização, excluindo-se a relevância positiva. Só que, ao excluir-se a relevância positiva, está-se, do mesmo passo, a afirmar a relevância negativa das duas causas hipotéticas, donde os termos lógicos da equação falham necessariamente. Pelo que ou se insiste na manutenção da pura logicidade e se compromete a justiça material das soluções, ou se abdica dela. E fazendo-o, legitimamos a prescindibilidade da condicionalidade sem a qual a este nível, tornando-a também irrelevante do ponto de vista da causalidade concorrente³⁸.

de um terceiro; artigo 1378º: todos os responsáveis pelo mesmo dano são solidariamente obrigados à reparação. (v., a este propósito, MATTHIEU POMAREDE, « Les régimes particuliers de responsabilité civile, ces oubliés de l'avant-projet Catala », *Recueil Dalloz*, 2006, nº35, 2420 a 2426

³⁷ Cf. A. MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações*, II, 419.

³⁸ Cf. F. BYDLINSKI, *Probleme der Schadensverursachung nach deutschem und österreichischem Recht*, F. Enke, Estugarda, 1964, 32, 65-66. Na verdade, ou consideramos que não estão em apreço causas virtuais, porque a incerteza não permite a qualificação dicotómica entre real e hipotético, ou consideramos, pelo contrário, que essa incerteza não permite a elevação da causa a real. Na primeira hipótese, não há necessariamente uma conexão entre os dois problemas; na segunda opção, ela torna-se evidente.

Acresce que a falta de determinismo da realidade impõe que a *conditio sine qua non* se exprima em termos probabilísticos, donde, também na presença de uma só causa, não há evicção de toda a dúvida acerca da autoria da lesão, distinguindo-se as situações por uma questão de grau. Quer isto dizer que, no fundo, não conseguiremos saber com absoluta certeza qual o grau de contribuição causal de uma eventual causa. Mesmo se nos ativermos a uma solução de tipo estatístico, a incerteza não é totalmente apagada. E, no fundo, isto permite-nos recordar o que é ensinado por Bydlinski: também nas situações de causalidade cumulativa responsabilizamos dois sujeitos, sem que se determine, em concreto, aquele grau de contribuição causal, que pode, aliás, ser mínimo. Não estamos, porém, condenados a esta aporética impositação dos problemas. Na verdade, partimos não da *conditio* mas da edificação de uma esfera de responsabilidade. Se ela se erige polarizada em mais do que um agente, então duas são as vias heurísticamente a considerar: ou uma das esferas consome a outra e só um é responsável; ou nenhuma delas exerce uma força consumptiva sobre a outra, havendo lugar à responsabilidade solidária nos termos do artigo 497º CC. Repare-se: a intencionalidade problemática do preceito assimila perfeitamente a intencionalidade do caso concreto. Quando A e B disparam sobre C, podem não ter causado a morte de C em conjunto, mas, na dúvida, ambos edificaram uma esfera de responsabilidade, por ela sendo chamados à liça. É ela e não a factualidade neutra que é ajuizada pelo direito. Não é, portanto, uma tomada de posição acerca da questão da relevância positiva da causalidade virtual que entra em cena. Em rigor, a dita virtualidade nem chega a ser, aos nossos olhos, tematizada, pois o jurista derrama o seu olhar não sobre factos puros, mas sobre aqueles que consegue inteligir à luz da intencionalidade predicativa da juridicidade. No fundo, ao partirmos de uma dada compreensão da causalidade como imputação, a ser afirmada, em homenagem à pessoalidade livre e responsável e tendo por base uma conceção de ação ético-axiologicamente densificada, a partir da edificação de uma esfera de risco e do cotejo com outras esferas de risco, estamos em condições de afirmar a solidariedade com base na constatação de mais do que uma esfera de responsabilidade, independentemente da prova da condicionalidade³⁹. O artigo 497º CC não exigiria, para a sua aplicação, a verificação de dois nexos causais em termos naturalísticos, mas a presença de dois segmentos

³⁹ Para outros desenvolvimentos acerca da nossa conceção imputacional, cf., uma vez mais, Mafalda Miranda BARBOSA, *Do nexos de causalidade ao nexos de imputação e Responsabilidade civil: novas perspectivas em matéria de nexos de causalidade*.

imputacionais, até porque a compreensão da regra da solidariedade obrigacional, ademais, acabaria por depor no mesmo sentido. Podem, aliás, detetar-se pontes de comunicação com situações em que é discernível a cumplicidade. Pense-se, por exemplo, no caso em que A e B disparam sobre C dois tiros a partir de armas com o mesmo calibre, só um dos projéteis tendo atingido C. Simplesmente, em vez de estarmos diante de um normal caso de causalidade alternativa incerta, B falha intencionalmente o alvo, de modo a impedir a prova da autoria da lesão e assim obviar a responsabilidade de A. Havendo auxílio material à prática do facto, poder-se-ia aventar a hipótese de cumplicidade, convocadora do artigo 490º CC, sendo em tudo análoga a situação àqueloutra em que apenas se deteta a incerteza causal alternativa. A aplicação da norma aos casos de coautoria, instigação ou auxílio à prática do ato ilícito é determinada pelo artigo 490º do mesmo diploma. Para lá da força cogente do direito positivo, temos a justificar a solução o facto de existir uma concertação entre os agentes que determina a existência de um só (e conjunto) comportamento lesivo. Assumindo cada um o seu papel, mas todos sendo determinantes para a emergência do dano, não faria sentido que apenas um pudesse ser obrigado ao pagamento de uma indemnização. Donde, e sem embargo de ulteriores explicitações acerca da solidariedade ao nível da responsabilidade extracontratual, a pluralidade reclamada pelo artigo 497º CC harmoniza-se com a unicidade de comportamentos pressuposta pelo artigo 490º CC por via da desvelação de plúrimas esferas de responsabilidade, por meio das quais se vai edificar a imputação. Quer isto dizer que aquela norma deve ser interpretada não no sentido de exigir a pluralidade fisicamente comprovada de condutas ilícitas, mas no sentido de impor a existência de mais do que um responsável.

Sendo certo que esta não é uma posição unânime na doutrina portuguesa, cremos que ela é a que melhor corresponde ao sentido do justo. E, curiosamente, parece receber acolhimento recente na jurisprudência. Em dois acórdãos de 2015, os Tribunais portugueses vieram pronunciar-se sobre a questão da causalidade alternativa incerta. Em acórdão datado de 5 de Maio de 2015, o Tribunal da Relação de Coimbra considerou que “provado o facto ilícito – invasão de terreno alheio e corte de árvores propriedade de um terceiro não interveniente no negócio – e o dano – árvores cortadas e destruição de um muro aí existente – e que tais factos ocorreram na sequência de um negócio de venda de árvores que o 1º réu fez ao 2º réu, tendo sido este quem procedeu ao respetivo corte, a

falta de prova sobre qual deles se terá enganado na indicação ou percepção da estrema não poderá acarretar a isenção da responsabilidade de ambos os réus”. E mais acrescenta, apelando a uma ideia de esfera de risco para edificar a imputação (que não causalidade) de que se cura, que “encontrando-se em causa a alienação de pinheiros existentes no prédio do 1º réu até à estrema com o prédio confinante do autor, e sendo obrigação do Réu vendedor proceder à identificação precisa dos pinheiro a vender, e ainda que encarregando outem do respetivo corte, se vêm a ser cortadas árvores do prédio vizinho por erro na identificação das estremas, tal dano situa-se ainda dentro da esfera de risco ou de responsabilidade criada pelo negócio de alienação dos pinheiros”, pelo que, conclui, ambos deverão ser responsabilizados nos termos do artigo 497º CC⁴⁰.

Também o Supremo Tribunal de Justiça, num acórdão datado de 19 de Maio de 2015, vem admitir a responsabilização solidária no caso de uma participação em rixa da qual resultaram danos, não sendo possível imputá-los à conduta de cada um dos participantes. Embora continue a fazer apelo a uma ideia de *conditio sine qua non*, abre a possibilidade de responsabilização sem que esta seja provada⁴¹.

O Projeto de Reforma da Responsabilidade Civil (de 2017) retoma o problema e oferece-lhe como solução a responsabilidade solidária dos diversos membros de um grupo, determinando que, no âmbito das relações internas, os responsáveis contribuem entre eles de acordo com a probabilidade que o comportamento de cada um teve de fazer surgir o dano. Mas, como sublinhado anteriormente, restringe o seu âmbito de aplicação ao dano corporal. De acordo com o testemunho de E. Lamaire e G. M. Veldt⁴², a disciplina consagrada no Projeto não se mostra apta a resolver todos os problemas que a jurisprudência gaulesa tem vindo a ser chamada a solucionar. Designadamente, a solução pensada pela *Cour de Cassation* para determinados casos não poderia subsistir à luz do regime em apreço, de tal modo que “l’article 1240 de l’avant-projet semble en outre restreindre quelque peu les solutions jurisprudentielles”⁴³. No mais, explicam os autores

⁴⁰ <www.dgsi.pt>

⁴¹ <www.dgsi.pt>

⁴² E. LAMAIRE/G. M. VELDT, «La causalite alternative dans l’avant-projet de reforme de responsabilite civile. Regards comparatifs franco-neerlandais», *Regards comparatistes sur la réforme de la responsabilité civile : Le rapprochement des responsabilites contractuelle et delictuelle dans l’avant-projet de reforme, aborde sous l’angle du droit compare*, 31 s.

⁴³ E. LAMAIRE/G. M. VELDT, «La causalite alternative dans l’avant-projet de reforme de responsabilite civile», 31.

que, se a inserção sistemática do preceito parece denotar uma vontade de aproximação entre a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual, a restrição do âmbito de aplicação ao dano corporal, porque este, de acordo com o artigo 1233º, 2, deve ser reparado de acordo com as regras da responsabilidade delitual, faz com que a norma se mostre questionável.

Parece-nos, de facto, que, independentemente das dificuldades que o problema gera entre nós e de poder ser benéfica uma intervenção legislativa na matéria, no ordenamento jurídico português, conseguimos obter melhores soluções do que aquelas que são pensadas no Projeto francês de reforma da responsabilidade civil. Sem embargo, obviamente, de, uma vez aprovada a alteração em terras gaulesas, a jurisprudência poder interpretar corretivamente o preceito, aplicando-o para lá do seu âmbito de relevância literal.

3.3. Os danos indemnizáveis

Os artigos 1235º e seguintes do Projeto de Reforma da Responsabilidade Civil, sendo comuns à responsabilidade extracontratual e contratual, consagram regras em matéria de danos indemnizáveis. Desde lodo, estatui-se que são indemnizáveis os prejuízos certos que resultem de um dano e que consistam na lesão de um interesse lícito, patrimonial ou extrapatrimonial. O enunciado encerra em si importantes lições. Por um lado, parece tomar posição na controversa questão da responsabilidade civil pela perda de um bem ou rendimento ilicitamente obtido⁴⁴. Por outro lado, embora de forma não clara, uma vez que um prejuízo patrimonial pode resultar da lesão de um bem de natureza não patrimonial, parece não se afastar totalmente a indemnização dos danos não avaliáveis em dinheiro.

O artigo 1236º Projeto reforça a possibilidade de indemnização dos danos futuros e o artigo 1237º admite o ressarcimento pelas despesas preventivas em que o lesado incorreu, numa solução que está em linha com o que é consagrado nos *Principles of European Tort Law*. Não estando limitados pela verificação de um ato ilícito, a desvelar-se pela violação de disposições legais de proteção de interesses alheios ou pela violação

⁴⁴ Cf. MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “Perda de bens e rendimentos obtidos ilicitamente – a responsabilidade civil”, *Revista da Faculdade de Direito e Ciência Política da Universidade Lusófona do Porto*, v. 1, nº9, 2017, 2.

de direitos absolutos, estas despesas preventivas haverão de ser compreendidas à luz de uma ideia de exigibilidade.

A *perda de chance*, que tantas dúvidas nos suscita no quadro do ordenamento jurídico português, sobretudo em matéria de responsabilidade extracontratual, recebe acolhimento expresso no artigo 1238º.

O Projeto de Reforma da Responsabilidade Civil debruça-se, ainda, sobre categorias especiais de danos. Para além dos desvios à regra com que já fomos sendo confrontados em matéria de dano corporal⁴⁵, estabelecem-se normas especiais para lidar com este tipo de dano, as quais estão previstas nos artigos 1267º e seguintes do Projeto. Mas estabelecem-se, também, regras especiais no tocante à indemnização dos prejuízos resultantes de danos materiais (por lesão de um bem corporal); no tocante à indemnização dos danos ambientais (artigos 1279º-1 e seguintes), numa abertura da responsabilidade civil, como tivemos oportunidade de explicitar, para funções que lhe são estranhas; no tocante à indemnização dos prejuízos resultantes do atraso no pagamento de uma prestação em dinheiro (artigos 1280º e seguintes).

3.4. Outras soluções em matéria de responsabilidade civil

25

Ao nível da responsabilidade extracontratual, o modelo francês continua a ser desenhado, de acordo com o Projeto de Reforma, com base na *faute*. Esta surge definida, no artigo 1242º como a violação de uma prescrição legal ou do dever geral de prudência e diligência. E, numa solução inovadora, o artigo 1242º-1 admite que a *faute* seja cometida por uma pessoa coletiva.

Também numa linha de continuidade com a tradição napoleónica, admite-se a responsabilidade do sujeito por facto alheio ou pelos danos causados por coisas e animais; e os artigos 1253º consagram regras importantes em matéria de causas de exclusão da responsabilidade, que estão em consonância com aqueles que são os ensinamentos da doutrina gaulesa na matéria.

Pese embora a continuidade que se denota, há algo que parece mudar com o Projeto de Reforma. A intencionalidade reparadora e reipersecutória que tinha sido herdada do jusracionalismo de Domat e Pothier acaba por ser posta em causa não só pela

⁴⁵ Veja-se o problema do concurso de responsabilidades, o problema da causalidade alternativa incerta, mas também, por exemplo, o problema das cláusulas de exclusão de responsabilidade.

regra contida no artigo 1261º, que determina que a reparação natural não pode ser imposta à vítima⁴⁶, como pela possibilidade de se condenar o lesante ao pagamento de uma pena civil, nos termos do artigo 1266º-1, sempre que a *faute* tenha sido cometida deliberadamente com vista a obter um ganho económico. Trata-se de uma solução que, aproximando-se dos *punitive damages*, tem vindo a ser por nós criticada, não merecendo, aos nossos olhos, acolhimento no nosso ordenamento jurídico.

Mas a finalidade preventiva da responsabilidade civil está, igualmente, presente no artigo 1266º, nos termos do qual, em matéria extracontratual, independentemente da reparação do prejuízo sofrido, o juiz pode prescrever medidas adequadas a prevenir o dano ou a fazer cessar a ilicitude.

Fundamental é, também, considerar a consagração da regra da obrigação de minimizar o dano, nos termos do artigo 1263º. Segundo a doutrina, a consagração desta obrigação, ao arrepio do que tem sido a jurisprudência da *Cour de Cassation*, tem, contudo, um alcance diminuto⁴⁷, já que o artigo 1263º exclui do seu âmbito de relevância o dano corporal.

Importa, ainda, dar conta da consagração no artigo 1265º do Projeto de Reforma da regra da solidariedade em caso de múltiplos lesantes. A obrigação *in solidum* de origem doutrinal e jurisprudencial parece dar, agora, lugar a uma verdadeira solidariedade fundada na determinação do legislador⁴⁸, sem que fique clara, pela formulação normativa, a sua restrição ao mundo aquiliano.

⁴⁶ Sobre o ponto, e por referência ao ordenamento jurídico português, cf. DAVID MAGALHÃES, “A primazia da reconstituição natural sobre a indemnização por equivalente contributos jurídico-históricos para a análise do direito português”, *Responsabilidade civil: 50 anos em Portugal, 15 anos no Brasil*, vol. II, Instituto Jurídico, 2018, 105 s.

⁴⁷ T. BEUMERS/M. CORMIER, « La consecration relative de l’obligation de minimiser le dommage dans l’avant-projet de loi reformant la responsabilite civile », 45 s.

⁴⁸ Acerca da construção francesa das obrigações *in solidum*, veja-se ANGEL CRISTÓBAL MONTÉS, “Planteamientos generales sobre la vinculación mancomunada o solidária por ato ilícito común”, 1221 e ss., com importantes referências à evolução doutrinal na matéria, desde a perspectiva exegetica, com a sua fidelidade à letra da lei, até à forja das obrigações *in solidum*. Saliente-se a referência a Pothier que, no quadro do pensamento oitocentista, rompe com a visão favorável à regra da conjunção obrigacional, surgindo como um arauto da solidariedade ao nível delitual. Cf., igualmente, CHABAS, «Remarques sur l’obligation *in solidum*», *Revue Trimestrielle du Droit Civil*, 1967, 310 s. O autor traça uma breve história do surgimento das obrigações *in solidum* e explicita, a páginas 317 s., os diferentes contornos e a diversa essência que apresentam face às obrigações solidárias puras. Estas pressuporiam um acordo entre os devedores que “metem em comum as suas dívidas” e passam, independentemente do número de vínculos, a dever uma só coisa. Contrariamente, nas obrigações *in solidum*, eles devem *ab initio* a totalidade da prestação, dividindo-se os autores quanto a saber se devem a mesma prestação ou se devem prestações

A fixação contratual dos direitos do credor lesado é regulada nos artigos 1281º e seguintes do Projeto de Reforma. As cláusulas de exclusão e de limitação da responsabilidade são, em princípio, válidas, quer em matéria contratual, quer em matéria extracontratual. Contudo, em linha com o entendimento da *Cour de Cassation*, que vinha considerando que os antigos artigos 1382º e seguintes do *Code Civil* eram normas de ordem pública, não podendo ser contrariadas, o artigo 1283º dispõe que, no domínio extracontratual, não se pode excluir ou limitar a responsabilidade por *faute*. Do mesmo modo, as referidas cláusulas deixam de ser válidas em caso de dano corporal e, no domínio contratual, quando haja dolo ou culpa grave. A disciplina não dista, portanto, muito da solução maioritariamente aceite em Portugal, onde se considera, contra o sentido literal do artigo 809º CC, que são válidas as cláusulas de limitação e de exclusão da

idênticas – cf. 318]. Na conexão com a responsabilidade civil, Chabas considera que naquelas não é correto afirmar que a pessoa deve a mesma prestação e exemplifica com dois obrigados delitualmente que, podendo ter de indemnizar o mesmo dano, entregando a mesma quantia em dinheiro, não se vinculam ao mesmo, porquanto seja diferente a causa da responsabilidade de um e de outro – cf. 318-319. Mais se diga que o autor apresenta uma possível interpretação garantística da obrigação *in solidum*. Esta, na verdade, não mais significaria do que determinar que cada autor, que teria causado apenas parte do dano, surgiria como garante do seu coautor. Outra conceção – interpretativa das soluções jurisprudenciais – apontaria, no entanto, num sentido diverso, considerando que a obrigação *in solidum* se imporia pela constatação de que cada coautor seria responsável pelo dano integralmente, “soit parce qu’il y a entre chaque dommage et l’intégralité du préjudice un lien direct et nécessaire, soit parce que le préjudice est indivisible, ce qui veut dire que l’on ne peut pas en attribuer une simple partie a chaque auteur” – cf. 314); BORIS STARCK, « La pluralité des causes du dommage et la responsabilité civile », *Juris Classeur Périodique, La Semaine Juridique*, 1970, I, 2339 (considerando que só se pode falar delas quando seja possível identificar as contribuições causais dos agentes, o que pressupõe a inserção da temática no quadro da responsabilidade extracontratual, e bem se compreende já que a figura foi forjada jurisprudencialmente para contornar o obstáculo de só se poder aplicar o regime da solidariedade nos casos previstos na lei ou convencionados, dado que não se observa no âmbito delitual. Note-se o apontamento crítico dirigido a uma ideia de responsabilidade parcial, porquanto as quotas de contribuição causal só artificialmente pudessem ser estabelecidas); LEÓN MAZEAUD, « Obligation *in solidum* et solidarité entre codébiteurs délictuels », *Revue Critique de Législation et Jurisprudence*, 1930, 149-176; GENEVIÈVE VINEY e PATRICE JOURDAIN, *Traité. Les conditions*, 257 s. Veja-se, ainda, numa explicitação do trabalho jurisprudencial na matéria, ANGEL CRISTÓBAL MONTÉS, “Planteamientos generales sobre la vinculación mancomunada o solidaria por acto ilícito común”, 1223. Sobre as obrigações *in solidum*, esclarece o autor que elas se baseiam no facto de, “em determinados casos de pluralidade de devedores, mesmo que cada um deles responda por inteiro, a sua responsabilidade é autónoma em relação à dos outros, já que o vínculo de que a mesma deriva é um vínculo independente, que nasceu por si só”. Acerca da legitimidade da figura, o autor questiona, *inter alia*, se algo justifica o tratamento dicotómico quando esta se trata de uma matéria atinente à teoria geral das obrigações que não conhece nenhuma cisão no âmbito legal, mostrando-se, a páginas 1228, crítico do artifício (cf., também, 1232 e ss.)

Cf., *in fine*, MEURISSE, “Le déclin de l’obligation *in solidum*”, *Recueil Dalloz*, chr. 243, considerando que a construção da figura da obrigação *in solidum* se ficou a dever a uma ideia de indivisibilidade do nexo de causalidade.

responsabilidade, mas apenas quando restritas à culpa leve, exceto se se tratarem de cláusulas de exclusão da responsabilidade por atos de terceiros independentes⁴⁹.

O artigo 1284º disciplina a cláusula penal, na sua modalidade de cláusula de fixação antecipada da indemnização.

Por fim, estabelecem-se regimes especiais de responsabilidade civil: para além da responsabilidade do produtor, já prevista no *Code Civil*, consagra-se agora a responsabilidade por danos causados por veículos terrestres a motor. Outras hipóteses de responsabilidade objetiva estão previstas nos artigos 1246º (responsabilidade pelos factos dos menores, numa solução de continuidade com o que já vigora no direito francês, mas que se afasta da solução portuguesa); no artigo 1247º (responsabilidade pelo facto do maior que necessita de medidas de apoio); no artigo 1249º (responsabilidade do comitente, numa solução que também se afasta do regime nacional).

Particularmente interessante no tocante à responsabilidade civil por danos causados por veículos terrestres a motor é não só a clivagem em relação à noção de detenção efetiva do veículo, responsabilizando-se o condutor ou o sujeito a quem é dada a guarda daquele, como a ideia de implicação, numa clara influência da Lei de 5 de Julho de 1985, relativa à indemnização das vítimas dos acidentes de viação⁵⁰. Entre nós, o conceito de implicação parece ter sido acolhido pela jurisprudência no tocante aos danos

⁴⁹ Sobre o ponto, com amplo desenvolvimento, cf. PINTO MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade*.

No tocante à exclusão e à limitação da responsabilidade extracontratual, veja-se, igualmente, MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “As cláusulas de limitação e exclusão da responsabilidade extracontratual – limites de validade”, *Scientia Iuridica*, tomo LXVI,354, Set-Dez. 2017, 421 s.

⁵⁰ A este propósito, cf. GENEVIEVE VINEY/PATRICE JOURDAIN, *Traité de droit civil: Les conditions de la responsabilité*, 3ª edição, LGDJ, Paris, 2006, 182. As autoras distinguem o nexo de causalidade do *lien de rattachement* e da *implication*. Segundo esclarecem, o nexo de causalidade coloca em relação dois elementos constitutivos da responsabilidade – o facto gerador e a responsabilidade. Aquele pode ser um facto pessoal do defensor, mas também pode ser um comportamento de um terceiro ou estar polarizado numa coisa. Nestas últimas hipóteses, a relação causal entre o facto gerador e o dano não é suficiente para designar o responsável, sendo imprescindível uma outra relação a unir a actividade lesiva a uma pessoa que lhe é estranha. Fala-se, então, de um *lien de rattachement*. Diferente seria, ainda, o conceito de *implication*: utilizado na lei de 5 de Julho de 1985 sobre a indemnização das vítimas dos acidentes de circulação, cujo artigo 1º considera aplicável “às vítimas de um acidente de circulação no qual está implicado um veículo terrestre a motor”, manteria, conforme se lê a págs. 183, um “certo parentesco com a causalidade”, não deixando de se notar que a *Cour de Cassation* censura a orientação jurisprudencial que mobiliza os termos causais para apreciar a implicação de um veículo no acidente.

causados no quadro de acidentes de trabalho⁵¹, justificando-se por, em muitas situações, não estar em causa um verdadeiro nexo de causalidade, menos um nexo de imputação, mas algo similar que, pressupondo um sentido imputacional mínimo, deve ser compreendido em termos de implicação.

4. Breves Conclusões

A breve análise do projeto francês de reforma da responsabilidade civil permite-nos extrair algumas conclusões relevantes em sede aquiliana. Sem embargo de, em casos particulares, o autor do projeto se ter afastado das soluções tradicionalmente predispostas em matéria extracontratual, é quase sempre notória uma linha de continuidade entre as construções da doutrina e da jurisprudência e a disciplina consagrada. Dito de outro modo, o projeto de reforma da responsabilidade civil não introduz no ordenamento jurídico gaulês uma revolução copernicana ao nível delitual, procurando manter-se fiel à tradição jurisprudencial e doutrinal, não obstante alguns pontos de clivagem.

Outra ideia que ressalta desta análise é a profunda influência que o projeto sofreu do direito comparado, procurando aproximar-se o direito francês, tanto quanto possível, das mais modernas orientações ao nível europeu. Ficou-se, porém, aquém da sedimentação dogmática a que somos conduzidos nos ordenamentos de influência germânica.

In fine, importa salientar que, mantendo-se central o conceito de *faute* e, concomitantemente, as consequências da não bipartição dos fundamentos da responsabilidade entre ilicitude e culpa, o projeto de reforma francês não é imune à distinção entre danos materiais e danos não materiais, nem é indiferente à relevância do bem jurídico concretamente lesado, como se denota pelas regras especiais com que somos confrontados em matéria de dano corporal.

⁵¹ Sobre o ponto, cf. MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “Os conceitos de causalidade, imputação e implicação a propósito da responsabilidade civil por acidentes de trabalho”, *Para Jorge Leite – Escritos jurídico-laborais*, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, 53 s.