

ESTUDO SOBRE O FUNDAMENTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

ALBERTINO DANIEL DE MELO

Professor da Faculdade de Direito da UFMG

1 — O ser alguém lesado em sua pessoa ou em seu patrimônio é objeto de cogitações em Direito, em qualquer sistema jurídico, hoje, mais do que em outros tempos. Procura-se não só estabelecer uma disciplina reparatória, abrangendo a apuração da causalidade danosa, o quantum da lesão, a garantia de reparação, mas também equacionar um fundamento para essa reparação. Define-se uma obrigação reparatória, e igualmente, uma fase pré-obrigacional, um vínculo de expectativa a se desenvolver num processo, até que se converta em obrigação, ou se extinga por impossibilidade de subsistir. Sobretudo a esse vínculo pré-obrigacional se dá o nome de responsabilidade civil.

2 — Qual seja o fundamento real que se reconheça à responsabilidade civil, recomenda a localização da matéria numa parte geral do direito codificado — nos sistemas que adotam a técnica de parte geral — ou somente no setor especial das obrigações. Aqui, é realçado o aspecto patrimonial, reparatório, da responsabilidade civil — a um dano causado injustamente corresponde uma obrigação de reparar, pela sua simples qualificação de injusto; mesmo que se trate de dano moral, admite-se-lhe uma reparabilidade econômica, a título de compensação.¹ Na parte geral

1. AQUINO, S. Tomás de — *Summa Theologiae*, Ed. Biblioteca de Autores Cristianos, III, 3^o, Madri, ano MCMLXIII, pág. 397-398, articuli 1 e 2 à quaestio 62.

fica realçado o aspecto moral e social da causalidade danosa, aspecto pelo qual a responsabilidade civil, na fase pré-obrigacional, envolve a imputabilidade das pessoas.

3 — O Código Civil brasileiro operou a bifurcação, contrariando, nisso, o Projeto Primitivo, de CLÓVIS BEVILAQUA,² que tratava a causalidade danosa na parte especial, como fato ocasionador de obrigação reparatória ex-lege. Essa causalidade é um ilícito civil em sentido objetivo, e é matéria de fato; somente a idéia de justo ou injusto — na perspectiva do dano — a atrai para um confronto com os critérios do direito, ao passo que a imputabilidade é questão de direito, sendo a sua incidência fenomenológica de caráter pressuposicional para imputação. Uma das questões mais tormentosas da responsabilidade civil consiste em determinar se uma pessoa pode receber imputação objetiva, **ab-
exteriori**, sem que ela mesma seja subjetivamente imputável.

4 — Nos termos do art. 159 considera-se ato ilícito a violação do direito ou o ato causador de dano a alguém, por dolo ou culpa. No dolo existe intenção maliciosa, ao passo que a culpa pode consistir em simples negligência ou imprudência, ou imperícia. Dolo, em Direito civil, não admite graduação, sendo o máximo em antijuridicidade; ao passo que a culpa tem sido classificada em grave, leve e levíssima, e tendo essas espécies alguma significação, como se verá mais abaixo. Ao ato ou comportamento anti-social corresponde a responsabilidade, como uma reação social. Elevada essa reação a um plano teórico, assume proporções tão amplas quanto as dimensões do Direito. A responsabilidade é um dos institutos tendentes a sancionar a organização jurídica, um ponto de convergência de todos os ramos do Direito. Não estranha, também por isso, o seu tratamento na Parte Geral. A segunda parte do art. 159, fazendo remissão aos arts. 1.518 a 1.532, atende a particularidades da verificação da culpa e da reparação do dano.

2. Cfr. **Comentários ao Código Civil Brasileiro**, nº 1 ao art. 159, Ed. Paulo de Azevedo, 1959, pág. 343.

5 — De acordo com entendimento influente no Brasil, a culpa é relacionada com a preexistência de um dever jurídico ou de uma obrigação jurídica.³ O dever une as pessoas na sociedade; a obrigação une uma ou mais pessoas constituídas em partes opostas, de tal modo que uma deve a outra determinada prestação. A obrigação de prestação patrimonial nasce, mais comumente, de convenção. A obrigação convencional tem como sanção geral e indireta a responsabilidade civil. Fala-se em responsabilidade civil contratual, por inadimplemento da obrigação contratual, em contraposição a responsabilidade civil delitual, por desrespeito aos deveres impostos a todos. A diferenciação é exacerbada por alguns, ao passo que outros encontram no aspecto moral-social um elemento de unificação para os dois ramos da responsabilidade civil. No conhecido «*Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle*», os autores HENRI e LÉON MAZEAUD estudam unitariamente os dois ramos. Mas a sua noção de culpa não pressupõe a existência de dever ou obrigação, e sim de padrões abstratos de comportamento. A culpa quase-delitual, dizem eles, é o erro de conduta que não teria sido cometido por pessoa consciente, colocada nas mesmas circunstâncias externas do autor do dano.⁴ Antes da vigência do Código Civil brasileiro, MANUEL INÁCIO CARVALHO DE MENDONÇA já considerava o ilícito como insuscetível de pré-determinação, e sem caracteres absolutos, variando com as idéias morais relativas às relações sociais em cada época e em cada país; em suma, dizia ele, trata-se de uma questão de moral social.⁵ Tal concepção, todavia, adapta-se tão bem à doutrina que vincula a responsabilidade à preexistência de uma subordinação jurídica, quanto à lição contrária.

3. Cfr. AGUIAR DIAS, José — **Da Responsabilidade Civil**, vol. I, 4ª ed. Forense, 1960, nº 64, pág. 150.

4. MAZEAUD, T. I., 4e. éd., Lib. Sirey, 22, R. Souflot, Paris, 1947, págs. 420 a 422, nºs. 431 a 438.

5. **Doutrina e Prática das Obrigações**, T. II, 4ª ed. Forense, 1956, pág. 442.

6 — A inocorrência da prestação contratual por impossibilidade não-imputável ao devedor não gera responsabilidade, é claro. A esse respeito o Código Civil francês, nos arts. 1.147 e 1.148, fala apenas de causa estranha inimputável, como excusativa. Aqueles textos deram alento a uma idéia de garantia tácita nos contratos, chegando alguns a afirmar que a responsabilidade pelo descumprimento é efeito indireto da vontade contratual, um novo estado do vínculo principal, uma conversão da obrigação original em obrigação reparatória; sem que se deva destacar como fundamento a culpa no dever de diligência, transformando-se este em obrigação legal no contrato, com maior ou menor extensão, de acordo com a natureza do contrato. Tal a posição extrema do divisionismo.

7 — O Código Civil brasileiro prevê, expressamente, a culpa e o dolo, como fundamentos de responsabilidade por inadimplemento contratual (art. 1.057). Com tanto não exclui uma idéia de garantia, que é inerente à natureza de certas espécies contratuais; e, por outro lado, mantém a validade dos contratos nos casos de impossibilidade apenas relativa da prestação.⁶ Uma garantia de incolumidade pessoal é inserida, por exemplo, no contrato de transporte, a bem do passageiro. Diz-se, então, que se

6. Trata-se de princípio fundamental em Direito das Obrigações, à margem do qual se formou e desenvolveu, no sistema jurídico da Common Law, uma doutrina que inspirou interessante trabalho ao Prof. JOÃO BAPTISTA VILLELA, **Sanção por Inadimplemento Contratual Antecipado**, Gráfica da Faculdade de Direito - UFMG, 1966, Belo Horizonte. Segundo a doutrina do «Anticipatory Breach», se um dos contratantes revela, por atos ou palavras, sua intenção de não cumprir no tempo certo com a sua prestação, pode a outra parte haver este comportamento como inadimplemento contratual, para pedir, desde logo, indenização por perdas e danos, se não preferir manter o contrato, cumprindo as obrigações que o mesmo lhe impõe. Para os contratos bilaterais, o Cód. Civ. brasileiro, em seu art. 1.092, segunda parte, permite ao contratante que tiver obrigações a cumprir antes do outro, deixar de cumpri-las, mas não em face de simples manifestação de vontade de não-cumprimento, da outra parte, e sim somente no caso de efetiva diminuição no seu patrimônio, capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou.

contrata uma obrigação de resultado, de conduzir a pessoa, sã e salva, até o lugar previsto. Mas, na maioria dos casos, a natureza do contrato não implica senão uma obrigação de meios, a respeito da diligência a empregar na execução. Exige-se, em geral, uma diligência comum, enquanto para a obrigação de resultado impõe-se o máximo em diligência.

8 — Quanto mais intenso for o dever de diligência convertido em obrigação legal no contrato, menores devem ser as exigências na verificação da culpa, por inexecução. Logo se vê que a «culpa leve» e a «culpa levíssima» não são desprovidas de significação. O transportador — retomando o exemplo do item anterior — não é um garantidor sem limites, para todos e quaisquer acidentes que ocorram ao transportado, sem culpa deste: — a culpa levíssima, coincidindo com o fato danoso, de modo a compor, pelo menos em caráter provável, a causalidade, constitui-se em requisito mínimo de aplicação da regra de garantia; sem o que a ocorrência danosa seria devida a uma causa «estranha inimputável». Mas, as qualificações da culpa em leve e levíssima apresentam particular importância na concepção de uma responsabilidade por fato de outrem, como se vê nos itens 9 e 10, infra. As pessoas responsáveis por outrem são de diferentes classes, previstas nos arts. 1.521 e 1.522 do Código Civil; o art. 1.523, dando unidade a essa responsabilidade especial, estendeu-lhe a idéia de culpa. Nem por isso fica excluída a idéia de garantia em face de terceiros, como fundamento da responsabilidade, a respeito de determinadas pessoas. A adoção de dois fundamentos traz um problema de determinar qual deles é o principal, tendo o outro caráter secundário: — ora a culpa do responsável indireto será requerida como fator limitativo da regra de garantia, ora não passará de uma ficção com causa provável do dano, embora a sua existência e coincidência com a causa direta, no último caso, devam sempre ser pesquisadas pelo juiz, nos termos do art. 1.523. Destaca-se a responsabilidade dos comitentes pelos fatos danosos de seus prepostos, lesivos a terceiros, por ser a que maiores dificuldades oferece ao propósito unificacionista — expresso pelo art. 1.523 —; e a responsabilidade dos pais pelos fatos danosos dos filhos, fundamentada

— por um consenso doutrinário e jurisprudencial — em sua culpa própria, presumida.

9 — Quanto aos comitentes (e pessoas que se lhes assimilam), os autores MAZEAUD, propondo como fundamento jurídico-formal da responsabilidade uma regra de substituição, situam o fundamento real na análise do vínculo de preposição, revelando o preposto como prolongamento do comitente, mas não deixam de manifestar certa hesitação, ao rejeitarem outros fundamentos, o da culpa pessoal presumida e o do risco.⁷ Com efeito, aquela característica atribuída à pessoa que exerce atividade econômica em nome e por conta de outrem não parece suficiente para justificar a responsabilidade do explorador da atividade, uma vez que não se trata de representação em atos jurídicos. Se o fato danoso for totalmente isento de culpa não terá lugar a responsabilidade do comitente; mas, para que se considere provada a culpa do comitente, nos termos do art. 1.523, basta que a culpa do preposto seja «suficiente» como base de convicção nesse sentido; sendo o preposto uma extensão econômica do comitente, isto basta como justificativa para inadmitir-se prova contrária. No caso de não se poder considerar a atividade danosa do preposto como traduzindo culpa do comitente, a condenação deste pressupõe pesquisa direta de uma culpa sua própria, coincidindo com a atividade do preposto. A coincidência deve ser suficiente como base de convicção de causalidade; aqui também não é possível prova contrária, de não se compor a culpa com a causa material, por se tratar de culpa na organização mesma da atividade, e não só de culpa na supervisão mais ou menos direta dos atos do preposto, o causador direto do dano.⁸ A culpa «suficiente» do preposto pode ser uma culpa levíssima, que talvez não justificaria condená-lo em responsabilidade.⁹ Assim é que os tribunais deci-

7. MAZEAUD..., T. I, pág. 856, nº 934, 935.

8. A vinculação da culpa do preposto à organização da atividade é sustentada por PONTES DE MIRANDA e por AGUIAR DIAS: cfr. AGUIAR DIAS..., T. II, nº 192, pág. 581.

9. Uma lei francesa nº 68/5, de 1968, contendo reforma do direito dos incapazes maiores, introduziu no Cód. Civ. um artigo, nº 489-2, que diz: «celui qui a causé un dommage à autrui alors qu'il était sous l'empire

dem que a condenação do comitente não requer como condição seja o preposto condenado, até porque a última pode demandar o comitente, só com exclusão do preposto (nos casos de culpa apenas suficiente para a condenação do comitente, o recurso deste contra o preposto não será bem sucedido). A possibilidade e a necessidade de se pesquisar a culpa na organização referem-se especialmente a certos casos raros, como o de perda das faculdades mentais por enfermidade repentina: por tal fato só não se deve excluir **ex-ante** a responsabilidade; há de se pesquisar qualquer indício de culpa, mesmo levíssima, na atividade do preposto, com provável influência causal no último elo da atividade danosa. Muito menos se excluirá a responsabilidade, no caso de ser o comitente acometido de doença — quando for pessoa física — que o impossibilite de dar ordens ou instruções para a atividade do preposto. Haverá, por certo, casos em que a culpa do preposto seja apenas suficiente como requisito de aplicação da regra de garantia-substitutiva, ou como fator determinante dos riscos — imprevistos geradores de responsabilidade — da atividade. Nesses

d'un trouble mental, n'en est pas moins obligé à réparation». Nestes termos, a doença mental não basta, por si só, para isentar de responsabilidade civil o paciente; se se tratar de preposto, parece descabido condená-lo, embora tenha deixado algum indício de culpa levíssima, no encadeamento dos elos causais da atividade danosa; atividade que, em qualquer caso, justifica a condenação do comitente. Mas há hipóteses em que a qualificação da culpa do preposto como insuficiente para condená-lo deve ser de regra. Figure-se, primeiramente, o estado de necessidade criado por terceiro, forçando o preposto a realizar manobra de salvamento, em que ele veio a revelar falta de destreza, v. gr., praticando excesso: — o comitente que pagar a reparação pelos danos daí resultantes terá recurso contra o terceiro causador do estado de necessidade (Cód. Civ. bras., art. 1.520); será melhor sucedido nesse recurso do que se se voltasse contra o preposto. Por igual, não deve ser condenado o preposto, e sim somente o comitente, quando aquele, executando ordens e instruções deste, houver falhado em certos detalhes técnicos, em consequência de pouca clareza ou insuficiência na comunicação das ordens ou instruções. Essas hipóteses foram por nós tratadas em «A Responsabilidade Civil pelo Fato de Outrem nos Direitos Francês e Brasileiro» . . . págs. 211 a 215, ns. 240 a 245, e págs. 223-224, nº 262.

casos excepcionais é de se admitir, na sistemática do art. 1.523 do Código Civil, uma ficção de culpa; quiçá, a eqüidade terá lugar.

10 — A culpa dos pais é presumida em relação às obrigações legais de vigilância e educação dos filhos sujeitos ao pátrio-poder.¹⁰ Não é possível falar-se, nesse setor, de condenação do menor, a não ser que tenha alcançado a idade de dezesseis anos (art. 156 do Código Civil). A sua culpa é necessária, como condição fática; mas, segundo ensinam os autores MAZEAUD, não é necessário, sequer, seja a culpa do menor constatada, para servir de base à presunção de culpa dos pais (algumas vezes a constatação é ditada por circunstâncias que justificam uma apreciação mais severa do cumprimento das obrigações paternas de guarda e educação). Por outro lado, a própria noção de culpa à vista dos «padrões sociais» não exclui a culpabilidade dos menores. A questão assume gravidade a respeito de menor em tenra idade. É certo que todo delito moral deve-lhe ser excluído. Mas, se se considerar a culpa como fato humano anti-social, manifestação das forças internas próprias de um indivíduo, no lugar que ele ocupa na sociedade, comprometendo a organização social, não se vê por que não reconhecer ao «infans» a suscetibilidade de se lhe declarar uma culpa, quando suficiente para se manter a presunção contra o seu responsável indireto.

11 — Na prática, a declaração de culpa do menor, sem que se possa e queira dar-lhe caráter de imputação, não apresenta interesse. A imputação, em qualquer caso, abre caminho a uma

10. O exercício dos direitos e das obrigações inerentes ao pátrio-poder requer que os filhos morem na companhia dos pais. A essa condição de moradia comum ALVINO LIMA, em sua obra **A Responsabilidade Civil pelo Fato de Outrem**, 1973, denomina **co-habitação**, empregando essa palavra, e o verbo correspondente **co-habitar**, em número de vezes incontável, como fizera A. DANIEL DE MELO, em sua obra **A Responsabilidade Civil pelo Fato de Outrem nos Direitos Francês e Brasileiro**, 1972. A terminologia causou estranheza a alguns. Entretanto, ALVINO LIMA chega a falar de co-habitação do menor com seu comitente. Expressão semelhante, a respeito dos pais, é usada por AGUIAR DIAS, em sua obra **Da Responsabilidade, Civil**, T. II, 1960, pág. 572, nota 924.

divisão da obrigação **ex-responsabilitate**, não em face da vítima, é certo, mas em face, um do outro, dos agentes direto e indireto, em ação regressiva. Fazendo-se a imputação na ação principal — movida pela vítima, simultaneamente contra os agentes danosos direto ou indireto, ou contra este sucessivamente àquele —, adiantada fica a tarefa probatória do regresso. Isto vale dizer que a simples declaração de culpa sem imputação ao agente direto não exclui a possibilidade de ação regressiva, para o responsável indireto que pagar a reparação. Somente se exclui dessa possibilidade, nos termos do art. 1.524 do Código Civil, o ascendente que houver pago indenização por descendente.¹¹

12 — A existência de regras especiais fundamentais de responsabilidade por outrem suscita uma questão de sua concorrência com as regras do direito comum dessa disciplina. Sem dúvida, pode a vítima demandar ao mesmo tempo o agente direto imputável e seu responsável indireto. Mas, cabe indagar se lhe é possível, tendo fracassado na ação contra o primeiro, demandar o segundo. Um outro aspecto da concorrência decorre da natureza diversa das relações de responsabilidade: — um mesmo agente único, por um fato danoso único, pode incidir em responsabilidade civil e criminal. Pergunta-se, em tal ocorrência, se a vítima pode demandar civilmente o autor do dano, estando pendente a ação criminal; ou se, depois da sentença criminal absolutória pode, ainda, mover ou continuar a ação de responsabilidade civil. A resposta a essas questões requer que se distinga, em preliminar, entre concorrência de responsabilidades e uma faculdade dada à vítima para escolher um ou outro dos fundamentos legais possíveis para a sua ação.

11. A exclusão feita pelo art. 1.524, suscita uma questão, a saber se os herdeiros do responsável por outrem, ou os seus sucessores, podem trazer à sucessão mortis-causa o fato do pagamento da dívida de responsabilidade do descendente. A colação parece possível, e visaria a fazer a dívida reparatória recair sobre o autor direto do dano; o sucesso do recurso não incidirá, em princípio, na totalidade da reparação; cfr. **A Responsabilidade Civil pelo Fato de Outrem nos Direitos Francês e Brasileiro**, de A. DANIEL DE MELO, Ed. Forense, 1972, ns. 265, 148 e 149, págs. 225, 139 e 140.

13 — Se à vítima é dado optar, deve-se reconhecer **pari-passu**, ao juiz, uma possibilidade de substituir o fundamento por ela apresentado, quando achar que o mesmo não é aplicável ao caso, sendo outro aplicável. Em demanda conjunta contra responsáveis múltiplos, é preciso atentar para o conteúdo de uma disposição do Código de Processo Civil, estabelecendo que a revelia não justifica, por si só, presumir como verdadeiros os fatos alegados pelo demandante, quando haja contestação por parte de algum dos demandados (art. 320, I, com remissão expressa ao art. 319). A disposição se refere ao litisconsórcio necessário, dizem os processualistas, não se aplicando ao caso de responsáveis direto e indireto demandados conjuntamente por um mesmo fato danoso, já que o julgamento pode ser diverso para um e para outro, de conformidade com a idéia proposta, de uma culpa apenas suficiente para sustentar a presunção (ou ficção) contra o responsável indireto.¹² Quanto a demandar sucessivamente, em ação cível, os responsáveis direto e indireto, se se distinguir a culpa suficiente como base de convicção para se manter a presunção contra o segundo, embora insuficiente para se condenar o primeiro, é de se admitir a possibilidade, em teoria (na prática ocorre demandar, quase sempre, aquele que tem maiores possibilidades para pagar a reparação, de preferência ao outro). A solução tem importância teórica e prática nos casos de absolvição criminal do responsável direto. Finalmente, quando um agente único incide em responsabilidade criminal e civil, o não-reconhecimento de culpa no foro criminal não impede a vítima de mover ou de continuar a ação de responsabilidade civil.

12. O art. 320, I, do Código de Processo Civil tem sido interpretado restritivamente, por se tratar de uma exceção ao princípio estabelecido pelo art. 319, de veracidade dos fatos alegados pelo autor em caso de revelia. Neste sentido se manifesta o processualista JOSÉ JOAQUIM CALMON DE PASSOS, in **Comentários ao Código de Processo Civil**, vol. III, ao art. 320, I, págs. 364-365, concluindo: — o texto se restringe à impugnação de fato comum a todos os litisconsortes, ou comum ao réu atuante e ao revel litisconsorte; «relativamente aos demais fatos, a sanção do art. 319 incide».