

Revista de Direito Civil

Imobiliário, Agrário e Empresarial

Repositório de Jurisprudência autorizado pelo
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL sob n. 004/85
e pelo SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA,
sob n. 12 (Portaria n. 8/90).



Revista de Direito Civil

Imobiliário, Agrário e Empresarial

Direção e coordenação: R. LIMONGI FRANÇA

Conselho editorial: ALBERTO BITTENCOURT COTRIN NETO (Rio de Janeiro); ALTINO PORTUGAL SOARES PEREIRA (Paraná); ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO; ANTÔNIO CHAVES; ARNOLDO WALD (Rio de Janeiro); ARTUR OSCAR DE OLIVEIRA DEDA (Sergipe); ARY OSWALDO MATTOS FILHO; CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA (Rio de Janeiro); CARLOS ALBERTO BITTAR; CLÓVIS DO COUTO E SILVA (Rio Grande do Sul); DAISY GOGLIANO; DOMINGOS SÁVIO BRANDÃO LIMA (Mato Grosso); FÁBIO DE CAMPOS LILLA; FÁBIO MARIA DE MATTIA; HELITA BARREIRA CUSTÓDIO (Brasília); JOÃO DE M. ANTUNES VARELA (Bahia); JOÃO NASCIMENTO FRANCO; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO (Pernambuco); LUIS PINTO FERREIRA (Pernambuco); MARCOS AFONSO BORGES (Goiás); MÁRIO MOACYR PORTO (Rio Grande do Norte); MILTON FERNANDES (Minas Gerais); MOACYR DE OLIVEIRA (Santa Catarina); ODETE MEDAUAR; OLAVO ACYR DE LIMA ROCHA; ORLANDO GOMES (Bahia); OTTO DE ANDRADE GIL (Rio de Janeiro); ROGÉRIO LAURIA TUCCI; SILVIO A. BASTOS MEIRA (Pará); SILVIO DE MACEDO (Alagoas); SILVIO NEVES BAPTISTA (PERNAMBUCO); SILVIO RODRIGUES; THEOPHILO DE AZEREDO SANTOS (Rio de Janeiro); TORQUATO CASTRO (Pernambuco); VIRGÍLIO MOTTA LEAL JR. (Bahia); WAGNER BARREIRA (Ceará); WALTER MORAES; WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO; WILSON MELO DA SILVA (Minas Gerais); YUSSEF SAID CAHALI (São Paulo).

Diretor Coordenador: R. Limongi França

Editor: Carlos Henrique de Carvalho Filho

Diretor Editorial: Afro Marcondes dos Santos

Diretor Gráfico: Enyl Xavier de Mendonça

Redação e Administração: Rua Conde do Pinhal, 78 — Tel. (011) 37-2433 — Fax (011) 37-5802 — 01501-060 São Paulo, SP, Brasil

Impressão: DAG Gráfica Editorial Ltda., Av. Nossa Senhora do Ó, n. 1782 — 02715-000 — São Paulo, SP, Brasil.

Tiragem: 2.000 exs. — Área abrangida: Todo o Território Nacional

OS ACÓRDÃOS PUBLICADOS EM TEXTO COMPLETO CORRESPONDEM, NA ÍNTEGRA, ÀS CÓPIAS RECEBIDAS DAS SECRETARIAS DOS TRIBUNAIS.

As opiniões emitidas nos trabalhos são de responsabilidade de seus respectivos autores.

UMA EDIÇÃO DA

EDITORA **RT**
REVISTA DOS TRIBUNAIS

Rua Conde do Pinhal, 78 — 01501-060 — São Paulo, SP — Tel. (011) 37-2433 — Fax (011) 37-5802

SUMÁRIO

DOCTRINA

I — Direito Civil, Geral e Especial

- O direito intertemporal e o usucapião constitucional — Artur Marques Silva Filho 7
- Responsabilidade civil: uma tentativa de ressystematização — Fernando Noronha 12
- O estatuto da propriedade perante novo ordenamento constitucional brasileiro — Luiz Roldão de Freitas Gomes 48
- Compra e venda com pagamento do preço através de cartão de crédito — Operação à vista ou a prazo? — Reynaldo Ribeiro Daiuto 60
- Direito de família e psicanálise — Ensaio para uma proposta interdisciplinar — Rodrigo da Cunha Pereira 68

II — Direito Imobiliário

- Do planejamento urbanístico no Direito Espanhol — José H. Fischel de Andrade 78

III — Direito Agrário

- Condutas lesivas à fauna silvestre (Projeto de Lei 3.369/92) — Helita Barreira Custódio 87

IV — Direito Empresarial

- Juros — Tabelamento geral, amplo e irrestrito — Antônio Ferreira Álvares da Silva 115
- O juiz e a economia — Reflexos da inflação na prestação jurisdicional — Ives Gandra da Silva Martins 120
- Indexação — Obrigações em moeda estrangeira — Maria Elisa Mendes Gualandi 129

CONFERÊNCIAS E COMUNICAÇÕES

- Evolução histórica do Direito Internacional — Carlos Alberto Bittar Filho 141
- Tolerância e liberdade de opinião — Ignácio M. Poveda Velasco 155



RESPONSABILIDADE CIVIL: UMA TENTATIVA DE RESSISTEMATIZAÇÃO

Responsabilidade civil em sentido estrito e responsabilidade negocial; responsabilidade subjetiva e objetiva; responsabilidade subjetiva comum ou normal, e restrita a dolo ou culpa grave; responsabilidade objetiva normal e agravada

FERNANDO NORONHA

1. Introdução — 2. Classificações e outras noções fundamentais: 2.1 Responsabilidade civil (*stricto sensu*) e responsabilidade negocial; 2.1.1 Os termos da distinção; 2.1.2 Questões terminológicas. 2.2 Responsabilidade subjetiva e objetiva: 2.2.1 Os termos da distinção; 2.2.2 Da responsabilidade subjetiva à objetiva. 2.3 Responsabilidade por ato próprio, por ato de outrem e pelo fato de coisas ou animais. 2.4 Pressupostos da responsabilidade civil — 3. A responsabilidade civil (*stricto sensu*) subjetiva e suas gradações: 3.1 Dolo e culpa: 3.1.1 Dolo, culpa grave e culpa simples; 3.1.2 Apreciação *in abstracto* da culpa. 3.2 Gradações da responsabilidade civil subjetiva: 3.2.1 Responsabilidade civil comum, ou normal; 3.2.2 Responsabilidade civil restrita a dolo ou culpa grave — 4. A responsabilidade civil (*stricto sensu*) objetiva e suas gradações: 4.1 Situações em que ocorre: 4.1.1 Excepcionalidade desta responsabilidade; 4.1.2 Risco e nexo de causalidade; 4.1.3 Exclusão da causalidade: caso fortuito ou de força maior. 4.2 Gradações da responsabilidade civil objetiva: 4.2.1 Responsabilidade objetiva normal; 4.2.2 Responsabilidade objetiva agravada — 5. A responsabilidade negocial e suas gradações: 5.1 Categorias da responsabilidade negocial; 5.2 Gradações da responsabilidade negocial objetiva: 5.2.1 Responsabilidade objetiva normal (regime-regra); 5.2.2 Responsabilidade objetiva agravada; 5.2.3 Um caso especial: responsabilidade do devedor em mora por caso fortuito ou de força maior. 5.3 Gradações da responsabilidade negocial subjetiva: 5.3.1 Responsabilidade por mera culpa; 5.3.2 Responsabilidade por dolo ou culpa grave.

1. INTRODUÇÃO

Hoje constitui lugar comum afirmar-se que a responsabilidade civil é certamente o instituto de Direito Civil que teve desenvolvimento mais espetacular nos últimos cem anos. Tal desenvolvimento trouxe a necessidade de repensar muitas concepções, que eram tidas por inabaláveis, a começar por aquela, tão bem sintetizada no aforismo atribuído a

Von Jhering, de que não podia haver responsabilidade sem culpa.

Neste texto, sintético e em grande parte resumo de textos escritos para estudantes de graduação,¹ pretendemos apenas expor algumas idéias talvez pouco ortodoxas (como a de existir uma responsabilidade objetiva independente da existência de nexo de causalidade e a de se em regra objetiva a responsabilidade derivada do inadim-

plimento de contratos), mas que reputamos essenciais para uma melhor compreensão da problemática da responsabilidade civil.

Pretendemos sobretudo enfatizar duas coisas: primeiro, que a responsabilidade normalmente dita contratual (que aqui será incluída na que se denomina de negocial) é mero direito especial em relação à usualmente chamada de extra-contratual (aqui designada de responsabilidade civil em sentido estrito); segundo, que tanto na responsabilidade civil em sentido estrito como na negocial, existe um imenso leque de gradações, desde os casos em que a responsabilidade é restrita a conduta dolosa ou gravemente culposa, até aqueles que designamos de responsabilidade objetiva agravada, em que há obrigação de indenizar não só independentemente de culpa, como também de nexo de causalidade.

Assim, na seção que se segue, apresentaremos as duas classificações fundamentais da responsabilidade civil, *lato sensu*: responsabilidade civil propriamente dita e responsabilidade negocial, por um lado, e responsabilidade subjetiva e objetiva, por outro. Depois, e ainda na mesma seção, recordaremos algumas noções básicas sobre os pressupostos da responsabilidade civil, referindo somente o que seja imprescindível para a exposição subsequente. Nas demais seções, sem dúvida mais inovadoras, tentaremos apresentar um quadro resumido das diversas gradações de que, do ponto de vista da culpa, ou da sua ausência (isto é, do ponto de vista das responsabilidades subjetiva ou objetiva), são suscetíveis a responsabilidade civil propriamente dita e a negocial: nas seções 3 e 4, cuidaremos da responsabilidade civil *stricto sensu*, subjetiva e objetiva, e de suas gradações; na seção 5, olharemos a responsabilidade negocial.

2. CLASSIFICAÇÕES E OUTRAS NOÇÕES FUNDAMENTAIS

2.1 Responsabilidade civil (*stricto sensu*) e responsabilidade negocial

2.1.1 Os termos da distinção

Numa acepção bem ampla, a responsabilidade civil consiste na obrigação de reparar os danos causados a outrem, pela violação de direitos alheios. Entendida assim, ela abrange: a) a obrigação de reparação de danos resultantes do inadimplemento, da má execução ou do atraso no cumprimento de obrigações negociais (isto é, nascidas de contratos e de negócios jurídicos unilaterais); b) a obrigação de reparação de danos resultantes da violação de outros direitos alheios, sejam eles absolutos (como os direitos da personalidade, os direitos reais e os direitos sobre bens imateriais) sejam simples direitos de crédito constituídos entre outras pessoas, sejam até outras situações dignas de tutela jurídica.²

Vamos designar a responsabilidade civil que é consequência do inadimplemento de obrigações negociais, de *responsabilidade negocial*; ela, no fundo, é mero prolongamento de uma obrigação negocial.

A expressão *responsabilidade civil*, em sentido estrito, tem vindo a especializar-se, tanto entre nós como noutros países, para designar a segunda categoria de obrigações acima indicadas, ou seja, aquelas que visam a reparação de danos causados a pessoas que não estavam ligadas por negócio jurídico, ou, quando estivessem ligadas, em que os danos também pudessem ser considerados como resultado da violação de deveres gerais de respeito pela pessoa e bens alheios — não sendo, portanto, concretamente encarados como violação específica daquele negócio jurídico.

Numa fórmula concisa, poderíamos dizer que a responsabilidade civil, *stricto*

sensu, é a obrigação de reparar danos resultantes da violação do dever geral de *neminem laedere* (não lesar ninguém). A sua finalidade, é tutelar o interesse de cada pessoa na preservação da sua esfera jurídica, através da reparação dos danos por outrem causados.

Entendida assim, a responsabilidade civil apresenta-se como o direito geral da reparação de danos, perante o qual a obrigação de reparar danos oriundos de obrigações negociais é mero direito especial. O estudo do Direito das obrigações deveria começar pela responsabilidade civil, que é o regime-regra. Só depois se deveria examinar o direito especial, constituído pelas obrigações resultantes de contratos e negócios unilaterais, cujo inadimplemento gera a “responsabilidade negocial”.

2.1.2 Questões terminológicas

Façamos um breve confronto entre a terminologia “responsabilidade civil em sentido estrito” e “responsabilidade negocial”, por um lado, e as designações tradicionais de “responsabilidade contratual” e “responsabilidade extracontratual”, ou “aquiliana”, por outro.

a) *Responsabilidade “contratual” e “extracontratual”*. A responsabilidade civil, na acepção estrita ou técnica acima dada, é tradicionalmente chamada de “responsabilidade extracontratual”; por sua vez, a responsabilidade negocial é usualmente chamada de “responsabilidade contratual”. Trata-se, porém, de expressões equívocas, na medida em que ignoram a existência de obrigações nascidas de negócios jurídicos unilaterais, como a promessa pública de recompensa, a garantia convencional oferecida por fabricantes ao consumidor final e a subscrição de títulos de crédito. Assim, por um lado, a expressão “responsabilidade contratual” esconde que a par da obrigação de indenizar derivada

do inadimplemento de contratos, e regendo-se pelos mesmos princípios, existe também aquela resultante do inadimplemento de negócios jurídicos unilaterais. Por outro lado, a expressão “responsabilidade extracontratual” poderia sugerir, erradamente, que o inadimplemento desses negócios jurídicos unilaterais se regeria por princípios diversos dos aplicáveis aos negócios jurídicos bilaterais, ou contratos: a verdade é que, em matéria de responsabilidade pelo inadimplemento, tanto os negócios jurídicos unilaterais como os bilaterais, ou contratos, estão sujeitos a regime jurídico idêntico — e que é diverso do aplicável àquelas obrigações que aqui incluímos na expressão *responsabilidade civil*, em sentido estrito.

Por estas razões, falaremos apenas em “responsabilidade civil” e em “responsabilidade negocial”, abandonando as designações tradicionais de “responsabilidade contratual” e “extracontratual”. Fique bem claro que quando falamos em responsabilidade civil, ou em responsabilidade civil em sentido estrito, não englobamos nela a responsabilidade contratual, que cabe dentro da responsabilidade negocial.

b) *Responsabilidade aquiliana, ou por atos ilícitos*. Estas são outras designações tradicionalmente dadas à “responsabilidade extracontratual”. Eram designações que pareciam adequadas ao tempo em que se acreditava ser requisito essencial da obrigação de indenizar a existência de uma atuação culposa, fosse na forma de culpa em sentido estrito, fosse na forma de dolo (infra, 3.1). A designação “aquiliana” tinha por origem a *lex Aquilia de damno*, que no Século III a.C. introduziu no Direito a idéia de culpa, como pressuposto da obrigação de indenizar, embora em termos bastante restritos.

Hoje, porém, a responsabilidade civil (em sentido estrito) não coincide mais

com a responsabilidade aquiliana, ou por atos ilícitos, dos clássicos, sobretudo como desenvolvida pela ciência jurídica do Século XIX. Hoje ela ampliou-se, alcançando diversos casos em que uma pessoa tem de reparar danos de outrem, mesmo sem ter qualquer culpa: são os casos de *responsabilidade objetiva*, ou *pelo risco*, de que falaremos a seguir.

2.2 Responsabilidade subjetiva e objetiva

2.2.1 Os termos da distinção

A responsabilidade civil *subjetiva*, ou *culposa*, é a obrigação de reparar danos causados por ações ou omissões intencionais, negligentes ou imprudentes. A responsabilidade civil *objetiva*, ou *pelo risco*, é a obrigação de reparar danos que independentemente de qualquer idéia de dolo ou culpa, sejam resultantes de ações ou omissões de alguém, ou estejam simplesmente conexas com a sua atividade.

Como esta classificação é independente da anterior (civil e negocial), ambas podem ser entrecruzadas. Assim, teremos uma responsabilidade civil em sentido estrito subjetiva e outra objetiva, como teremos também uma responsabilidade negocial subjetiva e outra objetiva.

A responsabilidade civil em sentido estrito subjetiva ou culposa é também chamada de responsabilidade por *atos ilícitos*, ou *aquiliana*, sendo dela que se trata no art. 159 do CC. Consiste ela na obrigação de reparar danos resultantes da violação intencional ou meramente culposa de deveres gerais de *neminem laedere*, através dos quais se tutelam os direitos alheios, em geral.

Tanto no âmbito das obrigações negociais como naquelas da chamada responsabilidade civil em sentido estrito, a violação intencional de direitos alheios caracteriza o dolo — que ocorre

quando, como se diz no art. 18, I do CP, “o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo”. Quando o agente não previu o acontecido, mas poderia tê-lo previsto e evitado, se houvesse procedido com a diligência, prudência e perícia exigíveis, ocorre a culpa em sentido estrito (cf., *Código Penal*, art. 18, II). Esta culpa consiste sempre no desrespeito por normas de conduta que têm por escopo prevenir a ocorrência de determinados danos. Tal desrespeito pode revestir as modalidades de negligência, imprudência ou imperícia (v., infra, 3.1.1.b).

O dolo é especialmente importante no Direito Penal, já que em regra a mera culpa não é ali punível: como se diz no art. 18, parágrafo único do CP, “salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente”. No âmbito do Direito Civil, cujo interesse em matéria de atos ilícitos está na reparação dos danos causados, é indiferente que a pessoa tenha agido com dolo ou culpa. Isto só não é assim em duas hipóteses: primeiro, quando se trate de reparar danos morais, onde o juiz, ao arbitrar a compensação pecuniária, deve considerar, entre outros fatores, a intensidade do dolo e o grau de culpa do responsável³, segundo, naqueles casos excepcionais (infra, 3.2.2 e 5.3.2) em que não baste a mera culpa para que haja obrigação de indenizar, sendo necessário que o agente tenha procedido com dolo ou com uma forma qualificada de culpa, chamada de culpa grave.

A responsabilidade civil *objetiva*, ou *pelo risco*, seja ela negocial, seja civil em sentido estrito, é a obrigação de reparar determinados danos, acontecidos durante atividades realizadas no interesse ou sob o controle de alguém, que por isso será responsável, independentemente de ter agido ou não com culpa. Aqui, a imputação do ato ou fato lesivo ao responsável tem por base não a culpa, mas o risco que ele próprio

criou, ou que, pelo menos, acontece dentro da sua esfera de ação. A responsabilidade objetiva visa sobretudo a reparação de danos resultantes da atuação de dependentes (prepostos) e do exercício de atividades perigosas, mas, nos nossos dias, já vai se estendendo a danos ocasionados por bens de consumo (responsabilidade do fabricante, ou do produtor, ou “pelos acidentes de consumo”, ou ainda, e de acordo com a terminologia adotada no Código de Defesa do Consumidor, art. 12, “responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço”) e a danos resultantes da poluição ambiental.

Enquanto a responsabilidade subjetiva resulta da prática de atos ilícitos ou não (ou do inadimplemento doloso ou culposo de negócios jurídicos, o qual não deixa de ser também ato ilícito), agora a responsabilidade objetiva resulta ou de fatos e atos meramente *antijurídicos*, enquadráveis entre os fatos jurídicos *stricto sensu*,⁴ ou de atos justificados, enquadráveis entre os atos jurídicos *stricto sensu*.⁵

Confrontando as duas espécies de responsabilidade, subjetiva e objetiva, pode-se dizer, em rápida síntese, que verificado um fato danoso para uma pessoa ou para o seu patrimônio, no domínio da responsabilidade subjetiva é preciso averiguar se o seu autor agiu com culpa ou dolo, porque só nestes casos ele estará obrigado a reparar o dano; no domínio da responsabilidade objetiva, prescinde-se de indagações sobre a culpa do agente, bastando que haja nexo causal entre o fato e o dano, para que ele seja forçado à reparação.

Quando existir um dano, mas não houver culpa imputável a ninguém e também não houver ninguém que deva arcar com o respectivo risco, não haverá responsabilidade civil, sendo o prejuízo suportado pelo dono: *casus sentit dominus*.

2.2.2 Da responsabilidade subjetiva à objetiva

À idéia de que a obrigação de indenizar tem como pressuposto necessário a culpa ou o dolo do responsável, é conhecida como dogma da culpa.⁶ Este dogma está universalmente traduzido no aforismo novecentista que de que “não há responsabilidade sem culpa” (*pas de responsabilité sans faute*); “no liability without fault”; “nessuna responsabilidad sensa culpa”, etc.), e é fundamentalmente devido à escola de direito natural que se desenvolveu na Idade Moderna, sobretudo no Século XVIII, chamada de “escola jusracionalista”.⁷

O dogma da culpa era especialmente adequado ao individualismo do “laissez faire, laissez passer”, novecentista, tutelando os interesses da dominante classe dos empresários (a “burguesia”, como então se dizia): em nascentes economias industriais, como eram as européias e também a norte-americana desse Século XIX, obrigar à reparação de danos ditos “inevitáveis”, apesar de toda a diligência, implicaria em prejudicar o desenvolvimento econômico, impondo às empresas custos tidos como incompensáveis, porque elas, ao tempo, não estavam em condições de impedir os acidentes, nem de transferir para a sociedade o ônus respectivo, através da indústria seguradora, então ainda incipiente.

No âmbito da responsabilidade civil em sentido estrito, são várias as razões do surgimento da responsabilidade objetiva, a partir do final do Século XIX, e sobretudo ao longo deste Século XX, merecendo especial destaque as exigências de uma nova sociedade, urbana e industrializada, onde em casa, na rua, no trabalho, se multiplicam os acidentes, provocados mais pelas máquinas (incluindo automóveis) e pelas forças motrizes (eletricidade, etc.) do que pelo homem, tornando-se eles, assim, “anô-

nimos”, no dizer dos irmãos Mazeaud.⁸ Continuar deixando à vítima o ônus de provar a culpa do fabricante, ou do proprietário do veículo, ou do patrão do motorista, etc., significaria, na prática, negar socorro às vítimas de acidentes. Veremos adiante (4.1.2) que atualmente as hipóteses de responsabilidade civil em sentido estrito e objetivo cabem na sua quase totalidade em três grandes grupos, que poderemos designar de *risco de empresa, risco administrativo e risco-perigo*.

Quanto à responsabilidade negocial, tradicionalmente dita de contratual, a regra foi sempre a da responsabilidade objetiva, como veremos adiante (5.2.1), muito embora o peso do dogma da culpa levasse a generalidade dos pensadores a acreditar que também nela fosse aplicável o princípio da não responsabilidade sem culpa.

A respeito da responsabilidade civil em sentido estrito, o Código Civil enfatiza a regra de que só haverá obrigação de reparar danos quando o autor tenha agido com dolo ou culpa: nos termos do art. 159, apenas será obrigado a indenizar quem causar dano “por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência”. Como era de esperar em Código elaborado quando prevaleciam as concepções individualistas e liberais do Século XIX, pressupõe-se nele que a liberdade de movimentos de qualquer pessoa, fundada no princípio da autonomia da vontade, só poderia ser limitada pela obrigação de reparar aqueles danos que a pessoa poderia ter evitado, se agisse diligentemente.

Os arts. 1.518 e ss. insistem na regra da responsabilidade subjetiva, só amenizada pela consagração de algumas presunções de culpa, assim dispensando o lesado de provar a culpa do lesante e lançando sobre este o ônus da prova da inexistência de culpa de sua parte. Assim, por exemplo, de acordo com regras cujas origens remontam ao Direi-

to Romano, presume-se que o dono ou detentor de animal é responsável pelos danos que este causar, presume-se que o dono do edifício ou construção é responsável pelos danos que resultarem de sua ruína e afirma-se que aquele que habitar uma casa, ou parte dela, responde pelo dano proveniente de coisas que dela caírem ou forem lançadas (arts. 1.527, 1.528 e 1.529).

Hoje, porém, a orientação adotada no Código Civil está ultrapassada por desenvolvimentos jurisprudenciais, que tendem a interpretar estas presunções de culpa em termos de consagrarem verdadeiras hipóteses de responsabilidade objetiva, por isso só cedendo mediante prova de caso fortuito ou de força maior; não é suficiente que o dono do animal ou do imóvel, ou o morador da casa, demonstrem que não tiveram culpa, por haverem tomado todos os cuidados exigíveis: eles serão responsabilizados sempre que não puderem demonstrar que o evento danoso é devido a caso fortuito ou de força maior.

Mesmo em hipótese onde o Código Civil consagra típica responsabilidade subjetiva, a Jurisprudência impôs a responsabilidade objetiva: assim, por exemplo, enquanto os arts. 1.521, III e 1.523 estabelecem claramente que o patrão só é responsável pelos atos praticados pelo empregado, se for provado que o primeiro concorreu para o dano “por culpa, ou negligência de sua parte”, a Jurisprudência decide que o patrão é sempre responsável e que nem sequer pode provar que não teve culpa.

Fora do Código Civil, existe uma importante lei, quatro anos anterior a ele, o Dec. Leg. 2.681, de 7.12.12, sobre a responsabilidade civil das estradas de ferro, que já presumia a culpa destas pela perda, furto ou avaria de mercadorias e pelos desastres que sucedessem aos viajantes (arts. 1.º e 17). Nessa mesma lei, determinava-se o que ainda é, na legislação vigente, o mais antigo caso de responsabilidade estritamente

objetiva, sem referência a qualquer culpabilidade, ainda que presumida: "As estradas de ferro responderão por todos os danos que a exploração de suas linhas causar aos proprietários marginais" (art. 26).

Muitas leis posteriores ao Código Civil foram criando novos casos de responsabilidade objetiva, pelo que se pode afirmar que o desenvolvimento desta espécie de responsabilidade é resultado tanto da atividade de criação jurisprudencial de direito como, a par dela, da atividade legislativa.

Se, como dissemos de início, hoje constitui lugar comum afirmar-se que a responsabilidade civil é o instituto com desenvolvimento mais espetacular dos últimos cem anos, agora podemos acrescentar que tal desenvolvimento se deve principalmente (mas não apenas) à progressiva extensão da responsabilidade objetiva.

Não obstante, porém, o desenvolvimento espetacular da responsabilidade objetiva, ainda hoje ela continua tendo natureza excepcional: só existe obrigação de indenizar independentemente de culpa quando o caso esteja previsto em norma específica, embora com frequência estas normas impondo responsabilidade objetiva sejam sintetizadas por via jurisprudencial. A responsabilidade civil é, aliás, uma das matérias em que tem sido mais evidente o papel criador de direito, desempenhado pela jurisprudência, que aqui chega a ser mais importante do que a atividade legislativa: em certos casos, como no da responsabilidade do patrão ou comitente pelos atos do empregado ou preposto, a jurisprudência chegou a sintetizar normas (impondo responsabilidade objetiva, através da criação de presunções absolutas de culpa) contrárias àquelas previstas no Código Civil (que apenas se contentavam com mera responsabilidade subjetiva — cf., arts. 1.521, III e 1.523).

2.3 Responsabilidade por ato próprio, por ato de outrem e pelo fato de coisas ou animais

Esta é uma terceira distinção importante para a responsabilidade civil, mas sem a essencialidade das duas anteriores. Por isso, aqui, apenas indicamos as suas características fundamentais.

A nosso ver, esta distinção é aplicável tanto à responsabilidade civil como à negocial e tanto à subjetiva como à objetiva.

Temos responsabilidade *por ato pessoal*, ou *por fato próprio* (ou ainda *direta*), quando alguém, com a sua própria atuação, pratica fato que causa dano a outrem. Nesta noção cabem quer a conduta intencionalmente danosa, quer a meramente culposa, quer ainda a própria conduta lícita, nos casos excepcionais em que gere responsabilidade civil (objetiva). Temos responsabilidade *indireta*, ou *por fato de outrem*, quando alguém responde pela atuação de pessoas suas dependentes, sejam auxiliares, substitutos ou representantes, sejam outras pessoas de cuja vigilância ela esteja incumbida, como filhos, alunos, pacientes e hóspedes. Temos responsabilidade *pelo fato de coisas ou de animais*, quando alguém responde pelos danos causados por animais ou resultantes de máquinas, aparelhos e produtos, ou ainda da ruína de construções.⁹

Dentro da categoria da responsabilidade indireta, têm especial relevância a do patrão ou comitente pelos atos do empregado ou preposto (é *preposto* toda pessoa que exerce uma atividade no interesse de outra, tendo esta (*comitente*) o poder de controle; distingue-se do *empregado* pelo fato de este ser subordinado juridicamente ao patrão), a dos pais pelos filhos menores e a do proprietário de veículo automóvel pela pessoa a quem tenha confiado a condução. A responsabilidade do patrão ou comitente é objetiva, a dos pais é sub-

jetiva, mas com presunção *juris tantum* de culpa. Quanto ao proprietário de veículo, será preciso distinguir conforme o condutor seja ou não seu dependente: sendo-o, aplicam-se as regras da responsabilidade indireta; não o sendo, deve distinguir-se conforme circule ou não no seu interesse e haja dado ou não o seu consentimento.¹⁰

A responsabilidade pelo fato de coisas ou animais é normalmente objetiva. Dentro dela, hoje em dia têm especial destaque (*infra*, 4.1.1) a responsabilidade por produtos e serviços defeituosos, prevista no Código de defesa do Consumidor (arts. 12 e 14) e a resultante de poluição ambiental (Lei 6.938/81, art. 14, § 1.º).

2.4 Pressupostos da responsabilidade civil

Em geral, para que surja a obrigação de indenizar, quer no âmbito da responsabilidade civil em sentido estrito, quer quando se trate de responsabilidade negocial, é necessário que se verifiquem alguns requisitos: a) que seja *antijurídico* o ato praticado, ou o fato acontecido; b) que este possa ser *imputado* a alguém; c) que dele tenham resultado *danos*; d) que tais danos possam ser juridicamente considerados como *causados* pelo ato ou fato praticado. A estes quatro requisitos, ou pressupostos da responsabilidade civil, sobre os quais todos estão de acordo, parece que se deve acrescentar uma condição suplementar: e) que o dano esteja contido no âmbito da função de proteção assinada à norma violada (teoria do *escopo da norma violada*).

Os dois primeiros requisitos referem-se ao *fato gerador* da responsabilidade; os outros referem-se ao próprio *dano causado*. O fato causador da responsabilidade terá, assim, de ser antijurídico e deverá poder ser imputado a alguém; o dano, por sua vez, há de ser efetivo e deverá ter sido

causado pelo fato gerador; além disso (e este será o quinto requisito), deverá constituir lesão de um dos bens que a ordem jurídica queria proteger.

a) *Antijuridicidade*. A antijuridicidade é dado de natureza objetiva: há antijuridicidade quando um ato ou um fato ofende direitos alheios de modo contrário ao direito, independentemente de qualquer juízo de censura que porventura também possa estar presente e ser referido a alguém. Este fato antijurídico, primeiro pressuposto da obrigação de indenizar, em regra será um ato humano, culposo ou não, mas também poderá ser um fato natural, que ofenda direitos de outrem, de forma reprovada pelo ordenamento jurídico.

Na responsabilidade civil subjetiva o fato gerador será sempre um ato ilícito, isto é, uma conduta humana, uma ação ou omissão determinada voluntariamente pela pessoa, ou que esta, pelo menos, poderia controlar, se fosse mais cuidadosa.

Na responsabilidade civil objetiva o fato gerador poderá ser tanto uma conduta humana, como um fenômeno natural. A conduta humana aqui visada, é considerada independentemente de qualquer idéia de culpa.

b) *Nexo de imputação*. O nexo de imputação é o fundamento, ou a razão de ser da atribuição da responsabilidade a uma determinada pessoa, pelos danos ocasionados ao patrimônio ou à pessoa de outra. Em regra, o fundamento de tal imputação é uma *atuação culposa*: a violação do direito (antijuridicidade) é imputada ao agente a título de dolo ou culpa (ato ilícito: cf., art. 159). Nestes casos, diz-se que a responsabilidade é *subjetiva*. Noutros casos, muito numerosos mas sempre de natureza excepcional, o fundamento da imputação é diverso, é uma idéia de *risco criado*: quem exerce atividades que podem pôr em perigo pessoas e bens alheios, da

mesma forma que auffer os benefícios daí resultantes, também deve suportar os prejuízos, independentemente de ter ou não agido com culpa. É para estas hipóteses que se fala em *responsabilidade objetiva*, a qual é especialmente adequada para reger duas categorias de fatos danosos: os verificados no exercício de atividades empresariais (*risco de empresa*) ou administrativas (*risco administrativo*) e os acontecidos no exercício de atividades especialmente perigosas, como é o caso da condução de veículos automóveis (*risco-perigo*).

Na responsabilidade subjetiva, em casos especiais não é o lesado que tem o ônus da prova do dolo, ou da negligência, imprudência e imperícia do agente: tais casos são os de presunção *juris tantum* de culpa do agente, em que este, para se liberar, tem de demonstrar que agiu com todos os cuidados que seriam exigíveis, embora sem ter necessidade de provar que o fato se deveu a caso fortuito ou de fora maior.

Os casos ditos de presunção *juris et de jure* de culpa são de responsabilidade objetiva, já que não é possível fazer prova da inexistência de culpa.

c) *Dano*. O dano é o prejuízo sofrido por alguém, em consequência da violação de um seu direito, ou, dito de outra forma, em consequência de ato ou fato antijurídico imputável a outrem. Segundo as classificações mais importantes, pode ser *patrimonial* e *moral* (ou *extrapatrimonial*); *material* e *pessoal*; *direto* e *indireto*.

É dano patrimonial o prejuízo de natureza econômica, o dano diretamente suscetível de avaliação pecuniária, como é o caso da perda de coisa e a incapacitação para o trabalho. Em rigor, é só ele que se subdivide em *dano emergente* e *lucro cessante*.

É *moral* aquele dano que não afeta o patrimônio, consistindo em dores físicas

ou sofrimentos psíquicos, resultantes da violação de direitos da personalidade: dores resultantes de lesões corporais; prejuízo estético; atentados à honra e ao pudor; sofrimento pela morte de entes queridos; o valor de afeição referido no art. 1.453, etc. Seria mais correto designá-lo de *dano extrapatrimonial*, para deixar claro que só terá esta natureza o dano sem reflexos no patrimônio do lesado. É que da ofensa à reputação de um comerciante, por exemplo, podem resultar não só danos patrimoniais (redução da clientela), como também extrapatrimoniais (o desgosto sofrido).

Os danos patrimoniais são sempre reparáveis. E serão em princípio reparáveis na sua integralidade — é o que se costuma exprimir com a chamada *teoria da diferença*: a indenização será igual à diferença entre a situação atual do patrimônio do lesado e a hipotética em que estaria, se o dano não tivesse ocorrido.

Quanto aos danos extrapatrimoniais, ou morais, existe controvérsia sobre a possibilidade da sua reparação. É que sofrimentos, físicos ou psíquicos, nunca podem ser “apagados”, nunca é possível repor o lesado na situação em que provavelmente estaria se não fosse o fato lesivo. Mas a reparação do dano extrapatrimonial não consiste propriamente numa indenização, mas numa *compensação*, que permita ao ofendido obter outras satisfações, que sirvam de lenitivo para o mal experimentado. A teoria da diferença é que não faria sentido, nesta matéria.

Fala-se em *dano pessoal*, ou à *pessoa*, quando é afetada a integridade físico-psíquica do lesado; fala-se em *dano material*, quando se atingem bens ou coisas do mundo externo. Em rigor, “dano patrimonial” e “material” são realidades diversas, não obstante a confusão terminológica corrente.

O dano à pessoa pode ser *físico* (ofensa à integridade física) e *psíquico* (ofensa à integridade psíquica). E conforme uma expressão que foi criada na Itália, é chamado de *dano biológico* o

dano pessoal que se traduz em lesão à saúde, entendendo-se por saúde o bem-estar físico-psíquico — e incluindo não só a integridade física (dano físico) e psíquica (dano psíquico), como também a própria vida.

Dano direto é aquele que é efeito imediato do fato lesivo, *indireto* é aquele em que o fato, não tendo provocado ele mesmo o dano, “desencadeia outra condição que diretamente o suscite”, como dizia Manuel de Andrade.¹¹ Mesmo os danos indiretos devem ser reparados, porque eles ainda são, de acordo com o curso normal das coisas, consequência *adequada* do fato gerador.

d) *Nexo de causalidade*. O nexo de causalidade é talvez o requisito mais complexo da responsabilidade civil. Com ele, quer-se dizer que só haverá obrigação de reparar danos que se possam considerar consequência do fato gerador. Parece simples, mas não é.

A nosso ver, ainda é a *teoria da causalidade adequada* aquela que consegue fazer uma seleção em termos mais razoáveis, dentre todas as condições que produziram um determinado dano, daquela ou daquelas que devam ser juridicamente consideradas causa dele.

Para esta teoria, um fato é causa de um dano, quando este seja consequência normalmente previsível daquele. E para sabermos se ele deve ser considerado consequência normalmente previsível, devemos fazer uma “prognose retrospectiva”: devemos nos colocar no momento anterior àquele em que o fato ocorreu e tentar prognosticar, de acordo com as regras da experiência comum, se era normalmente previsível que o dano viesse a ocorrer. Se no nosso prognóstico retrospectivo concluirmos que o dano era imprevisível, a causalidade ficará excluída. Se concluirmos que ele era previsível, como consequência do fato praticado, mesmo que estatisticamente não fosse muito provável que viesse a ocorrer, a causalidade será adequada.

Até esta assertiva, parece haver acordo geral. A partir daqui, porém, as opiniões dividem-se e a teoria da causalidade adequada passa a apresentar-se sob duas formulações fundamentais. Segundo os adeptos da *formulação positiva*, um fato deve ser considerado causa adequada de um evento posterior, quando favoreça a produção deste. Como escreve o Prof. Antunes Varela,¹² nesta formulação “o fato será causa adequada do dano, sempre que este constitua uma consequência normal ou típica daquele, ou seja, quando verificado o fato, se possa prever o dano como uma consequência *natural* ou como efeito *provável* dessa verificação”. Segundo os adeptos da *formulação negativa*, que é prevalente (e Antunes Varela, atrás referido, está entre eles), causa adequada é a que segundo as regras de experiência, *não é indiferente* ao surgir do dano. Em vez de se caracterizar a adequação, diz-se o que é *causa inadequada*: nesta formulação, a causalidade só fica excluída quando se trate de consequências estranhas ou indiferentes ao fato, ou como se exprime Larenz,¹³ “totalmente inadequadas e extraordinárias”, com cuja possível realização ninguém pudesse contar e que “só tenham podido surgir devido a uma coincidência extraordinária de circunstâncias”. “Objetivamente imputáveis”, diz ainda este Autor,¹⁴ “são todas as consequências <mesmo as> mais longínquas que ... segundo as experiências da vida havia que considerar como de possível realização e não completamente inverossímeis”.

Parece ser preferível esta formulação negativa. Desde logo, ela dilata o âmbito da causalidade, pelo que haverá nexo causal mesmo quando outros fatos tenham contribuído para o evento danoso. Na verdade, como na França pondera Carbonnier,¹⁵ “no rigor dos princípios, cada um devia ser, e devia ficar para sempre, responsável por todos os danos em que tenha uma parte, de todos os

danos que não teriam acontecido sem ele". Mas a principal vantagem da formulação negativa é ainda o fato de ela ser mais interessante para o lesado, porque facilita a prova do nexo de causalidade: provada a condicionalidade, fica presumida a adequação, até prova em contrário. A formulação positiva põe a prova da adequação a cargo do lesado, o que é injustificável; se foi o lesante quem praticou o fato lesivo ou se este acontece dentro da sua esfera de risco, sobre ele deve recair o ônus de provar que, apesar da condicionalidade, não houve adequação entre fato e dano.

Se a causalidade adequada parece a teoria que melhor atende aos interesses e valores em jogo na matéria, não se pense, porém, que ela seja panacéia capaz de conduzir à solução justa de todos os casos. Nenhuma solução jurídica pode fundamentar-se apenas em relações causais cegas, antes deve partir de juízos de valor, daqueles juízos que estejam subjacentes às normas. A determinação de um nexo causal apenas nos permite dizer quais são os danos que é possível considerar como sendo consequência adequada do fato acontecido; saber, todavia, quais desses danos serão ressarcíveis, depende de outras considerações, estritamente jurídicas. Só por este caminho poderemos indagar, por exemplo, se o dano moral será reparável e se serão indenizáveis os danos sofridos por outra pessoa, que não a diretamente atingida. Se a teoria da causalidade adequada ainda é a mais razoável, o seu valor está apenas em delimitar o marco extremo até onde pode ir a responsabilidade do agente, como diz um Autor alemão traduzido recentemente no Brasil, Westermann.¹⁶

E não é só neste aspecto que as teorias da causalidade (a da causalidade adequada e as outras) se mostram insuficientes para delimitar o problema dos danos indenizáveis. Como veremos adiante, existem obrigações de indenizar em que nem sequer se exige um nexo

de causalidade entre a atividade do responsável e o dano acontecido: são os casos de responsabilidade objetiva agravada (infra, 4.2.2 e 5.2.2). Se, porém, nestes casos não se exige um nexo de causalidade adequada entre o fato do responsável e o dano, exige-se que este ainda guarde conexão com a atividade profissional do responsável: não são todos os danos ocorridos que serão indenizáveis, serão apenas aqueles que possam ser considerados *riscos próprios da atividade* do responsável, por terem conexão com ela, tudo como veremos. É claro, se a responsabilidade objetiva tem natureza excepcional, estes casos de responsabilidade agravada serão excepcionalíssimos.

e) *Cabimento no âmbito de proteção da norma.* É devido às limitações das explicações causais que modernamente os autores começam apelando para um novo fundamento da responsabilidade civil: é necessário, para que um dano seja reparável, que ele tenha *cabimento no âmbito ou escopo da norma violada*. Será o exame da norma jurídica que foi violada: será a sua *ratio legis*, que esclarecerá quais são os valores e interesses tutelados, quais são em especial os danos que podem ser reparados e quais são as pessoas que a norma intenta proteger. A ação de reparação deve ser reservada às pessoas que a norma violada visa proteger e deve ter por objeto apenas os danos visados pela norma. Fala-se, a este respeito, no princípio, ou na teoria, do *escopo da norma violada*, ou da *relatividade aquiliana*.

A teoria do escopo da norma violada é que nos dará a razão da limitação pelo ordenamento jurídico do princípio da reparação ampla e geral de todos e quaisquer danos, a todas e quaisquer pessoas lesadas. Na verdade, normas cujo escopo é a tutela de uns danos, mas não de outros (por exemplo, normas tutelando apenas danos patrimoniais, ou apenas danos próximos), ou a tutela de

determinadas pessoas, e não de outras (por exemplo, normas conferindo reparação por danos morais somente ao cônjuge e a pais e filhos).¹⁷

3. A RESPONSABILIDADE CIVIL (STRICTO SENSU) SUBJETIVA E SUAS GRADAÇÕES

3.1 Dolo e culpa

3.1.1 Dolo, culpa grave e culpa simples

A responsabilidade civil, em sentido estrito (supra, 2.1) pode ser subjetiva, ou culposa e objetiva, ou pelo risco (supra, 2.2). Nesta seção veremos a responsabilidade civil subjetiva e suas gradações, para na próxima vermos a objetiva.

Fala-se em responsabilidade civil subjetiva, ou culposa, quando o causador do dano só é obrigado a indenizar quando tenha agido com dolo ou culpa, seja esta grave ou simples. Constitui o regime-regra da responsabilidade civil em sentido estrito, porque normalmente esta só surge quando o agente tenha procedido com culpa. Já vimos tudo isto (supra, 2.2.1).

Quando nesta matéria se fala em *culpa*, sem outros qualificativos, quer-se referir a culpa em sentido amplo, abrangendo o dolo e a culpa propriamente dita, em qualquer das gradações que aquele ou esta possam apresentar: dolo direto, necessário e eventual; culpa simples (ou mera culpa) e culpa grave; negligência, imprudência e imperícia. Relembremos estas noções.

a) *Dolo direto, necessário e eventual.* Consoante a sua gravidade, o dolo pode ser direto, necessário e eventual. O dolo é *direto*, quando a pessoa sabe qual o resultado danoso que vai produzir e age porque quer produzi-lo. É *necessário*, quando o agente não quer propriamente o resultado danoso, mas sabe que ele advirá do ato que visa realizar, ao qual está incindivelmente ligado. É *eventual*,

quando a pessoa também não quer o resultado danoso, mas sabe que ele poderá ser consequência do ato que prossegue e, apesar disso, efetiva este, indiferente em relação a aquele resultado.

O dolo eventual (em relação ao qual o Código Penal, art. 18, I, diz ser aquele em que "o agente assumiu o risco de produzir o resultado") já está próximo da culpa, distinguindo-se desta porque, nela, o agente negligentemente não previu a possibilidade de verificação do evento danoso; ou, se o previu, confiou imprudentemente em que teria condições de evitá-lo.

b) *Negligência, imprudência e imperícia.* São estes os três modos de violação daquelas normas de conduta que obrigam as pessoas a proceder com os cuidados devidos. Na negligência, o agente comporta-se pura e simplesmente com desatenção ou descuido, nem sequer se apercebendo de que está violando a regra de conduta. Na imprudência, o agente ainda age descuidadamente, sem as cautelas necessárias, mas agora porque, seja por imprevidência, seja por excesso de otimismo, seja por razões outras, está convencido de que domina a situação e que não vai afetar direitos alheios. A imperícia é a culpa profissional: o agente, aqui, ofende regras técnicas de uma dada atividade, ou porque não as conhece (teremos como que uma imperícia negligente), ou porque age inconsideradamente (aqui haverá uma como que imperícia imprevidente).

c) *Culpa simples (ou mera culpa) e culpa grave.* São as necessidades que vêm impondo esta distinção entre culpa simples e culpa grave, embora ela ainda não se tenha generalizado.

No direito antigo, anterior às codificações do Século XIX, prevalecia uma velha distinção, dita "teoria das três culpas", distinguindo, dentro da culpa em sentido estrito, três graus: culpa grave, leve e levíssima. A culpa seria

grave, ou grosseira, ou lata (em latim, *culpa lata*) quando o agente tivesse procedido com extrema inconsideração; seria leve, simples ou mera culpa (em latim, *culpa levis*), quando ele não tivesse agido com os cuidados do homem comum, do bom cidadão, o que os romanos traduziam na idéia do *bonus pater familias* (em Roma, onde tanto a mulher como os *filiis familias*, qualquer que fosse a idade, eram civilmente incapazes, a referência ao *pater familias* devia ser entendida como alusão ao cidadão de plena capacidade); seria levíssima (em latim, *culpa levissima*), quando ele não tivesse procedido de acordo com excepcionais padrões de diligência, superiores aos exigíveis do homem comum.

Esta teoria das três culpas foi considerada inútil pelos códigos novecentistas, e também pelo nosso Código Civil, de acordo com a idéia de que qualquer culpa é suficiente para implicar a responsabilidade do agente: esta idéia recebeu o nome de concepção unitária da culpa.

Todavia, a velha distinção tinha subjacente algo de verdadeiro, e válido tanto para a responsabilidade civil, como para a contratual (negocial).

Assim, não surpreende que doutrina e jurisprudência prevaletentes tenham continuado a dar tratamento diferenciado à culpa grave, que equiparam, nos efeitos, ao dolo, de acordo com princípio muito antigo: *culpa lata dolo aequiparatur* (a culpa grave é equiparada ao dolo). E justifica-se a equiparação da culpa grave ao dolo, embora só para efeitos civis e especificamente para fins de reparação de danos causados. Todas as pessoas devem proceder com os padrões comuns de atenção e cuidado, para não lesarem direitos alheios; quem não agir com a diligência do *bonus pater familias* — isto é, quem atuar com a culpa que antigamente se chamava de leve — deve ser obrigado a reparar os danos que causar. Pode haver circunstâncias especiais justifican-

do que mesmo quem não observe tais padrões normais de diligência seja liberado da obrigação de indenizar, como veremos adiante (3.2.2 e 5.3.2), mas a condescendência não pode ser levada longe demais. A necessidade de assegurar a todo mundo um mínimo de tutela, exige a responsabilização de quem proceda de forma anormalmente falha, seja por displicência, seja por impreparação, seja por outros motivos. Existe um mínimo de atenção e cuidado que é preciso ter, para salvaguarda da pessoa e dos bens alheios; quem proceder com extrema inconsideração não pode ser desculpado, não merece qualquer tipo de tratamento privilegiado. A culpa grave será aquela realmente indesculpável e acarretará sempre responsabilidade civil.

Já no que toca à culpa levíssima, é costume afirmar que para desencadear a responsabilidade civil subjetiva, ou aquiliana, basta a existência de culpa levíssima, de acordo com o brocardo de Ulpiano: *in lege Aquilia et culpa levissima venit* (na Lei Aquilia, até da culpa levíssima se trata). Todavia, se a equiparação da culpa grave ao dolo é plenamente justificada, já não parece ser fundada a responsabilidade com base em culpa levíssima. Pelo menos em princípio, quem procede com normal diligência não deve ser responsabilizado por danos causados a outrem — a não ser que o caso seja um daqueles que caiba na responsabilidade objetiva, mas então não se justificará falar-se em “culpa”. Ninguém é obrigado a pautar a sua conduta comum de acordo com excepcionais padrões de diligência, que só pessoas excepcionalmente cuidadosas teriam. Não se justifica atribuir relevância a negligências mínimas, insignificantes, que escapariam a um homem normal, bom cidadão. Por isso, entendemos que hoje não é verdadeira aquela sentença: *in lege Aquilia et culpa levissima venit*. A culpa só passa a ser relevante no grau que os antigos chamavam de culpa leve — e que hoje

poderemos chamar de mera culpa, ou culpa simples, para distingui-la da culpa grave, equiparada nos efeitos ao dolo.

Todavia, se a culpa levíssima hoje não deve ser considerada, isto não quer dizer que pessoas colocadas em especiais situações não sejam obrigadas a um grau de diligência diverso do exigível do homem comum. Em especial o profissional, seja qual for a sua atividade (construtor, médico, advogado, encanador, mecânico de automóveis...), deve estar qualificado para o exercício do seu trabalho, em consonância com aquilo que seria exigível de um modelo de profissional ao mesmo tempo competente e apetrechado dos instrumentos necessários ao exercício da sua profissão. Porém, ainda aqui não será possível falar em culpa levíssima: a culpa destas pessoas será sempre a normal, mera culpa, só que apreciada com referência ao bom profissional, que, afinal, é um tipo especial de bom cidadão.

Em conclusão, hoje existem dois graus de culpa, com conseqüências jurídicas diversas: a culpa simples, e a grave. A grave, gera sempre obrigação de indenizar; a simples, em casos excepcionais, especialmente previstos, não gera.

3.1.2 Apreciação “in abstracto” da culpa

Existem duas formas de julgar a conduta culposa. Pela primeira, chamada de apreciação *in concreto* da culpa, considera-se a própria pessoa do autor do dano, exigindo-se dele que tivesse agido com os cuidados de que ele próprio seria capaz, considerando-se os seus caracteres específicos, como nível de instrução, idade, saúde, profissão, etc. Pela segunda, chamada de apreciação *in abstracto* da culpa, considera-se um modelo abstrato de pessoa, como o homem razoavelmente diligente, o bom profissional, o bom *pater familias*.

A apreciação *in concreto* da culpa estaria mais de acordo com o princípio

ético-jurídico da responsabilidade subjetiva, no que este tem de conteúdo moral (sanção justa do agente), mas seria incompatível com as necessidades sociais, que exigem indenização justa dos lesados: é legítimo que cada pessoa espere que as outras se comportem de harmonia com padrões conhecidos de perícia, prudência e diligência. Por isso, sempre se privilegiou a apreciação *in abstracto*, desde a Roma antiga, que nos legou o modelo, ainda hoje válido, do *bonus pater familias*. E tal como em Roma “bom pai de família” já apontava para um modelo abstrato de bom cidadão (supra, 3.1.1.c), atualmente a apreciação *in abstracto* da culpa conduz, no âmbito da culpa profissional, ao modelo do bom profissional — e até do bom especialista, quando ele assim se fizer considerar.

A apreciação *in concreto* imporá às pessoas excepcionalmente cuidadosas uma obrigação de indenizar em hipóteses onde as pessoas comuns não teriam qualquer responsabilidade e, por outro lado, inversamente, isentaria de responsabilidade as pessoas normalmente des-cuidadas...

A apreciação *in abstracto*, no entanto, mesmo considerado um modelo ideal de pessoa, não impede que se considerem as circunstâncias concretas que rodeavam o autor do dano, externas a ele. Não teria sentido perguntar-se o que um bom cidadão ou bom profissional faria em qualquer circunstância e, sim, como ele se comportaria, nas circunstâncias concretas em que o fato aconteceu. Assim, se um motorista conhecia bem a estrada onde se deu o acidente e, portanto, sabia do seu mau estado de conservação, isso deverá ser levado em conta.

A apreciação *in abstracto* da culpa já introduz na responsabilidade civil subjetiva um elemento fortemente objetivo, em larga medida incompatível com o tradicional princípio ético-jurídico da

responsabilidade só por culpa, na medida em que se traduz na exigência, quanto a pessoas com deficiências físicas ou psíquicas, de cuidados que podem estar muito acima de suas capacidades. A justificativa, é a necessidade de não deixar desamparado quem sofreu o dano: do respeito pela personalidade do ofensor, passa-se imperceptivelmente para o respeito pela esfera jurídica do ofendido, para o respeito pela sua pessoa e pelos seus bens, em nome da justiça social.

É esta tendência no sentido da objetivação da responsabilidade que se acentua, na responsabilidade pelo risco.

3.2 Gradações da responsabilidade civil subjetiva

Em todos os casos em que só há responsabilidade quando o agente tiver procedido com dolo ou culpa, grave ou simples, diz-se, como vimos atrás (2.2.1), que a responsabilidade é *subjetiva* ou *culposa*. Dentro dela, porém, é possível distinguir duas categorias: a responsabilidade civil comum ou normal e aquela que exige dolo ou culpa grave.

3.2.1 Responsabilidade civil comum, ou normal

Temos a responsabilidade subjetiva que podemos designar de normal, ou comum, quando, para que o agente seja obrigado a indenizar, basta que ele tenha procedido com culpa, sem distinguir entre dolo e culpa, em qualquer das respectivas gradações.

Esté é mesmo o regime-regra de toda a responsabilidade civil, estando consagrado no art. 159 do CC. Quando o designamos de *responsabilidade subjetiva normal*, é para distingui-lo daqueles casos, referidos a seguir, em que só a conduta dolosa ou com culpa grave gera obrigação de indenizar.

3.2.2 Responsabilidade civil restrita a dolo ou culpa grave

Por exceção à regra geral da responsabilidade por culpa (abrangendo o dolo e a culpa simples) há situações em que a responsabilidade subjetiva, só surge quando o agente tenha procedido com dolo ou com culpa grave; nestes casos, o agente fica liberado quando só lhe for imputável a chamada mera culpa, ou culpa simples. Relembremos que temos *culpa grave* (em latim, *culpa lata*) quando o agente tiver procedido de forma anormalmente falha, seja por displicência, seja por impreparação, seja por outros motivos; temos *culpa simples* (em latim, *culpa levis*) quando o agente apenas não observou os cuidados do homem comum, do bom cidadão, e que os romanos traduziam na idéia do *bonus pater familias* (supra, 3.1.1.c).

São exemplos de responsabilidade civil restrita a dolo ou culpa grave, a responsabilidade ilimitada (ou melhor, não tarifada) no transporte aéreo (Cód. Bras. de Aeronáutica, art. 248) e a responsabilidade por denúncia infundada de crime (cf., Cód. Penal, art. 339 e também Cód. Civil, art. 1.551, II). Durante muito tempo, foi também típico exemplo desta responsabilidade civil restrita a dolo ou culpa grave, a responsabilidade do patrão por acidente de trabalho do seu empregado (Súmula 229 do STF). A estas hipóteses, muitos acrescentam o caso da responsabilidade do empregado particular e do servidor público, que entendem só ser responsável por dano causado na execução do seu trabalho, quando tiver agido com dolo ou culpa grave.

Mas analisemos, ainda que sucintamente, estas quatro hipóteses:

1. *Transporte aéreo*. O Código Brasileiro de Aeronáutica, nos seus arts. 257 e 262, limita a responsabilidade da empresa de transporte aéreo a determi-

nados tetos e depois, no art. 248, diz que tais limites não se aplicarão “se for provado que o dano resultou de dolo ou culpa grave do transportador ou de seus prepostos”.¹⁸ Portanto, aqui, só haverá responsabilidade subjetiva por danos que tenham relação com o transporte aéreo, em caso de dolo ou culpa grave; se o acidente for devido a culpa simples não haverá outra indenização, além daquela tarifada, prevista a título de responsabilidade pelo risco.¹⁹

2. *Denúncia infundada de crime*. Quando alguém solicita a abertura de inquérito policial, só será obrigado a reparar os danos sofridos pelo acusado quando “haja elementos positivos de improcedência grave ou leviandade inescusável”, como se diz numa decisão judicial (RT 309/178). Afinal, nesta matéria é de interesse público não desestimular as pessoas a denunciarem crimes. Este é um outro exemplo de responsabilidade restrita a atuação dolosa ou com culpa grave, aqui conforme norma sintetizada pela Jurisprudência.

3. *Responsabilidade do patrão por acidente de trabalho do seu empregado*. Esta hipótese foi durante muito tempo típico exemplo de responsabilidade civil restrita a dolo ou culpa grave, e até havia sido levada à Súmula 229/STF: “a indenização acidentária não exclui a de direito comum, em caso de dolo ou culpa grave”. Com a revogação do Dec.-lei 7.036/44 pela Lei 6.367/76, a Súmula, que se fundava naquele diploma, poderia ser considerada revogada, embora não tenha sido esse o entendimento que prevaleceu. Hoje, porém, a responsabilidade do patrão por acidente de trabalho do seu empregado está consagrada na própria Constituição Federal, cujo art. 7.º, XXVIII, impõe a obrigação de indenizar, sempre que o empregador “incorrer em dolo ou culpa”, sem distinguir entre culpa grave

ou simples. Se o objetivo constitucional fosse apenas o de consagrar o entendimento que prevalecia anteriormente, de responsabilidade apenas em caso de dolo e de culpa grave, nem sequer seria necessário fazer expressa referência à culpa, pois desde Ulpiano (D. 16,3,1,7) equipara-se a culpa grave ao dolo: *culpa lata dolo aequiparatur*.²⁰

4. *Responsabilidade do empregado particular e do servidor público*. Alguns autores trabalhistas de renome, como Mozart V. Russomano, e alguma jurisprudência, procurando fundamento nos arts. 2.º e 462, § 1.º da Consolidação das Leis do Trabalho, sustentam que o empregado só é responsável por dano causado na execução do seu trabalho, quando tiver agido com dolo ou culpa grave. No âmbito do Direito Administrativo, uma corrente similar, também com nomes tão ilustres como Hely Lopes Meirelles, sustenta só ser possível responsabilizar diretamente o agente administrativo que tiver agido com dolo ou culpa grave; fora dessa hipótese, perante a vítima, haveria responsabilidade exclusiva e objetiva da administração.

Não pensamos assim.

Os danos causados pelo empregado e justificativos de desconto em salário, nos termos do art. 462 da CLT, podem ter sido causados diretamente ao patrimônio da empresa, ou causados a terceiros, mas suportados pela empresa. Aqui, é claro, só interessa considerar os danos causados a terceiros, mas sendo importante distinguir, a seu propósito, dois planos: o das relações, digamos que “internas”, ou “de trabalho”, entre empregado e patrão, ou entre agente e Administração, e o das “relações externas”, isto é, com terceiros, que tenham sido vítimas de negligência, imprudência ou imperícia do empregado ou do servidor administrativo e que pretendam ser indenizados dos prejuízos sofridos.

Apenas no que respeita às relações entre empregado e patrão, ou entre agente e Administração, seria defensável, *de lege ferenda*, que funcionários, empregados e prepostos, mesmo agindo com culpa simples, só pudessem ser responsabilizados pela Administração Pública ou pela empresa, por via de ação regressiva, quando tivessem agido de forma tal que se pudesse atribuir-lhes uma conduta desvinculada do exercício de suas funções. As simples “culpas vinculadas à atividade”, digamos assim, deveriam ser assumidas pela Administração ou pela empresa, por ainda caberem no risco de atividade (infra, 4.1.2).

Já, porém, no âmbito das relações externas, mesmo *de lege ferenda* a solução que se impõe, por ser a única que assegura tutela cabal do lesado, é sempre a da responsabilidade solidária do patrão e do empregado, ou do órgão administrativo e do servidor, por todos os danos sofridos por terceiros. Assegurada esta responsabilização solidária perante o lesado, poder-se-ia discutir depois se no âmbito da relação de trabalho o patrão ou a Administração poderiam exercer ação de regresso contra o empregado ou servidor culpado, e também se poderia discutir se estes, quando considerados culpados e condenados a reparar o dano, poderiam exercer ação de regresso contra o patrão ou a Administração, invocando o “risco de empresa” de um, ou o “risco administrativo”, da outra (v. infra, 4.1.2).

No plano, porém, do direito constituído, parece-nos questionável a possibilidade dessa discussão, nesse âmbito das “relações internas”. Não conhecemos preceito trabalhista, nem administrativo, que vá ao ponto de derogar o disposto no art. 1.524 do CC, relativo ao direito de regresso, entre outros casos, do patrão ou comitente contra o empregado ou preposto que haja procedido com dolo ou mera culpa. O que a CLT proíbe, no seu art. 462, no caso

de dano causado pelo empregado, é o desconto em folha, se este não agiu com dolo; por si só, o preceito não proíbe o recurso à via judicial, para cobrança de danos meramente culposos. Trata-se de preceito que até parece autorizar o patrão a fazer uma como que “justiça privada”, quando o empregado houver causado dolosamente um dano.

No caso específico da responsabilidade da Administração e de seus agentes, o que acontece é normalmente não ter o lesado vantagem nenhuma em acionar o servidor: se o demandar, terá que provar a sua culpa, o que nem sempre é fácil fazer e, de qualquer forma, vai complicar a ação; se demandar apenas a entidade pública, ficará isento da prova de qualquer culpa, já que sobre esta impende responsabilidade objetiva (risco administrativo).

Atualmente, apenas começam aparecendo alguns preceitos que prenunciam novos princípios, que seria desejável viessem a prevalecer, no futuro. Dentre os mais significativos, estão dois artigos da Lei de Imprensa (Lei 5.250/67), os arts. 51 e 52 — que prevêem uma hipótese interessante, em que a responsabilidade do preponente (a empresa jornalística) é fixada em quantitativo maior do que a responsabilidade dos seus prepostos, os jornalistas que trabalham por sua conta. É uma solução que se justifica perfeitamente com base na idéia do risco de empresa, imputando à empresa jornalística os riscos advindos da sua atividade.

A respeito da responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público pelos danos causados pelos seus agentes, os partidários da tese de que o lesado não podia demandar diretamente o servidor culpado e, sim, apenas a própria entidade pública (só esta poderia, depois de condenada a indenizar, exercer ação regressiva contra o servidor, mediante comprovação da culpa deste), tiravam frágil apoio do fato de o art. 106 da

anterior Constituição dividir entre o *caput* e o parágrafo a responsabilização da pessoa jurídica e a ação regressiva contra o servidor. Mesmo esse apoio desapareceu com o novo texto da atual Constituição, o art. 36, § 6.º, cujo conteúdo não diverge de tantos outros preceitos sobre ação regressiva, como, por exemplo, o do art. 1.524 do CC.

4. A RESPONSABILIDADE CIVIL (“*STRICTO SENSU*”) OBJETIVA E SUAS GRADAÇÕES

4.1 Situações em que ocorre

4.1.1 Excepcionalidade desta responsabilidade

Se não é imputável culpa à pessoa que age, em princípio nem ela, nem ninguém mais, será responsável por quaisquer danos ocasionados a outras pessoas. Porém, em casos expressamente previstos na legislação vigente, ou em certos casos específicos sintetizados por elaboração jurisprudencial, através de “interpretações” da legislação (mas que na realidade modificam esta ou vão além desta, correspondendo a verdadeiras normas gerais, como tais acatadas na sociedade, embora de criação jurisprudencial)²¹ a responsabilidade civil em sentido estrito surge mesmo se o agente não procedeu com culpa: fala-se então em *responsabilidade objetiva*, ou *pelo risco*. Exemplo típico, por demais conhecido — e de elaboração jurisprudencial, até contra norma expressa do Código Civil, o art. 1.523 — é a responsabilidade dos patrões e comitentes pelos atos dos seus empregados e prepostos.

Em regra, a responsabilidade objetiva é imposta diretamente. É o que acontece na responsabilidade das *pessoas jurídicas públicas* (CF, art. 37, § 6.º),²² na *pelo fato do produto ou do serviço*, ou pelos *acidentes de consumo* (arts. 12 a 17 do Código de Proteção do Consumi-

dor — Lei 8.078/90),²³ na *poluição ambiental* (Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, Lei 6.938/81, art. 14, § 1.º), nos *danos causados por objetos caídos ou arremessados de casas* (art. 1.529 do CC), nos *danos objeto de seguro obrigatório de responsabilidade civil* (que são os previstos no art. 20 do Dec.-lei 73/66, que rege o sistema nacional de seguros privados), nos *danos no transporte aéreo*, de passageiros ou de carga (também com seguro obrigatório, determinado pelo art. 281 do Código Brasileiro da Aeronáutica, Lei 7.565/86), nos *danos resultantes de atividades nucleares* (CF, art. 21, XXIII, c) e Lei 6.453/77, art. 4.º, nas *atividades de mineração* (art. 47, VIII do Dec.-lei 227/67), nos *danos a proprietários marginais de estradas de ferro* (art. 26 do Dec. Lei. 2.681, de 7.12.12) e outros casos mais.

Às vezes, porém, a responsabilidade objetiva é imposta por via do artifício de presumir o indigitado responsável como culpado, mas sem se lhe permitir que faça prova de não ter agido com negligência, imprudência ou imperícia. É o que acontece, por exemplo, nos arts. 1.º e 17 do Dec. Lei. 2.681, de 7.12.12 (responsabilidade das estradas de ferro, em relação às quais se afirma que “será sempre presumida a sua culpa”) e na construção jurisprudencial que se consubstanciou na Súmula 341 do STF: (“É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposos do empregado ou preposto”). Em casos como estes, fala-se em presunções absolutas, ou *juris et de jure*, da culpa: sempre que houver uma presunção desta natureza, a responsabilidade será objetiva. Aliás, os casos de responsabilidade objetiva sintetizados pela jurisprudência são, na sua maioria, alcançados por esta via da presunção *juris et de jure* de culpa.

Existem mesmo hipóteses de responsabilidade objetiva, em que esta é imposta por razões de equidade. Falamos em responsabilidade objetiva por razões

de equidade, quando alguém é obrigado a reparar danos causados a outrem em duas situações: a) quando haja prejuízo para terceiros em consequência de ação danosa, que, embora levada a cabo voluntariamente, esteja coberta por um *fato justificado*: legítima defesa, estado de necessidade, cumprimento de dever legal, exercício regular de direito, consentimento do ofendido, permissão legal, autotutela de direitos;²⁴ b) quando, pelo menos *de jure condendo*, a ação danosa seja devida a pessoa absolutamente incapaz, ou em situação de imputabilidade acidental.²⁵ Em especial na atuação em legítima defesa, em estado de necessidade e no cumprimento de dever legal, pode acontecer que sejam causados danos a terceiros, isto é, a pessoas não responsáveis pela situação geradora do fato justificado.²⁶

Se somarmos todos esses casos em que existe responsabilidade independentemente de culpa, verificaremos que, na prática, o princípio geral da inexistência de responsabilidade sem culpa já tem tantas exceções que se pode pensar que, em futuro talvez não muito distante, ele passará a ser mero princípio residual: tantas serão as exceções, que ele ficará em situação comparável à hoje reinante no Brasil em matéria de obrigações pecuniárias, onde o princípio geral do nominalismo quase não tem aplicação, sobrepujado pela multiplicação de hipóteses de correção monetária.

4.1.2 Risco e nexo de causalidade

Pode-se dizer que as hipóteses de responsabilidade civil em sentido estrito e objetivo cabem em três grandes grupos, mesmo que estes não justifiquem a totalidade dos casos existentes: de um lado, estão os fatos praticados e os atos acontecidos no exercício ou por ocasião do exercício de atividades organizadas para a produção e distribuição de bens e serviços; de outro lado, os fatos e os atos relacionados com atividades de

administração pública; por último, os fatos e os atos relacionados com o exercício de atividades perigosas.

Cada um desses grupos tem na sua base um *risco*: *risco de empresa*, *risco administrativo* e *risco-perigo*. São eles que estão na base da responsabilidade objetiva, embora haja hipóteses desta que lhes escapam: quem exerce profissionalmente uma atividade econômica, organizada para a produção ou a circulação de bens ou serviços (é assim que o “empresário” é definido no art. 961 do Projeto de Código Civil), deve arcar com todos os ônus resultantes de qualquer evento danoso inerente ao processo produtivo ou distributivo; a pessoa jurídica pública responsável, na prossecução do bem comum, por uma certa atividade, deve assumir a obrigação de indenizar particulares que eventualmente venham a ser lesados, para que os danos sofridos por estes sejam redistribuídos pela coletividade beneficiada; quem se beneficia com uma atividade potencialmente perigosa, deve arcar com as suas consequências danosas.

Tal como o fundamento da imputação na responsabilidade subjetiva é uma *atuação culposa*, agora, nestes casos de responsabilidade objetiva, também existe um nexo de imputação da responsabilidade a uma pessoa: é o *risco criado*.

Na responsabilidade subjetiva, exige-se que haja um *nexo de causalidade* (supra, 2.4.d) entre o ato praticado e o dano verificado. Similarmente, mas não identicamente, aqui, na responsabilidade objetiva, em regra exige-se também um *nexo de causalidade* entre o ato praticado, ou o fato acontecido, e o dano verificado, mas há hipóteses em que se *prescinde* de tal nexo: veremos adiante (4.2) que esta é a base da distinção entre uma responsabilidade normal e uma responsabilidade agravada.

Quando se exija o nexo de causalidade, o indigitado responsável só se eximirá da obrigação de indenizar se demonstrar a inoccorrência de tal nexo

entre a sua atividade e o dano verificado, ou, por outras palavras, se provar que o dano se ficou a dever apenas à ocorrência de *caso fortuito* ou de *força maior*.

4.1.3 Exclusão da causalidade: caso fortuito ou de força maior

Designamos de caso fortuito ou de força maior o acontecimento inevitável e independente de qualquer atividade da pessoa de cuja possível responsabilidade civil se cogita, que foi causa adequada do dano verificado.

Na verdade, como dizíamos há pouco, o caso fortuito ou de força maior interrompe o nexo causal. Exclui a causalidade, não a culpa.²⁷

Não vale a pena entrar em distinções sobre o que seja caso fortuito e o que seja força maior, não só porque não há acordo entre os autores quanto ao critério a adotar, conduzindo os propositos a soluções divergentes, como, sobretudo, porque tais distinções não têm interesse prático, uma vez que o tratamento jurídico é um só e único. Apenas para que a matéria não fique sem referência, aludiremos a ela, muito sumariamente, em anotação no final desta subsecção.

Num sentido amplo, o caso fortuito ou de força maior pode ser caracterizado de forma a abranger não só as hipóteses de caso fortuito ou de força maior *em sentido estrito* (o acontecimento natural, como uma enchente, ou a ação humana não individualizada, como a guerra e a imposição de autoridade, esta designada de *fato do príncipe*), como também aquelas devidas a culpa do próprio lesado (*fato do lesado*) ou de terceira pessoa (*fato de terceiro*).

Neste sentido amplo e numa primeira aproximação, o caso fortuito ou de força maior é sempre um *acontecimento inevitável*, que deixa a pessoa na impossibilidade de agir — seja impossibilitando-a de obstar à ocorrência do fato

danoso, na responsabilidade civil em sentido estrito, seja impossibilitando-a de realizar a prestação, nas obrigações negociais.

E para que possamos considerar inevitável o acontecimento que se pretende caracterizar como caso fortuito ou de força maior, é necessário que ele seja um fato natural ou uma ação humana que, em relação à pessoa que poderia ser tida como responsável, se apresente como *fato externo*, *irresistível* e *normalmente imprevisível*.

A *externidade*, apesar de normalmente não indicada entre as características do caso fortuito ou de força maior, parece ser requisito essencial, pelo menos neste âmbito da responsabilidade objetiva. Cada pessoa tem uma esfera jurídica, maior ou menor, dentro da qual atua, que está sob o seu controle, que em regra utiliza em seu proveito, devendo ser responsável pelos fatos que acontecerem no seu âmbito. Não se pode considerar inevitável aquilo que acontece dentro da esfera pela qual a pessoa é responsável e que certamente não aconteceria se não fosse a sua atuação. Assim, a quebra na barra da direção de veículo, ou o vazamento de óleo do cilindro-mestre do sistema de freios, avarias cuja possível ocorrência é normalmente indetectável em comuns revisões, não constituirão caso fortuito ou de força maior, para efeitos de isenção da obrigação de indenizar, na eventualidade de acidente. Já sê-lo-á, porém, o fato de alguém esvaziar o óleo do circuito de freios.

Dos outros dois requisitos, a *imprevisibilidade* (o acontecimento seria evitável, caso pudesse ter sido previsto), e a *irresistibilidade* (o acontecimento seria inevitável, mesmo que pudesse ter sido previsto), o preponderante é o segundo: mesmo quando o fato possa ser considerado ainda previsível, haverá caso fortuito ou de força maior se não houver maneira de impedir a sua ocorrência.

Aliás, não há propriamente fatos imprevisíveis, mas improváveis: por isso se afirma apenas que o fato deve ser *normalmente imprevisível*.

Por estas razões é que se pode dizer que o caso fortuito ou de força maior se caracteriza essencialmente pela *inevitabilidade*. E se bem atentarmos no disposto no art. 1.058, parágrafo único, do CC, veremos que ele, ao procurar esclarecer em que consiste o caso fortuito ou de força maior, apenas faz referência a esta inevitabilidade, associando-a à irresistibilidade: o fato necessário nele previsto, é aquele “cujos efeitos não era possível evitar, ou impedir”.

Já dissemos que algumas vezes nem a prova da ocorrência de caso fortuito ou de força maior será consentida ao indigitado responsável: dentro da responsabilidade objetiva, seja por direta imposição legal, seja através do estabelecimento de presunções *juris et de jure*, é conveniente distinguir uma *responsabilidade objetiva normal*, que cessa quando haja caso fortuito ou de força maior, e uma *responsabilidade objetiva agravada*, que persiste mesmo perante caso fortuito ou de força maior — tudo como passaremos a ver, na próxima seção.

Distinção entre caso fortuito e força maior. A distinção entre caso fortuito e força maior tem sido feita sobretudo a partir de dois critérios:

O primeiro, que está mais próximo da significação das próprias palavras e que é o tradicional, remontando a fontes romanas, apela para as características da imprevisibilidade e da irresistibilidade. Caso fortuito seria o acontecimento (força da natureza ou fato humano) normalmente imprevisível, ainda que pudesse ser evitável, em si mesmo ou nas suas conseqüências, se houvesse sido previsto; força maior seria algo natural ou humano a que não fosse possível resistir, mesmo quando se pudesse prever a

ocorrência. Caso fortuito seria um fato accidental, uma fatalidade que acontece; força maior seria a “compulsão irresistível” de que fala o *Dicionário Aurélio*. De acordo com textos que se atribuem a Ulpiano, o caso fortuito seria aquele que *nullum humanum consilium praevidere potest* (que nenhum conselho humano pode prever); força maior seria *omnem vim cui resisti non potest* (toda força a que não é possível resistir).

A idéia básica deste critério até está certa, mas a verdade é que com base nele nem sempre é fácil distinguir o caso fortuito da força maior. A este inconveniente, acresce ainda o de haver autores ilustres que invertem a formulação, associando fortuito ao inevitável e força maior ao imprevisível. É o caso de Pontes de Miranda, que, invocando Lacerda de Almeida, escreve: “Força maior diz-se mais propriamente de acontecimento insólito, de impossível ou de difícil previsão, tal como uma extraordinária seca, uma inundação, um incêndio, um tufão; caso fortuito é um sucesso previsto, mas fatal como a morte, a doença, etc.”²⁸

De acordo com um segundo critério, o caso fortuito referir-se-ia à manifestação de forças da natureza, estranhas à ação do homem (tempestades, terremotos, enchentes, explosões acidentais...). A força maior diria respeito a ações humanas — outras que não o fato do lesado e de terceiro — fossem de natureza coletiva e anônima (como um quebra-quebra), fossem “fatos do príncipe”, isto é, fatos provenientes da autoridade constituída.

Prefira-se um ou outro destes critérios, a distinção nunca terá conseqüências práticas: os autores são unânimes em frisar que juridicamente os efeitos são sempre os mesmos.

Houve autores que não se conformaram com a inutilidade da distinção e, por isso, tentaram outras formas de estabelecê-la. Este foi em especial o

caminho proposto na França por Louis Josserand e que veio a reunir muitos adeptos — conquistando entre nós o sufrágio de Agostinho Alvim, que o divulgou em obra que na matéria versada não tem até hoje paralelo na literatura jurídica nacional: *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*.²⁹

Os autores que seguiram este caminho tinham por propósito fundamentalmente separar, dentro da *responsabilidade objetiva* (e só dentro desta) as hipóteses em que a pessoa deveria indenizar (que seriam as de “caso fortuito”) daquelas em que ele se exoneraria (que seriam as hipóteses de “força maior”). Nesta orientação, o fortuito seria um risco interno, da coisa ou organização, ao passo que a força maior seria um risco externo.

Na formulação de Agostinho Alvim,³⁰ caso fortuito, ou “fortuito interno”, “é o que se liga à empresa”, é “um acontecimento relacionado com a pessoa do devedor ou com a sua empresa”; o “fortuito externo”, denominado de força maior, é o que está fora da empresa, “é um acontecimento externo”. Quando a responsabilidade se fundasse na culpa, segundo Alvim bastaria o caso fortuito para exonerar o devedor; quando ela se fundasse no risco, dizia Alvim ser “mister haja força maior, ou, como alguns dizem, caso fortuito externo”.

Fazendo entrar na categoria do “caso fortuito interno” “todos os elementos que não possam ser atribuídos à culpa do responsável, mas estão ligados à organização que ele mesmo imprima ao negócio”, Agostinho Alvim conseguia impedir que o responsável indigitado invocasse como liberatórios os acontecimentos inerentes ao funcionamento da sua empresa, ainda quando fossem imprevisíveis e irresistíveis. Este é o seu mérito. Existem, porém, outras vias de alcançar o mesmo resultado, e sem necessidade de introduzir distinções estranhas ao ordenamento. Assim, basta

que se inclua na caracterização do caso fortuito ou de força maior o requisito da *externidade*, para que se consiga o efeito pretendido por Alvim (e Josserand). Por outro lado, mesmo a responsabilização da empresa pelo “fortuito interno” de Alvim, deixa sem explicação os casos em que ela deve responder ainda por alguns “fortuitos externos”, como são aqueles que não afastam a responsabilidade que chamamos de *agravada* — e que veremos na seção que se segue.

4.2 Gradações da responsabilidade civil objetiva

4.2.1 Responsabilidade objetiva normal

A responsabilidade objetiva é independente de culpa, mas não prescinde dos demais pressupostos da responsabilidade civil e, em especial, exige que haja um *nexo de causalidade adequada* entre a atividade do agente e o dano. Por isso, ela cessa quando se comprove que o dano é devido a fato que, em relação ao agente, seja externo, imprevisível e irresistível — ou, por outras palavras, quando se prove que o dano se deve a caso fortuito ou de força maior, *em sentido amplo*, incluindo aqui fatos de terceiro e até fatos do próprio lesado.

São exemplos típicos de responsabilidade civil (em sentido estrito) objetiva e normal: a do patrão ou comitente por atos ilícitos do empregado ou preposto, praticados no exercício do trabalho ou por ocasião dele, mesmo que exorbitem de suas funções, consubstanciada na Súmula 341 do STF (a qual, embora se diga fundada no art. 1.521, III do CC, é essencialmente de origem jurisprudencial, fazendo letra morta do disposto no art. 1.523); a do morador de casa por objetos que dela caírem ou forem lançados (art. 1.529); a do proprietário de

animal ou imóvel (arts. 1.527 e 1.528 — aqui também sendo marcante a força da “interpretação” judicial); a do proprietário do veículo automóvel por danos materiais causados a outrem (totalmente construída por via jurisprudencial); por último, e agora, com o Código de Defesa do Consumidor, a responsabilidade do fabricante, produtor, importador, construtor e até, embora a título apenas subsidiário, do comerciante, pelos danos causados por produtos defeituosos (arts. 12 e 13) e a responsabilidade do fornecedor de serviços também defeituosos (art. 14).

Estes são os casos de responsabilidade objetiva normal, que cessa quando o dano seja devido a fato de terceiro, do próprio lesado, e caso fortuito ou de força maior. As vezes, porém, há responsabilidade sem nexos de causalidade, como passamos a ver.

4.2.2 Responsabilidade objetiva agravada

a) *Noção*. Temos esta responsabilidade quando uma pessoa é obrigada a indenizar, independentemente de haver um nexo de causalidade adequada entre a sua atividade e o dano acontecido; fala-se em dano acontecido porque, em rigor, nestes casos não se poderá falar em “dano causado” pela pessoa responsabilizada. Como veremos daqui a pouco, quando a responsabilidade for gravada, será necessário, para que o indigitado responsável se liberte da obrigação de indenizar, que ele prove não existir conexão entre o fato acontecido e a atividade por ele exercida. É para estas hipóteses que se fala também em *obrigações de garantia*, ou, ainda melhor, em *obrigações de incolumidade*.

Estas obrigações de garantia são excepcionais dentro da própria responsabilidade objetiva. Seria até possível afirmar que se trata de uma nova categoria de responsabilidade, de uma terceira categoria, a par da responsabilidade subjetiva

(fundada na culpa) e da objetiva (fundada no risco, mas exigindo nexos de causalidade entre a atividade do responsável e o dano). A obrigação de garantia ainda seria fundada no risco, mas prescindindo do nexo de causalidade e exigindo apenas conexão entre a atividade do responsável e o dano acontecido.

b) *Condições*. Se analisarmos os casos concretos em que se reconhece a obrigação de garantia no âmbito da responsabilidade civil em sentido estrito (responsabilidade do estabelecimento prisional pela incolumidade do preso, em caso de suicídio, ou de assassinio por outros detentos; responsabilidade do hospital pela incolumidade do paciente; do estabelecimento bancário pela incolumidade do cliente, ainda que não correntista; do transportador pela incolumidade do passageiro, ainda que este não tenha adquirido bilhete; do fabricante ou consumidor pelo chamado acidente de consumo; etc.) veremos que a responsabilidade objetiva agravada depende de três condições, uma relativa aos danos reparáveis, outra respeitante às *pessoas* responsabilizadas e a terceira concernente aos *riscos* abrangidos: primeiro, é necessário que se trate de *danos à pessoa*, e não materiais; segundo, é preciso que se trate de danos acontecidos no exercício de uma *atividade empresarial*, ou, quando se trate de pessoa jurídica pública, no exercício do *serviço público*; terceiro, é necessário que tais danos sejam devidos a fatos que embora não possam ser reconhecidos causados pelo responsável ou pela sua atividade, ainda guardem *conexão com tal atividade profissional*, podendo ser *fatos de terceiro* e excepcionalmente do próprio *lesado*, e até, mas só em hipóteses especialíssimas, *casos fortuitos ou de força maior*, em *sentido estrito*.

Vejam estas condições

1. *Danos abrangidos: danos pessoais, não materiais*. Os danos devem afetar

a integridade física ou psíquica do lesado, e não apenas atingir coisas ou bens do mundo externo.³¹

De certo modo, esta primeira condição é mero desdobramento de um dos pressupostos gerais da responsabilidade civil: é necessário que os danos possam ser considerados como incluídos no *âmbito de proteção da norma violada* (supra, 2.4). Merece, porém, especial destaque, porque realça que no âmbito da responsabilidade civil em sentido estrito, a agravação só surge quando esteja em causa a pessoa humana. Temos para nós que só o ser humano pode ser objeto desta tutela especial, o que é compreensível, pelo menos em sociedades como a nossa, de raiz cristã-européia, onde a consideração pelo homem está acima de tudo, numa visão do mundo magnificamente traduzida por Kant naquilo que chamou de *personalismo ético*. Como Larenz realça,³² a propósito do Direito alemão, mas sendo a colocação válida para os outros direitos da mesma família, como o nosso, o personalismo ético é “fundamento ideológico do Código Civil”: todas as coisas podem ter um valor, mas só o homem é “valor absoluto”; sendo ele “pessoa em sentido ético”, tem “valor em si mesmo”, e não “simplesmente como meio para os fins de outros”.

Do ponto de vista da consideração pela pessoa humana, é especialmente expressiva a designação deste tipo de obrigação como sendo *obrigação de incolumidade* — ou de *incolumidade físico-psíquica*, como também se lhe chama, para ser extremada de uma incolumidade econômica, que alguns autores defendem.

A responsabilidade agravada também existe no âmbito das obrigações negociais, como ainda veremos, tutelando então danos materiais, geralmente em casos onde as dificuldades de prova do nexo de causalidade seriam quase insuperáveis para o lesado. Que

sirva de exemplo a responsabilidade do transportador aéreo pela perda, destruição ou avaria de bagagem e mercadorias (5.2.2).

Na hipótese de transporte de pessoas, existe uma verdadeira e própria *obrigação de incolumidade*, de natureza pessoal, que transcende o contrato de transporte e, por isso, obriga a indenizar mesmo o dano sofrido por passageiro clandestino. No caso de transporte de coisas, será melhor falar em *obrigação de garantia*, que abrangerá apenas as mercadorias efetivamente objeto do contrato. Precisaremos esta idéia adiante e ainda nesta subseção, quando analisarmos o risco de atividade, terceira condição da responsabilidade civil agravada e, depois, quando olharmos a responsabilidade negocial agravada (5.2.2).

2. *Pessoas responsáveis: empresários e prestadores de serviços públicos*. Pela segunda condição, acima indicada, só haverá responsabilidade quando se trate de danos acontecidos no decurso de uma atividade empresarial, ou de serviço público. Este requisito tem como fundamento uma idéia que ainda é de risco, de risco de atividade, embora atenuado. Quem, na qualidade de *empresário* ou de *prestador de serviço público*, exerce uma determinada atividade, normalmente sujeita a certos percalços, que, como veremos daqui a pouco, possam ser considerados *riscos próprios dessa atividade*, deve suportar as respectivas conseqüências.

É que a responsabilidade, aqui, ainda é por fatos que, embora não causados pela atividade empresarial ou pública, não teriam acontecido sem ela. O objetivo de prossecução de uma finalidade econômica, na atividade empresarial, ou de bem comum, na atividade pública, justificam a responsabilização por eventuais danos acontecidos durante a atividade, mesmo que não causados por ela. É assim que a empresa de transporte fica

obrigada a indenizar o passageiro acidentado em consequência de incúria do motorista de outro veículo, que abalroou aquele onde o ofendido seguia.

Associada a essa idéia de risco, está uma consideração prática, à qual a Jurisprudência sempre é sensível: trata-se de percalços que podem ser quantificados estatisticamente e que, por isso, são seguráveis. Ora, é a empresa que está em melhores condições para fazer o respectivo seguro, o qual em termos sociais significa a transferência do risco para o conjunto dos beneficiários, através da inclusão do prêmio pago no custo do produto ou do serviço. Quando se trate de serviço público, a transferência de responsabilidade para a comunidade é direta, através dos impostos e taxas que alimentam o ente público.

Esta possibilidade (e muitas vezes necessidade social) de fazer seguro, explica que quando uma determinada atividade, ainda que não empresarial, seja em si mesma suscetível de criar elevado risco para outrem, como é o caso da condução de veículos automóveis, seja a própria lei que toma a iniciativa de impor a obrigação de fazer o respectivo seguro (o qual, no caso de veículos automóveis, é obrigatório apenas quanto a danos pessoais: morte, invalidez permanente, assistência médica — cf., art. 20 do Dec.-lei 73/66 e Lei 6.194/74). Em decorrência desta obrigação, a Jurisprudência impõe ao proprietário responsabilidade agravada, até ao³³ limite da indenização securitária, quando não haja, feito o seguro. Assim, dentro dos limites do seguro obrigatório, será devida indenização ainda que o fato acontecido (seja, por exemplo, o atropelamento de pedestre) se deva a exclusiva culpa do próprio lesado (se inopinadamente ele se lançou à frente do veículo) ou de terceiro (que haja empurrado o atropelado para a pista de rolamento).

3. *Riscos abrangidos: riscos próprios da atividade empresarial ou de serviço público.* Pela terceira condição, o dano deve guardar conexão com a atividade profissional do responsável, o empresário ou a pessoa jurídica pública ou prestadora de serviço público. É condição ainda associada à anterior, mas que é útil destrinçar, para delimitar o alcance da idéia de responsabilidade por todos os danos ocorridos no exercício da atividade empresarial, ou do serviço público. Não são todos os danos ocorridos que serão indenizáveis, serão apenas aqueles que possam ser considerados *riscos próprios dessa atividade*, por terem conexão com ela. Já deverão ser considerados riscos estranhos à atividade e, portanto, já serão causas excludentes da responsabilidade do agente, aqueles fatos que, por estarem absolutamente desvinculados da atividade desenvolvida, representem verdadeira *infelicitas facti*; as consequências destes azares deverão, portanto, recair sobre as pessoas que forem atingidas.

Assim, só serão causas de exclusão da responsabilidade do agente aquelas hipóteses de verdadeiro *caso fortuito* ou de *força maior*, em sentido estrito, que normalmente não terão nenhuma conexão com a atividade dele,³⁴ bem como os fatos de terceiro (e até fatos do próprio lesado), desde que também não tenham nenhuma relação com a mesma atividade. Estas serão hipóteses em que há absoluta desvinculação com a atividade profissional desenvolvida.

Parece-nos ser de acordo com estes princípios que o transportador garante a segurança do passageiro contra todos os riscos de transporte (mesmo o de acidente por culpa de terceiro), o hospital contra todos os riscos hospitalares (incluindo o de infecção), o Banco contra todos os riscos relacionados com o manuseio de dinheiro (incluindo assaltos que ponham em causa a incolumi-

dade de clientes), o Estado contra todos os riscos relacionados com o internamento do preso (mesmo o de seu suicídio, salvo se este acontecer por fatos que nada tenham a ver com o fato de estar preso), etc.

É ainda de acordo com estes princípios que se a empresa de transporte urbano responde pelos danos sofridos por passageiros em consequência de abaloamento por terceiro (mesmo que por culpa exclusiva deste), já não responderá pelo homicídio de um passageiro, cometido por outro passageiro ou por assaltante. Da mesma forma, se a empresa ferroviária responde pelas lesões sofridas por pingentes que viajem sobre o teto de vagões, já não responde pelo ato de quem, de fora do trem, dispare uma arma, ou arremesse uma pedra contra este.³⁵

É com este alcance que deve ser entendida a famosa Súmula 187 do STF, aprovada em 1963: “A responsabilidade contratual do transportador, pelo acidente com o passageiro, não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva”.³⁶ Apesar dos termos da Súmula, a nosso ver a responsabilidade do transportador pela incolumidade do passageiro não deriva do contrato, mas da sua atividade: é risco de atividade, gerando responsabilidade civil em sentido estrito. Por isso é que o transportador será responsável, ainda quando o passageiro pretenda fazer-se transportar sem pagar bilhete, como entende, e bem, a Jurisprudência.

A referência à responsabilidade contratual, na Súmula 187, temo-la por equivocada, embora compreensível por razões históricas. É que os primeiros casos de obrigação de incolumidade foram reconhecidos pela Jurisprudência em associação com contratos — e isto a um tempo em que não se concebia uma responsabilidade civil *stricto sensu* que fosse objetiva: a Jurisprudência, atenta às necessidades sociais, para não

deixar lesados sem reparação socorreu-se da responsabilidade contratual e concebeu como implícita nos contratos de transporte (e ainda noutros, com destaque para o de trabalho) a chamada obrigação de incolumidade. Foi assim que surgiu a Súmula 187.³⁷

Como veremos melhor adiante, quando falarmos em responsabilidade *negocial* objetiva agravada (5.2.2), é difícil conceber uma obrigação de incolumidade de natureza exclusivamente negocial — mesmo quando ela surja conexa a um contrato. A obrigação de incolumidade é de âmbito mais vasto, derivando do dever geral de *neminem laedere*, que é o fundamento geral da responsabilidade civil em sentido estrito. É este dever de *neminem laedere* que se relaciona diretamente com o risco de superveniência de danos, em maior ou menor medida inerente à maioria das atividades, e em especial àquelas que impliquem o uso de máquinas e utensílios perigosos.

No fundo, é esta idéia de responsabilidade por danos que representem “risco de atividade”, que está na base de uma outra construção, que sustenta existirem não duas categorias de responsabilidade, contratual e extracontratual, mas três, ou seja, essas duas, mais uma: a responsabilidade profissional — do médico, do transportador e até do construtor, etc. Seria uma construção perfeitamente defensável, se se demonstrasse a necessidade de um *tertium genus*.

A construção da responsabilidade profissional pode ser útil em países como a França, que continuam extremando as tradicionais responsabilidades contratual e extracontratual, como se fossem compartimentos estanques, muito especialmente não permitindo o concurso das duas responsabilidades — e onde, por isso, se fica perante a situação difícil de considerar que se uma determinada situação é de responsabilidade contratual, não há como admitir respon-

sabilidade em relação a terceiros, nem como responsabilizar o lesante com apelo aos princípios gerais de responsabilidade civil. Estas dificuldades dissipam-se, todavia, quando se considere que a responsabilidade civil (em sentido estrito) é meramente o regime-regra da responsabilidade, em relação ao qual a responsabilidade contratual é apenas direito especial: neste caso, só há que precisar os limites da liberdade das partes na prefixação de causas de limitação ou de exclusão da responsabilidade.

5. A RESPONSABILIDADE NEGOCIAL E SUAS GRADAÇÕES

5.1 Categorias da responsabilidade negocial

Designamos de responsabilidade negocial a derivada do inadimplemento de contratos e de negócios jurídicos unilaterais. A ela é dado tradicionalmente o nome de “responsabilidade contratual”, como já se enfatizou (2.1).

No seu âmbito, são possíveis distinções paralelas às analisadas a propósito da responsabilidade civil em sentido estrito, com separação entre *responsabilidade culposa* e *objetiva* e, depois, com divisão daquela em *responsabilidade normal* e *restrita a dolo ou culpa grave*, e com divisão desta em *responsabilidade objetiva normal* e *agravada*.

Ainda similarmente ao que sucede na responsabilidade civil em sentido estrito, também agora seria possível falar numa responsabilidade negocial por *fato próprio* e por *fato de outrem*, ou *indireta*. Aqui, porém, nós não veremos esta responsabilidade. Apenas se registra que quando o devedor se fizer substituir por auxiliares, responderá pelos atos destes, nos mesmos termos em que o patrão ou comitente responde pelos atos do empregado ou preposto, no âmbito da responsabilidade civil em sentido estrito.

to. É o que se costuma traduzir, dizendo que o auxiliar é o *alter ego* do devedor.

Naquela matéria da divisão da responsabilidade em subjetiva e objetiva, a maior diferença entre as duas espécies de responsabilidade, a civil e a negocial, ainda está em que se na primeira o regime-regra é o da responsabilidade culposa, agora, na negocial, a regra é ser o devedor objetivamente responsável pelos danos causados ao credor — e isto não obstante o peso enorme da formulação tradicional, sustentando ser subjetiva a responsabilidade do contratante inadimplente.

É o que passaremos a ver.

5.2 Gradações da responsabilidade negocial objetiva

5.2.1 Responsabilidade objetiva normal (regime-regra)

Ao contrário daquilo que comumente se acredita, nas obrigações resultantes de negócios jurídicos em regra é irrelevante para o devedor demonstrar que não procedeu com dolo nem com culpa. Esta afirmação vai contra tudo o que se ensina tradicionalmente, mas, realmente, a nós parece evidente que a doutrina tradicional labora em grave equívoco.

A orientação tradicional, com fundamento nos arts. 1.057 e 1.058, e invocando inúmeros outros preceitos, que falam em resolução da obrigação quando não houver “culpa do devedor” (arts. 865, 866, 869, 871, 879, 882, 888, etc.), afirma que a responsabilidade deste pelo inadimplemento de obrigações contratuais é *subjetiva*: ele só seria obrigado a reparar os danos sofridos pelo credor quando tivesse procedido com culpa, em qualquer das suas modalidades — dolo, se houvesse intencionalmente deixado de cumprir, culpa em sentido estrito, se simplesmente houvesse assumido compromissos acima das suas possibilida-

des. A responsabilidade só não seria puramente subjetiva, porque haveria presunção *juris tantum* de culpa do devedor, podendo este fazer prova em contrário. Nesta formulação, nas obrigações negociais só haveria responsabilidade sem culpa (*objetiva*) nos casos em que o devedor houvesse assumido tal risco (art. 1.058, *caput, in fine*).

Todavia, se bem atentarmos na sistemática legal e em todos os preceitos que falam na extinção ou na resolução de obrigações quando a prestação não seja mais possível e sem culpa do devedor, veremos que em regra o que se pretende dizer, quando se fala em *fato a ele não imputável*, é que este só se libera se demonstrar que a impossibilidade de cumprir é devida a fato de terceiro ou do próprio credor, caso fortuito ou de força maior, não bastando que demonstre a inexistência de culpa sua.

O vício da tese da responsabilidade subjetiva fica ainda mais patente na afirmação feita correntemente, de que a impossibilidade de cumprir a obrigação sem culpa do devedor, equivale ao caso fortuito ou de força maior — e que não é exata. Uma pessoa pode sem culpa não cumprir a obrigação assumida e, todavia, não existir caso fortuito ou de força maior. Sirva de exemplo o caso do herdeiro do devedor, que não cumpre a obrigação por desconhecer, sem culpa sua, a existência de obrigação vencida após o falecimento do *de cuius*.

Ora, se assim é, parece ser mais exato afirmar que o regime-regra da responsabilidade do devedor inadimplente, é a *objetiva*: normalmente, a obrigação de indenizar surge pelo só fato do inadimplemento do contrato ou do negócio jurídico unilateral, exigindo-se apenas que haja um nexo de causalidade adequada entre o fato do inadimplemento e o dano. Por isso é que a única forma de o devedor se libertar do dever de indenizar, consiste na demonstração de

fato do próprio credor, ou de terceiro, ou de caso fortuito ou de força maior, *stricto sensu*, que o tenha impedido de cumprir a obrigação assumida.

A necessidade de fazer esta prova significa não só que a ausência de culpa não o libera, como ainda que ele também responde pelo inadimplemento, quando devido a causas desconhecidas.

Porque a responsabilidade do devedor é objetiva, é irrelevante, por exemplo, a alegação de que só deixou de pagar a prestação do empréstimo contraído porque a empresa onde trabalhava faliu, ficando ele desempregado e sem meios de subsistência. Mesmo nesta situação ele estará obrigado a reparação dos danos causados ao credor, reparação que, nesta hipótese do empréstimo, consiste no pagamento dos juros e demais encargos da mora (cf., CC, arts. 956 e 1.061).

Neste âmbito dos contratos e dos negócios jurídicos unilaterais, os princípios aplicáveis não diferem dos que regem em matéria de responsabilidade civil (*stricto sensu*) objetiva: em princípio, a responsabilidade só cessa quando se demonstre caso fortuito ou de força maior, em sentido amplo, incluindo fato do próprio credor e fato de terceiro. Lembremos o que já dissemos anteriormente (supra, 2.1.1): a responsabilidade negocial é mero direito especial da responsabilidade, à qual são, em princípio, aplicáveis os mesmos princípios que regem a responsabilidade civil em sentido estrito, que é o direito geral nesta matéria.

Esta é a responsabilidade do devedor inadimplente que designamos de *objetiva normal* e que é o regime-regra da responsabilidade negocial. Ele parece ter sido concebido tendo em vista a típica obrigação negocial, seja contratual, seja unilateral: uma obrigação *onerosa* e *de resultado*. A obrigação onerosa é o instrumento jurídico por excelência da atividade econômica de

produção e circulação de bens e serviços, onde a segurança das transações exige que se tutelem as expectativas do credor, destinatário da prestação prometida.³⁸ Obrigações de resultado são aquelas em que a realização da prestação devida depende de fatores que o devedor tem a obrigação de conhecer e controlar. Contrapõem-se às *de meios* e ainda às *de garantia*, de que falaremos adiante.³⁹ Constituem a esmagadora maioria das obrigações: são de resultado todas as obrigações de dar coisa certa (específicas), ou incerta (genéricas), ou quantia certa (pecuniárias), ou de não fazer; só no âmbito das obrigações de fazer é que encontramos obrigações de meios, a par de outras, ainda aqui a maioria, que são de resultado.⁴⁰

Às vezes, porém, a responsabilidade do devedor de obrigação nascida de contrato ou de negócio unilateral é agravada, como passamos a ver; outras vezes ela deixará de ser objetiva, para passar a ser meramente subjetiva — como veremos mais adiante.

5.2.2 Responsabilidade objetiva agravada

Temos responsabilidade agravada do devedor de obrigação negocial, quando este é obrigado a indenizar mesmo quando o inadimplemento tenha sido devido a caso fortuito ou de força maior.

Se as obrigações de resultado são típicas da responsabilidade negocial normal, agora, na agravada, temos obrigações em que o devedor garante esse resultado, assumindo o risco da sua eventual não realização, ainda quando devida a hipóteses que cabem na noção de caso fortuito ou de força maior, em sentido amplo (supra, 4.1.3). Nestes casos, podemos dizer que estamos perante *obrigações de garantia*.

Esta responsabilidade que não é excluída mesmo pela ocorrência de caso fortuito ou de força maior, ocorre em

duas hipóteses: primeiro, quando assim houver sido *convencionado*, isto é, quando o devedor expressamente se houver obrigado nestes termos (*cláusula de garantia*), como determina o art. 1.058; segundo, quando for caso de *obrigação legal de garantia*.

A primeira hipótese não carece de justificativas. Apenas se dirá que, neste caso, a agravação valerá, dependendo daquilo que for pactuado, não só quando o inadimplemento seja devido a caso fortuito ou de força maior em sentido estrito, como também quando devido a fato de terceiro, ou mesmo a fato do próprio credor, ainda que culposos. A ordem pública só impedirá esta agravação de responsabilidade para o caso de conduta do credor que seja dolosa ou gravemente culposa.⁴¹

Quanto à segunda, diremos apenas que são bons exemplos de obrigações legais de garantia a responsabilidade dos transportadores pela perda, destruição ou avaria de bagagem e mercadorias. O transportador aéreo só se exonera se demonstrar que o dano se deveu à própria natureza da mercadoria ou a vício desta, a ato de guerra, ou a algum dos outros fatos enumerados no art. 264, II do Código Brasileiro da Aeronáutica (cf., ainda os arts. 261 e 264, I). O transportador terrestre tem responsabilidade similar, nos termos dos arts. 1.º e 12 do Dec. Leg. 2.681, de 7.12.12, sendo nulas as cláusulas que infringjam o que neles é disposto, como determinado por aquele art. 12, parte final e pela Súmula 161 do STF: “Em contrato de transporte, é inoperante a cláusula de não indenizar”.

Também o comodatário tem típica obrigação legal de garantia, na situação prevista no art. 1.253 — se antepuser a salvação dos seus objetos, abandonando os do comodante. E a Jurisprudência tem atribuído uma responsabilidade que se pode dizer agravada a diversas situações em que existe a obrigação de

guardar uma coisa de outrem, como nos contratos de reparação de veículos e eletrodomésticos. Nestes casos, dificilmente é aceita a exclusão da responsabilidade do devedor-depositário. Aliás, a própria lei, se no art. 1.277 ainda permite a escusa do fortuito ou da força maior (e sem acrescentar nada ao que já se estabelecia no art. 1.058), no art. 1.285, II, a propósito da responsabilidade dos estabelecimentos hoteleiros, já parece restringir tal escusa às “hipóteses de escalada, invasão da casa, roubo à mão armada, ou violência semelhantes”. Para quê a especificação, se qualquer situação de fortuito ou força maior pudesse excluir a responsabilidade?

Estas obrigações legais de garantia estão próximas da obrigação de incolumidade, que obriga a indenizar no âmbito da responsabilidade civil em sentido estrito (supra, 4.2.2.b.1). Aliás, não repugna admitir, no âmbito das obrigações negociais, a estipulação de verdadeiras e próprias obrigações de incolumidade, isto é, respeitantes à salvaguarda de danos pessoais, quer *físicos* (à integridade física), quer *psíquicos* (à integridade psíquica), como referimos a propósito da responsabilidade civil em sentido estrito. Se a obrigação de incolumidade vale na responsabilidade civil, até por maioria de razões terá de valer para a responsabilidade negocial: além de a responsabilidade civil ser direito geral e a negocial direito especial, agora temos uma situação onde já preexiste um vínculo jurídico entre as partes. Bastaria a consideração da responsabilidade negocial como mero direito especial dentro da responsabilidade civil, para se concluir que nada impede o recurso aos princípios gerais desta, mesmo em contratos, quando, no caso concreto, estejam presentes os seus pressupostos.

Porém, dificilmente se encontrará um caso de obrigação de incolumidade exclusivamente convencional, quer di-

zer, em hipótese onde a garantia da integridade da pessoa do credor resulte apenas de contrato (ou, mais dificilmente ainda, de negócio jurídico unilateral), e não de norma geral, aplicável à atividade do devedor e independente de relações contratuais. No entanto, importa frisar que os primeiros casos de obrigação de incolumidade (físico-psíquica) foram reconhecidos pela Jurisprudência em associação com contratos, como referido anteriormente (4.2.2.b.3).

Mesmo que seja difícil conceber uma obrigação de incolumidade exclusivamente convencional, quando alguma surja, a responsabilidade do devedor dependerá daquilo que houver sido pactuado, podendo ser maior do que aquela responsabilidade agravada que encontramos em matéria de responsabilidade civil em sentido estrito: o limite da agravação, também aqui, será representado pela hipótese de dolo ou culpa grave do próprio credor.

5.2.3 Um caso especial: responsabilidade do devedor em mora por caso fortuito ou de força maior

À primeira vista, poderia parecer que a responsabilidade do devedor em mora pela impossibilidade da prestação, fosse uma hipótese de responsabilidade (negocial) objetiva agravada. Porém, apesar do teor literal do art. 957, a responsabilidade (realmente objetiva) do devedor pela impossibilidade da prestação, embora esta resulte de caso fortuito ou de força maior, como se diz nesse preceito legal, não parece verdadeiramente responsabilidade por danos resultantes de caso fortuito ou de força maior.

A solução depende de se saber se é ou não possível estabelecer um nexo de causalidade juridicamente relevante entre o fato do inadimplemento em tempo devido e o dano sobrevivendo.

Ora, se considerarmos tal nexos nos termos defendidos pela teoria chamada de *causalidade adequada* e se considerarmos em especial a formulação desta chamada de *negativa* (supra, 2.4), será possível afirmar que se o devedor não entregou a coisa devida, e por isso está em mora, a coisa, enquanto estiver em suas mãos, está sujeita a riscos diferentes daqueles que correria, se houvesse sido oportunamente entregue ao credor.

Nestas circunstâncias, será possível sustentar que se a coisa se perder durante a mora, a lei apenas estabelece a presunção de que a perda teve por causa a própria mora, cabendo ao devedor provar que não houve nexos de causalidade adequada entre a mora e a perda, ou, como diz a lei (art. 957), cabendo-lhe provar “que o dano sobreviria, ainda quando a obrigação fosse oportunamente desempenhada”. Se o devedor fizer esta prova, ficará demonstrado que a perda da coisa se deveu a verdadeiro caso fortuito ou de força maior, e ele ficará exonerado.

Se o raciocínio estiver certo, a responsabilidade do devedor em mora ainda será objetiva, mas não agravada.

Aliás, não é só para o devedor em mora que se estabelece este regime especial de responsabilidade objetiva, mas com inversão do ônus da prova. Também para o possuidor de má fé e o gestor de negócios que procede contra a vontade do interessado, os arts. 515 e 1.332 estabelecem que só se exonerarão de responsabilidade se provarem que os danos se teriam verificado igualmente, caso a coisa estivesse na posse do reivindicante, ou se ele se houvesse absterido de intervir. Igualmente nestes casos presume-se haver um nexos de causalidade juridicamente relevante entre o fato do presumido responsável (posse de má fé, gestão indevida) e o dano. A única coisa diferente (mas aqui praticamente irrelevante, no plano das consequências) é que, nestes dois casos,

temos situações de responsabilidade civil em sentido estrito, e não negocial.

5.3 Gradações da responsabilidade negocial subjetiva

5.3.1 Responsabilidade por mera culpa

Só em hipóteses excepcionais a obrigação de indenizar do devedor inadimplente fica condicionada a uma sua atuação culposa, abrangendo-se aqui quer a culpa em sentido estrito, quer o dolo. Nesta responsabilidade negocial culposa, é possível distinguir uma responsabilidade por mera culpa e uma responsabilidade restrita a dolo ou culpa grave.

Nesta subseção veremos a primeira hipótese, deixando a segunda para a próxima.

Temos responsabilidade negocial por mera culpa em dois casos: primeiro, quando houver *atenuação convencional da responsabilidade*, isto é, quando houver ficado estipulado que o devedor só responde quando lhe for imputada conduta culposa; segundo, quando se trate de *obrigações de meios*, isto é, daquelas obrigações de fazer em que o resultado desejado pelo credor depende de fatores mais ou menos aleatórios, que estão fora da esfera de controle do devedor, como acontece na generalidade das obrigações assumidas por médicos (que não sejam cirurgiões plásticos) e por advogados forenses.

Recorde-se que obrigações de meios se contrapõem a *obrigações de resultado*; para estas, que constituem a generalidade das obrigações (são obrigações de resultado todas as obrigações específicas, genéricas e pecuniárias, mais as obrigações de não fazer e ainda a maioria das obrigações de fazer), vale a regra geral da responsabilidade (negocial) objetiva, que vimos atrás.

O próprio Código Civil, quando disciplinou uma das mais típicas obriga-

NOTAS

1. Textos que constituem uma primeira versão de *Lições de Direito das Obrigações*, distribuídas aos nossos alunos, na Universidade Federal de Santa Catarina. Essas *Lições* são referidas em subsequentes notas de rodapé, quando contenham desenvolvimentos considerados oportunos.

2. *Lições*, cit., 7.1.3.

3. *Lições*, cit., 8.9.3.

4. Meramente *antijurídicos* são os atos humanos e os fatos da natureza objetivamente ofensivos de direitos alheios, mas sem que se possa censurar ninguém pela sua ocorrência. Desta categoria, interessam aqui os atos danosos praticados por inimputáveis (como a ofensa corporal, ou a destruição de coisa alheia, levadas a cabo por uma criança) e os acontecimentos naturais danosos para terceiros, que se verifiquem durante atividade realizada por alguém (como o incêndio no motor do caminhão, que acaba destruindo este e a mercadoria alheia nele transportada).

5. Nós consideramos como *atos justificados* as intervenções não autorizadas na esfera alheia, mas lícitas devido à presença de causas de exclusão da ilicitude (legítima defesa, estado de necessidade, gestão de negócios, etc.). Quando destas intervenções resultem danos para outra pessoa, que não seja a causadora da situação que autoriza a intervenção, haverá obrigação de repará-los: v. *Lições*, cit., 6.2.2 e 6.2.4.c.

6. *Lições*, cit., 10.1.

7. Esta “escola jusracionalista” deve ser distinguida do “jusnaturalismo clássico”, da Antiguidade Greco-romana, que foi depois retomado por S. Tomás de Aquino e, já este Século XX, pelos adeptos do chamado “direito natural renascido”.

A distinção entre as duas escolas de direito natural, a clássica e a racionalista, está muito bem realçada em diversos livros do Prof. R. Limongi França, e em especial no Cap. III do Título I da sua obra *O Direito, a Lei e a Jurisprudência*, S. Paulo, Ed. RT, 1974, pp. 29-40. Nós também escrevemos algo sobre os termos da distinção, em *Direito e Sistemas Sociais: a Jurisprudência e a Criação de Direito para Além da Lei*, Florianópolis, Ed. UFSC, 1988, pp. 27-37.

8. Jean, Mazeaud, Henry, Léon, *Leçons de Droit Civil*, t. 2.º, v. I — “Obligations — Théorie Générale”, 6.ª ed., Paris, Montchrestien, 1978, p. 350.

ções de meios, a dos médicos e outros profissionais de saúde, parece ter querido enfatizar que ela era diferente da generalidade das outras obrigações. Assim, disse (art. 1.545) que os profissionais de saúde “são obrigados a satisfazer o dano, sempre que da imprudência, negligência ou imperícia, em atos profissionais, resultar morte, inabilitação de servir, ou ferimento”. O preceito está incluído em capítulo respeitante à responsabilidade civil em sentido estrito, mas é plenamente aplicável também às obrigações assumidas contratualmente. A responsabilidade negocial é mero direito especial da responsabilidade civil.

5.3.2 Responsabilidade por dolo ou culpa grave.

Às vezes o devedor de obrigação negocial não responde pelo inadimplemento devido a fato culposos seu; trata-se de casos em que até uma conduta meramente culposa do devedor não implica em obrigação de indenizar. Nestes casos, a responsabilidade pelo inadimplemento de contratos ou de negócios unilaterais é tão atenuada que só subsiste quando o devedor tenha agido com dolo, ou com culpa grave.

Quando haja dolo ou culpa grave, são princípios de ordem pública que impedem a reparação do dano causado.⁴²

Esta responsabilidade extremamente atenuada do devedor inadimplente acontece em duas categorias de casos: primeiro, quando haja *cláusula de exclusão de responsabilidade* e segundo, quando se trate de *contratos gratuitos*. Para estes, o art. 1.057 expressamente dispõe que o devedor só responde se tiver agido com dolo — embora o preceito, em vez de se referir a contratos gratuitos, se refira impropriamente a “contratos unilaterais”. Negócios gratuitos são objeto de tratamento diferenciado, por razões específicas.⁴³

9. V., *Lições*, cit., Cap. XI, com o título “Responsabilidade por ato próprio, por ato de outrem, pelo fato de coisas ou animais e responsabilidade grupal”. Como esta epígrafe indica, nas *Lições* é referida uma quarta categoria, a responsabilidade *grupal, coletiva*, ou *por atos grupais*, que surge quando uma pessoa responde por ações praticadas por alguém indeterminado, mas fazendo parte de um grupo ao qual aquela também pertence.

10. *Lições*, cit., 11.3.5.

11. Manuel Andrades, *Teoria Geral das Obrigações*, Coimbra, Almedina, 1958, p. 353.

12. Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, Coimbra, Almedina, v. I, 2.ª ed., p. 745.

13. Karl Larenz, *Derecho de Obligaciones*, Madri, Ed. Rev. Derecho Privado, 1959, v. I/198-199.

14. Idem, ob. cit., v. II/565.

15. Jean Carbonnier, *Droit Civil*, v. 4.º — “Les Obligations”, Paris, PUF, 1979, p. 350.

16. Harm Peter Westermann, *Código Civil Alemão: Direito das Obrigações*, Parte Geral, Porto Alegre, Sérgio A. Fabris, 1983, p. 131.

17. Sobre toda a matéria desta seção, v. *Lições*, cit., Cap. VIII (Pressupostos da Responsabilidade Civil).

18. O § 1.º do art. 248, em redação absurda, considera como sendo uma só e única coisa o dolo e a culpa grave, dizendo que o “dolo ou culpa grave” (como se dolo e culpa grave não fossem diferentes) ocorre “quando o transportador ou seus prepostos quiseram o resultado ou assumiram o risco de produzi-lo”. Nesta noção não está evidentemente contida a idéia de culpa grave, como, aliás, não podia ser ignorado pelo próprio legislador, que, nela, se limitou a reproduzir a definição de *dolo* contida no art. 18, I do CP. O erro do legislador é, porém, irrelevante: é claro que ao dolo sempre estará equiparada, nos seus efeitos civis, a culpa grave, considerada no seu verdadeiro significado, de extrema inconsideração.

19. Quanto a esta responsabilidade do transportador aéreo, discute-se muito se ela será contratual (negocial) ou “extracontratual” (civil, em sentido estrito), ou se haverá “concurso” das duas responsabilidades.

A nós parece que a questão não é importante. A responsabilidade civil é sempre o regime-regra, em relação ao qual o direito especial da responsabilidade derivada do inadimplemento de contratos e outros negócios jurídicos não oferece muitas particularidades. E sempre que a par da violação do comando contratual haja violação de algum dever geral de *neminem laedere*, característico da respon-

sabilidade civil em sentido estrito, o lesado poderá optar pelo regime que considere mais favorável.

Isto é válido tanto para a responsabilidade do transportador em geral, como para a do fabricante ou do produtor (cf., Código de Defesa do Consumidor, art. 12 e ss.), e outras (como a do médico: cf., Código Civil, art. 1.545) que poderiam ser chamadas de *profissionais*. Em todas estas hipóteses é possível falar de uma responsabilidade civil em sentido estrito, que normalmente será objetiva e agravada (infra, 3.2.2), a par de uma responsabilidade negocial, que, como veremos, em princípio é igualmente objetiva (5.2.1), podendo ser também agravada (5.2.2), mas podendo também ser subjetiva (5.3.1).

Mais ainda, pensamos que a chamada obrigação de incolumidade associada ao transporte de pessoas não deriva do contrato, está antes dele, sendo por isso que não se distingue, para efeitos de tutela, entre passageiros e clandestinos. Parece-nos que se no transporte de mercadorias os deveres de guarda da coisa e de garantia contra danos estão normalmente associados a um contrato, isto não significa que não haja uma tutela resultante do dever geral de cuidado, expresso no art. 159 do CC. Apenas acontece que por força do preceito expresso contido no Código Brasileiro de Aeronáutica, seja contratual (negocial), seja extracontratual (civil, em sentido estrito), a responsabilidade do transportador só surge quando ele ou os seus prepostos tenham agido com dolo ou culpa grave.

20. Sobre a razão e o alcance desta equiparação da culpa grave ao dolo, v. *Lições*, cit., 6.3.b.3 e 37.7.3 e.

21. Estudamos o direito de criação jurisprudencial no livro *Direito e Sistemas Sociais — a Jurisprudência e a Criação de Direito para Além da Lei* (Florianópolis, Ed. UFSC, 1988).

22. O preceito constitucional não suscita dificuldades quanto às condutas comissivas; quanto às omissões atribuídas às pessoas jurídicas públicas, nós temos defendido que só há responsabilidade quando estejamos perante uma situação de *dever específico* de impedir o resultado em causa, mesmo que não seja imputável qualquer culpa pela sua violação: v. *Lições*, cit., 10.4.1.a.

23. A designação de *responsabilidade pelos acidentes de consumo* é proposta por Vasconcellos e Benjamim (“Comentários aos arts. 12 a 27”, in: *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*, S. Paulo, Saraiva, 1991, p. 43) para a obrigação de reparar os danos causados

aos consumidores em decorrência de vícios da qualidade de produtos e serviços, ou de deficientes informações sobre como utilizá-los.

24. *Fatos justificados* são aquelas intervenções na esfera alheia não autorizadas pelos respectivos titulares e que só não são antijurídicas devido à existência da causas justificativas: já nos referimos a eles, supra, 2.2.1.

25. A responsabilidade de absolutamente incapazes está prevista no art. 930 do Projeto de Código Civil, segundo o qual “o incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de o fazer ou não dispuserem de meios suficientes”. Entre o interesse do lesado e o do incapaz, o Projeto opta pela tutela daquele.

26. Quanto à legítima defesa e ao estado de necessidade, é o próprio Código Civil que expressamente determina não ficar excluída a obrigação de reparar os danos causados a outras pessoas, que não as responsáveis pela agressão e pelo estado de perigo. Para a atuação em *estado de necessidade*, prevista no art. 160, II e seu parágrafo único, vejam-se os arts. 1.519 e 1.520. Para a atuação em *legítima defesa*, prevista no art. 160, I, veja-se os arts. 1.520, parágrafo único e 1.540.

27. Temos como discutível a afirmação, muito corrente, de que a ocorrência de caso fortuito ou de força maior exclui a *culpa*. É possível demonstrar, no âmbito da responsabilidade subjetiva, a inexistência de culpa, sem apelar para o caso fortuito ou de força maior e, por outro lado, pode haver uma atuação culposa e, não obstante, não haver responsabilidade, por o dano ocorrido ter por causa um caso fortuito ou de força maior, por definição independente daquela atuação.

Há que reconhecer, porém, o peso enorme da tradição que associa a ausência de culpa ao caso fortuito ou de força maior. A vinculação está no próprio Mestre Arnoldo Medeiros da Fonseca, que na sua obra clássica, publicada em 1.ª edição no ano de 1932, dizia serem indispensáveis dois elementos para caracterização da noção de caso fortuito ou de força maior, um interno e de ordem objetiva, o outro externo e subjetivo: o primeiro seria a inevitabilidade, ou impossibilidade de impedir ou resistir ao acontecimento, o segundo seria a ausência de culpa (*Caso Fortuito e Teoria da Imprevisão*, 3.ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1958, p. 147).

28. Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, v. XXIII/78, 2.ª ed., S. Paulo, Borsoi, 1962 (§ 2.792, n. 3).

29. Agostinho Alvim, *Da Inexecução das Obrigações e suas Consequências*, 5.ª ed., S. Paulo, Saraiva, 1980 (a 1.ª ed. desta obra é de 1949).

30. *Da Inexecução...*, cit., pp. 314 e 330.

31. Falamos em dano pessoal, ou à pessoa, quando é afetada a integridade físico-psíquica do lesado; haverá dano material quando se atingem bens ou coisas do mundo externo. O dano à pessoa pode ser *físico* (ofensa à integridade física) e *psíquico* (ofensa à integridade psíquica).

32. Karl Larenz, *Derecho Civil — Parte General* (trad. do alemão), Madri, Edersa, 1978, p. 44.

33. É correta a expressão “até ao limite da indenização...”, na qual a preposição “até” é seguida da contração da preposição “a” com o artigo “o”.

“Até ao”, ou “até à”, por um lado, e “até o”, ou “até a”, por outro, têm significações diferentes, que ficam patentes nas expressões “dessa fruta eu como até ao caroco” e “dessa fruta eu como até o caroco”: na primeira expressão, o caroco não é comido, ao passo que na segunda é.

É que “até” tem dois significados: um, como diz o Mestre Aurélio, indicando “um limite de tempo, no espaço e nas ações”, o outro tendo o sentido de “ainda, também, mesmo”. Quando “até” indica um limite, requer a preposição “a”; quando significa “ainda, também, mesmo”, não.

Se o que eu quero dizer é que como *também o caroco*, direi “como até o caroco”. Repare-se que nesta acepção poderia dizer “como mesmo (ou também) o caroco”.

Se o que quero dizer é que como *até chegar ao caroco*, parando aí, direi que “como até ao caroco”. Neste caso, está presente uma idéia de *limite* à minha ação — e note-se que a própria palavra “limite” é aqui seguida da preposição “a”, acrescida do artigo “a”, daí resultando a crase. Repare-se como nesta acepção seria absurdo dizer “como mesmo o caroco”.

Se fosse necessário invocar autoridades para demonstrar a correção das expressões “até ao” e “até à”, contra as quais muita gente se insurge hoje em dia, bastaria dizer que Vergílio Ferreira, talvez o maior escritor português vivo (76 anos, em 1993), deu a um dos seus

romances, galardoado em 1986 com o Grande Prêmio da Associação Portuguesa de Escritores, o mais importante prêmio literário português, o título de *Até ao Fim*.

E no aspecto aqui analisado, a Língua Portuguesa não é diferente das demais línguas latinas. Tal qual como em português se diz (ou se deve dizer) "irei até ao fim" (e atente-se em que na expressão "irei até ao fim", se tirássemos "até", ainda assim continuaríamos a dizer "irei ao fim", e não "irei o fim"), em francês diz-se "j'irai jusq'au bout" e em italiano "andrò fin alla fine". O francês "au" é contração da preposição "à" com o artigo "le"; o italiano "alla" é contração de "a" com "la" (em italiano, "fine" é palavra feminina). Aliás, na Itália afirma-se que a preposição "fino" ("até"), lá chamada de preposição imprópria, *si adopera davanti ad un avverbio o ad una altra preposizione*, usa-se diante de um advérbio ou de uma outra preposição, como esclarece *Il Nuovo Dizionario Italiano Garzanti* (Garzanti Editore, 1984). Quando "até" tem o sentido de *limite*, os italianos dizem que não é preposição, é conjunção coordenativa copulativa.

O erro aqui comentado infelizmente hoje está extremamente difundido. O próprio Aurélio Buarque exemplifica o uso de "até", na acepção de *limite*, com frase "caminharam até o outro lado da ponte", quando o correto seria "até ao outro lado".

Nesse erro gramatical não incorriam os clássicos e, por isso (e para só ficarmos com frisante exemplo jurídico), muito corretamente sempre se grafou no Código Civil "até ao" e "até à", naqueles casos em que está presente uma idéia de *limite* à ação. Assim, por exemplo, diz-se no art. 221 que o casamento putativo produz todos os efeitos civis "até ao dia da sentença anulatória"; no art. 868 que "até à tradição" pertence ao devedor a coisa; no art. 989 que na sub-rogação legal o subrogado só poderá exercer os direitos "até à" soma que tiver desembolsado; no art. 1.127 que os riscos da coisa correm por conta do vendedor "até ao" momento da tradição; no art. 1.521, V que os que houverem participado gratuitamente nos produtos do crime são responsáveis pela reparação civil, "até à" soma de que se houverem beneficiado; no art. 1.538 que o ofensor indenizará dos lucros cessantes registrados "até ao" fim da convalescença.

E os exemplos são tanto mais frisantes quanto se sabe que, apesar das homéricas controvérsias entre Beviláqua e Ruy Barbosa

a respeito da redação do Código, neste aspecto eles não divergiram!

34. E certos casos-limite, concebe-se que mesmo casos fortuitos não possam ser considerados estranhos à atividade profissional. Seria, por exemplo, o caso da tempestade que provou o acidente do avião, ou que provocou a queda da barreira que atingiu o ônibus.

35. Mesmo que o tiro, ou a pedrada, fosse manifestação de protesto contra a circulação do trem, ou do ônibus, no local, não seria cogitável a responsabilidade da empresa, porque aqui a questão seria de manutenção da ordem pública, a resolver pela administração pública, e não pela empresa.

Apenas se os tiros, ou até simples arremessos de pedras, se tornassem frequentes em determinados locais, ou linhas, o risco de que pudessem causar danos passaria a ser previsível, pelo que a empresa deveria, na medida da suas possibilidades, tomar providências para evitar tal risco. A não adoção de providências não implicaria, porém, em responsabilidade objetiva, simples ou agravada, antes o caso seria de típica responsabilidade subjetiva, culposa, por omissão de cuidados.

36. Semelhante a essa Súmula 187, mas com alcance diverso, é a 161, "em contrato de transporte, é inoperante a cláusula de não indenizar", que diz respeito ao transporte de mercadorias e está ligada ao disposto no art. 12 do Dec. Leg. 2.681, de 7.12.12. Sobre esta Súmula v. infra, 5.2.2.

37. V. *Lições*, cit., 10.2.d e infra, 5.2.2.

38. Veja-se, sobre esta matéria, o nosso *O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais: Autonomia Privada, Boa fé e Justiça Contratual* (S. Paulo, Saraiva, 1993), especialmente ns. 5.3.2, 5.4, 8.2.1.b e 8.4.

39. São de meios as obrigações de fazer em que o resultado desejado pelo credor depende de fatores mais ou menos aleatórios, que estão fora da esfera de controle do devedor: v. infra, 5.3.1. São de garantia aquelas em que a responsabilidade do devedor não é excluída pela ocorrência de alguns riscos, com as características de caso fortuito ou de força maior: v. infra, 5.2.2.

40. Insiste-se em que afirmar que a obrigação é de resultado, não significa que o devedor seja necessariamente responsabilizado quando o objetivo esperado não seja alcançado. Significa apenas que a sua responsabilidade é objetiva e que, portanto, ele só se liberará quando demonstrar a ocorrência de fato do próprio lesado, ou de terceiro, ou caso fortuito ou de força maior, *stricto sensu*.

Sirva de exemplo a operação de cirurgia estética, que é obrigação de resultado: no caso de insucesso, o cirurgião plástico será isentado de responsabilidade se demonstrar que a técnica adotada era correta e alcançaria o objetivo prosseguido, que, no caso, só não fora alcançado devido, por exemplo, a reações próprias do organismo da paciente ou a uma infecção, em ambos os casos inevitáveis e cuja cura estava fora das possibilidades oferecidas pela ciência médica atual.

Provadas estas circunstâncias, a responsabilização do médico só seria possível se fosse demonstrado ter ele infringido o dever de informar a paciente dos riscos que correria, submetendo-se à operação, dever este que é imposto pelo princípio da boa fé. Sobre estes *deveres de conduta* que cabem no âmbito do dever geral de agir de acordo com os ditames da boa fé, veja-se o nosso *O Direito dos Contratos e seus Princípios...*, referido em nota anterior, especialmente n. 8.6.2.

41. A ordem pública é constituída por aqueles valores políticos, econômicos, morais, religiosos, tidos por fundamentais da sociedade, tal como esta se encontra organizada. Nos

contratos, existe uma ordem pública *externa* e outra *interna*, constituídas pelos princípios que atuam respectivamente no âmbito externo e interno do microsistema jurídico que é o contrato.

Autonomia privada, boa fé e justiça contratual, são os três princípios que compõem a *ordem pública interna contratual*, os quais se autodelimitam reciprocamente, ou se equilibram mutuamente, numa relação de permanente tensão. Perante estes três princípios, os demais constituirão a *ordem pública externa* dos contratos.

Na concepção tradicional, a ordem pública contratual é composta não só por esta nossa ordem pública externa, como ainda por princípios que, em rigor, devem ser reconduzidos à justiça contratual e à boa fé. Isto é consequência da excessiva ênfase dada à autonomia privada, na teoria clássica do contrato. Sobre esta matéria, veja-se o nosso *O Direito dos Contratos e seus Princípios...*, referido em nota anterior, especialmente ns. 1.6 e 6.1.

42. V. *Lições*, cit., 37.3.f.

43. V. *Lições*, cit., 13.2.4, *in fine*.