

DEVER DE INDENIZAR

THE OBLIGATION TO INDEMNIFY CIVIL WRONGS IN TORT LAW

CLÓVIS DO COUTO E SILVA

Professor catedrático de Direito Civil da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS.

ÁREA DO DIREITO: Civil

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A responsabilidade por dolo. 3. Culpa. 4. Nexo causal. 5. Concausa de dano. 6. Divisão de responsabilidade. 7. Princípios que comandam as diferentes espécies de responsabilidade. 8. Restituição *in natura*. 9. Reparação em dinheiro. 10. Dívida de dinheiro e dívida de valor. 11. Dano moral. 12. Danos pessoais com reflexo no patrimônio. 13. Responsabilidade por fatos de outrem. 14. Caso fortuito e força maior. 15. Responsabilidade por risco. 16. Fundamento da responsabilidade objetiva.

1. INTRODUÇÃO

O¹ dever de indenizar surge como decorrência da necessidade de repartir os riscos na vida social. Importância diminuta haveria a feita de contratos ou lesões ao direito de propriedade se não fosse possível distribuírem-se os danos deles decorrentes. Como se cuida, porém, de composição de danos, o direito civil não pode cingir-se, como

-
1. Texto integrante da coletânea da obra de Clóvis do Couto e Silva, que foi organizada pela Professora Doutora Vera Maria Jacob de Fradera e previamente publicada sob a seguinte referência: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. Em razão de referida obra encontrar-se esgotada, a organizadora gentilmente disponibilizou o texto para a publicação na seção de Memória do Direito Civil da Revista de Direito Civil Contemporâneo. A estrutura do texto foi mantida de acordo com a publicação da coletânea e houve adequações mínimas de grafia à norma culta atual. O original não possui notas de rodapé. Por fim, manteve-se o formato de citação originalmente adotado pelo autor.

o direito penal apregoa, à falta de valor do próprio ato (daí a punição da tentativa), mas deve levar em consideração os efeitos que decorrem de uma atividade, ou ação. No dever de indenizar no direito civil, valoriza-se o fato e não seus autores, e nem também o efeito puro dos fatos (Esser, *Schuldrecht*, § 54, pág. 195, 1960). Que não se leva em conta o autor é verdade – que se verifica a todo momento: não basta a intenção deste, se boa ou má, nem a culpa, ainda que grosseira do agente, se não resultou algum dano. Não se levam em conta somente os efeitos do ato, uma vez que é necessário imputá-lo ao agente. A atividade deve encher o suporte fático abstrato previsto na lei e vincular o autor à censura. A responsabilidade pode ser por culpa ou dolo. Culposa é a atividade que enche a discriminação do art. 159 do Código Civil: “Aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”. Outros Códigos utilizam fórmulas com significado semelhante. O § 276 do BGB adota a seguinte: “O devedor tem, desde que diversamente não esteja disposto, de responder por dolo e culpa. Age culposamente quem desprezar os cuidados exigíveis no tráfico”.

Um dos aspectos que chama atenção com maior insistência, a respeito do problema da indenização, é o referente à caracterização da culpa. Em outros termos, até que ponto ou limite se há de ter uma determinada atividade, causadora de dano, como culposa. De longa data, prevalecia o sistema de divisão da culpa, em “lata”, “levis” e “levíssima”, de que decorriam conseqüências jurídicas diversas. Fora de dúvida que as culpas grave, ou média, ou leve, produzem conseqüências suscetíveis de serem reparadas por via da indenização. Se essas hipóteses apresentam-se com clareza que não comporta sequer a mínima divergência, o mesmo não há de suceder com o conceito de culpa levíssima. Culpa levíssima dizia-se ser peculiar atividade de quem não fosse diligentíssimo. Cuidava-se sempre de comparar a conduta concreta com a de um paradigma, para fazer, do resultado dessa comparação, fluir a responsabilidade, ou não, do autor. Esse método é de características nitidamente subjetivas. Considera-se, contudo, culposo o ato em que se manifestam os vícios aludidos no art. 159, excluindo-se, a nosso ver, a culpa levíssima. Esta, que se fundamenta em ficção, que se deduz depois que o ato se verificou, equipararia o sistema de nosso Código ao da responsabilidade sem culpa além do limite estreito do absolutamente necessário ao tráfico moderno. O princípio geral é assim, entre nós, o da responsabilidade por culpa. A culpa levíssima faria com que apenas fossem circunstâncias excludentes de responsabilidade o caso fortuito e a força maior, e todos os demais seriam, para o paradigma ideal e diligentíssimo, suscetíveis de previsão, de que resultaria a responsabilidade.

2. A RESPONSABILIDADE POR DOLO

A culpa, que é menos do que o dolo, já é suficiente para acarretar a responsabilidade. Todavia, em certos casos, somente o dolo é que poderá amparar o pedido de responsabilidade, por perdas e danos. Nosso Código Civil, no art. 157, exara o princípio de que

“nos contratos unilaterais, respondem por simples culpa o contraente a quem o contrato aproveite, e só por dolo aquele a quem não favoreça”. Alguns têm como denunciador de dolo apenas o ato cometido com o conhecimento da injuridicidade da ação (Esser, pág. 196). Na doutrina, há divergência no fato de ser necessário, ou não, que o efeito antijurídico tenha de ser querido pelo agente. Essa é a teoria dominante no direito penal. Para outros basta a previsão ou consciência do efeito (Palandt-Danckelmann, *Kommentar*, pág. 237, 1962). Para logo, exclui-se a necessidade de que o agente tenha o propósito ou mesmo desejado o efeito; tenha-o querido como *causa finalis*. Desde que para caracterizar o dolo, há necessidade de investigar a conduta dos figurantes, a primeira pergunta a respeito diz com a circunstância de influir, no tipo, a verificação de existência de “erro” na conduta do agente. Tem-se, como excludente de dolo, a existência de erro, ainda *error iuris* e mesmo inescusável. Todavia, se o erro disser com os efeitos jurídicos do ato, é irrelevante (Palandt-Danckelmann, 237).

3. CULPA

A culpa pode ser por ação ou omissão, desde que dessa atividade resulte dano. Tem-se, nas hipóteses de culpa, ao revés da de dolo, a circunstância de não participar da caracterização de seu tipo a vontade ou consciência da antijuridicidade do ato. As atividades humanas estão sujeitas a um arquétipo abstrato, em nosso direito, definido pelo art. 159, que exige que as pessoas não pratiquem ações com imprudência ou negligência. Tanto agir prudentemente, como não agir negligentemente, são cuidados exigíveis, de todos e de cada um, no tráfico jurídico. Vê-se, assim, que não difere, essencialmente, o disposto no § 276 do BGB do que se contém no art. 159 do Código Civil. A jurisprudência nacional, todavia, não cuida, em sua maioria, do exame propriamente casuístico, como exige o art. 159, pois fixou-se em *standards* que, no geral e, praticamente, pela admissão de hipóteses de “culpa levíssima”, equiparam o princípio da culpa ao do risco. Somente seriam excludentes o caso fortuito e a força maior. A jurisprudência germânica, ao contrário, palmilhou o rumo oposto e, com base no disposto no § 257, leva em consideração, para aferir a culpa, concepções existentes inclusive nos “pequenos círculos sociais”, onde se manifestou o evento danoso. Também, o tempo em que dito fato ocorreu é digno de conta. A exigência da conduta é, também, diversa com relação a grupos humanos desiguais, tendo-se em vista a profissão, o modo de vida e a formação. Contudo, não se leva em conta a personalidade de cada um, mas sua inclusão em determinado grupo (Palandt-Danckelmann, pág. 238).

4. NEXO CAUSAL

Um dos aspectos importantes para que decorra o dever de indenizar é o da verificação da relação de causa e efeito entre o evento danoso e o ato de alguém, ou ainda, ato-fato, que se vincule, por igual, a alguma pessoa.

O dever de indenizar nem sempre se refere à atividade de alguém, ou mesmo sua omissão, mas pode inclusive estar relacionado com modificações no mundo natural de que decorra vantagem em favor de um, correlacionado com perda em desfavor de outrem, como sucede, por exemplo, em se tratando de acessão.

Em matéria de responsabilidade, com fundamento em ato, temos de examinar o nexo de causalidade. K. Larenz (*Schuldrecht*, I, págs. 148 e segs, 1962) refere a hipótese de alguém haver sofrido um desastre em razão do qual se lhe tornou impossível fazer determinada viagem em certo dia. Mais tarde, curado, tomou outro avião, vindo este último a cair, falecendo o viajante. Nessa situação, com desconhecimento de maiores detalhes a respeito dos princípios que governam o problema da responsabilidade, poder-se-ia, talvez, admitir a culpa do causador do primeiro acidente. Tal solução não encontra abrigo, em razão da necessidade de que a causalidade seja adequada. Esse princípio tem específico significado jurídico e se não confunde com o conceito meramente popular de adequação, dentro do qual, no sentir de alguns, talvez fosse possível inserir o fato que estamos analisando. Contudo, o que se deve entender por causalidade adequada é coisa diversa. Tem-se como tal quando o fato ainda que distante, em geral e não em circunstâncias especiosas, totalmente inverossímeis e que no curso normal das coisas não devem ser consideradas, tenha sido adequado ao surgimento de determinado efeito (pág. 148). Vê-se assim não caber no conceito o fato de alguém ter-se acidentado e por essa razão feito viagem em avião que não pretendia utilizar. Todavia, para o exame do conceito de causalidade adequada é indício o tempo em que ocorre o fato e o em que se verifica o evento. Mas, a distância, se maior ou menor, para fundamentar a adequação, não é propriamente a temporal, mas a lógica. O nexo de causa e efeito é o aspecto lógico de verificação de causação do dano. Assim, não é o tempo propriamente que revela a responsabilidade pela causação do dano, mas proximidade lógica. Fatos ocorridos há muito tempo podem determinar certo evento danoso, estando mais próximos logicamente do que outros, realizados pouco antes do acontecimento (Esser, pág. 234). São portanto, adequados. A questão da causalidade, antes de interessar ao direito, foi objeto de profundo estudo relativo à teoria das ciências e em particular foi examinado nas Ciências Naturais. Em realidade, quem primeiro mencionou o conceito de causalidade adequada foi o fisiólogo J.V. Kries (1888). Outras teorias surgiram, sendo a principal a teoria da condição ou da equivalência, que se define desse modo: causa é toda condição que contribuiu para o efeito. Seu campo de aplicação foi e tem sido, sobretudo, o direito penal, mas vige também no direito civil. Como podem ser harmonizadas essas diferentes teorias? O problema da causalidade adequada deve ser proposto apenas quando se verificou a causalidade no sentido da teoria das condições ou da equivalência.

Aludiu-se que é necessário que o fato em geral possa ser causador do dano. A valorização, porém, não é subjetiva. Não pode ser respondida em abstrato, mas em face da situação concreta (Esser, pág. 239). Se alguém lançou uma pedra contra outrem, atingindo-o, temos o problema. Lançar uma pedra contra outrem pode acarretar-lhe a morte.

Dependerá da força, do lugar, das condições físicas de quem a recebeu. A primeira parte do enunciado no exemplo revela a adequação geral, em outras palavras, a possibilidade do evento danoso. Se alguém morreu logo após receber a batida, temos a presunção de que esta foi a causa, ou pelo menos, concausa. Mas, poderia também não significar elemento capaz de gerar a morte e, nessa hipótese, estaria excluída a participação de quem a lançou no nexo de causalidade. Ainda que a pedra e a força com que foi enviada pudessem causar a morte (condição geral), é necessário examinar o caso concreto para ver se o evento sucedeu em decorrência do impacto. Seria pensável a hipótese em que alguém expele o objeto, ao mesmo tempo, que outro, de longa distância, o fulmina com certo tiro. Não se perguntará, portanto, se, em geral, o golpe sofrido poderia acarretar morte; mas, se em concreto a morte seria resultado do impacto sofrido (Esser, pág. 239). Por igual, corre à conta do agente a circunstância de ser débil, física ou organicamente, a vítima. O estar lesionado, ou ferido, por outro agente, não exclui a participação do autor do segundo golpe. O necessário, para colhê-lo nas malhas do nexo de causalidade, é que seu ato possa, em geral, ocasionar o evento. Em segundo momento, verificar-se-á se foi causa ou concausa, *in concreto*, ou se não contribuiu para o acontecimento.

5. CONCAUSA DE DANO

Por vezes, o resultado danoso é produto de participação de mais de uma pessoa. Nessa hipótese, diz-se que houve concausa de dano, e o dever de reparar atinge aos que participaram ou concorreram para o acontecimento. Os responsáveis são co-autores, porque houve concausas, e não uma causa só, ou pluralidade de causas para resultados diferentes, que deram ensejo ao dano. Os concausadores ou são instigadores ou cúmplices, ou causadores, sem ligação, do mesmo dano que, nenhum deles, sozinho, poderia determinar (Pontes de Miranda, *Tratado*, v. 22, pág. 192).

É, aliás, o que está expresso no art. 1.518 e parágrafo único do Código Civil: “Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e se tiver mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação”. E, no parágrafo único afirma-se: “São solidariamente responsáveis com os autores os cúmplices e as pessoas enumeradas no art. 1.521”. No art. 1.521 mencionam-se outras pessoas, tais como o pai a respeito dos atos dos filhos menores, que estiverem sob sua guarda; o tutor, pelo pupilo; o curador, pelo curatelado; o patrão, amo ou comitente, em relação a seus empregados ou serviçais, e os que gratuitamente houverem participado no produto do crime, até a respectiva quantia.

Nosso Código, nos artigos antes mencionados, afora a responsabilidade de pessoas que não participaram diretamente, como as previstas no art. 1.521, na causação do dano, alude a autores e cúmplices. Quanto aos autores, dúvida alguma existirá em que eles devam responder. O mesmo afirma-se a respeito dos cúmplices, isto é, daqueles

que participaram do evento sem serem propriamente autores. Na autoria, inclui-se também não só a material como a intelectual. Pouco importa quanto à cumplicidade que ele tenha existido desde o início, ou que tenha se manifestado em algum momento posterior ao início das atividades delituosas, mas é necessário que se tenha verificado antes do dano. Nosso Código Civil não distinguiu quanto aos autores e nem a respeito dos tipos ou momentos em que se verificar a cumplicidade. A própria participação no produto do crime, ainda que gratuitamente, pode gerar responsabilidade, embora atenuada (art. 1.521, inc. V). Essa participação aqui prevista há de se diferenciar de qualquer hipótese de autoria ou de cumplicidade, sob pena de incidir, ao invés do aludido inc. V do art. 1.518 e seu parágrafo único. Problema interessante a resolver, à vista do disposto nesses artigos, é o pertinente à pluralidade de atividades, cada uma delas, insuficiente para causar o dano, mas que todas em conjunto o são. Se for a hipótese de agentes isolados, sem revelar, portanto, cumplicidade ou co-autoria, em atos tendentes cada um deles em deflagrar o resultado final, hipótese em que haverá procedimento doloso, não haverá concausa, pois que cada um responderá pelos danos que, de modo independente, causou. Há concausas quando cada uma delas separadamente não produziria o dano, mas todas em conjunto são adequadas à sua produção (Pontes de Miranda, *Tratado*, v. 22, pág. 192).

6. DIVISÃO DE RESPONSABILIDADE

Responsabilidade contratual e extracontratual: Tradicionalmente, a responsabilidade é tomada sob duplo ângulo – a contratual e a extracontratual ou aquiliana. Denomina-se contratual, quando a responsabilidade emerge por descumprimento de dever que tem seu fundamento em negócio jurídico. Extracontratual é a responsabilidade derivada de atividade que fere dever que não tem em seu fundamento em negócio jurídico, mas na própria lei.

Quem não envia mercadoria a que estava contratualmente obrigado a fazer, descumpra obrigação, e a responsabilidade é de natureza contratual. Os autores germânicos denominam a essa possibilidade de “quebra positiva de contrato”. Aquele que por imprudência violar o direito de propriedade de alguém, como por exemplo pode suceder com o condutor de um veículo que, por imperícia, fá-lo bater contra uma casa, não viola dever contratual algum, pois não existe negócio jurídico entre o dono do automóvel e o proprietário da casa. A hipótese é de culpa extracontratual.

Alguns autores enxergam substancial divergência entre o fundamento da responsabilidade, se contratual ou extracontratual, pois afirmam que a doutrina moderna, ao contrário do que apregoa a tradicional, marcha para a unidade da culpa; e que ambas as espécies, contratual e extracontratual, revelam a mesma idéia ética. Os autores franceses distinguem, ainda, no pertinente à culpa extracontratual, certas hipóteses denominadas por eles de responsabilidade pré-contratual. A divergência de terminologia

revelaria, entretanto, conseqüências diferentes em ambas as hipóteses de culpa extracontratual. A responsabilidade pré-contratual diria respeito às situações ocorrentes na ocasião de contratar, ao tempo das discussões, punctuações e tratativas, de que deveria decorrer a feitura definitiva de um contrato. As conseqüências jurídicas resultantes das atividades pré-contratuais se assemelhariam às dos contratos, ao invés das que fluem do gênero a que pertencem: responsabilidades extracontratuais.

Os autores germânicos sustentam, nessa hipótese, existir *culpa in contrahendo*, conforme terminologia da lavra de Jhering. Outros, mais modernos, têm como suporte fático para incidência desses deveres que promanam do princípio da boa-fé, em se tratando de atividades prévias ao contrato, o contato social. Assim esquematizando o problema, a solução deve atender a certas particularidades. Existem diferenças ontológicas quanto aos deveres que promanam de um negócio jurídico e os necessários ao tráfico social. Os que têm por fundamento um ato jurídico são deveres concretos dirigidos a determinadas pessoas. O fundamento da responsabilidade contratual tem seu ponto de gravidade no descumprimento desses deveres concretos. A responsabilidade pré-contratual a seu turno constitui-se, também, em descumprimento de deveres genéricos que não guardam paridade, nesse ponto essencial, com os emergentes de um contrato. A possibilidade de confusão é a que muitos desses deveres genéricos, afora a circunstância de se dirigirem a todos indistintamente, guardam semelhança com os deveres, que têm como fonte uma relação negocial. Temos assim deveres gerais, de vigilância, guarda, ou proteção, que são também encontrados em figuras contratuais determinadas. O depositário, e.g., tem deveres de guarda relativamente ao objeto do depósito. O condutor de um veículo tem, por igual, dever de vigilância relativamente ao objeto que comanda e orienta. Mas, diferenciam-se ambos os deveres porque o primeiro é de natureza concreta, em favor do outro contratante, e o segundo, meramente genérica, em face da coletividade. Tem-se o dever do depositário como real, e o do condutor do veículo como suposto. Verifica-se a existência desse último depois de efetivado o acontecimento. Houve colisão; teria o autor agido com imprudência? Então vai-se verificar se ele estaria em ação dentro dos requisitos regulamentares. O fundamento da responsabilidade extracontratual é sempre a lei. Cuida-se de descumprimento de deveres *ex lege*. O da responsabilidade contratual, ao contrário, é sempre negócio jurídico.

7. PRINCÍPIOS QUE COMANDAM AS DIFERENTES ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE

Existem alguns princípios que são comuns a ambas as espécies de responsabilidade. No art. 1.060, formula-se o axioma de que “ainda que a inexecução derive de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato”. O princípio aqui fixado diz respeito tanto à culpa contratual, quanto à extracontratual. É necessário que os prejuízos que fazem parte e integram o

conceito de indenização sejam decorrência direta e imediata da inexecução. Com o termo inexecução procurou o legislador inscrever a norma como endereçada somente à responsabilidade contratual. Contudo, o princípio que o Código revela em matéria de inexecução contratual cobre em realidade âmbito muito maior, pois diz respeito às indenizações em geral. Todavia, a obrigação de dar coisa certa, desde que não cumprida, dá margem a que possa o prejudicado formular o pedido de perdas e danos, para haver o interesse positivo, expresso no art. 1.059: “Salvo as exceções previstas neste Código, as perdas e danos devidas ao credor, abrangem além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”. Na culpa extracontratual, nem sempre se poderá aplicar o referido dispositivo. Em se tratando de responsabilidade pré-contratual, somente deverá prestar em favor do prejudicado o interesse negativo, isto é, o que efetivamente perdeu ou gastou, na confiança da realização do negócio, e não o que deixou de lucrar.

8. RESTITUIÇÃO *IN NATURA*

O importante, porém, para compreender o sistema sobre que se fundamenta responsabilidade civil não é tanto, ou somente, o fundamento, se contratual ou extracontratual, mas o objeto que sofreu o dano: se tinha, ou não, caráter patrimonial; se foi a destruição de um bem ou a cessação de um negócio; se foi descumprimento de uma obrigação de prestar em dinheiro ou se do ato ilícito resultou a perda de determinada quantia. É preciso, portanto, verificar, no que respeita à indenização, o princípio matriz. As alternativas, que a esse respeito se abrem ao hermeneuta, são duas. Em princípio, poderá haver o axioma da restituição em natureza ou a transformação em perdas e danos apuráveis em dinheiro, na hipótese do desaparecimento do bem. Em segundo momento, depois de assentado qual dos dois princípios vige, tirar as conseqüências.

E matéria contratual não vigora, apesar de autorizadas manifestações em sentido contrário, o princípio da restituição *in natura*. É, aliás, o que se contém no art. 865, do Código Civil e no art. 863. No art. 863, dá-se ao credor a faculdade de recusar, em se tratando de obrigação de dar coisa certa, a oferta de outra, ainda que mais valiosa. E no art. 865, *in fine*, afirma-se que, na hipótese de não se poder adimplir, por haver-se perdido a coisa (perdido tem, aqui, o significado de desaparecimento do objeto, da *res*), por culpa do devedor, deverá este responder pelo equivalente, mais perdas e danos. Como a espécie é de prestar coisa certa, tem-se que o equivalente, a que alude o artigo mencionado, há de referir-se ao valor da coisa em dinheiro. Não se vislumbra, assim, em matéria contratual, seja o princípio básico e o da restituição *in natura*, quando se tratar de obrigação de dar ou restituir, sempre coisa certa. No BGB, em matéria de perdas e danos, referente ao conteúdo da relação jurídica e cujos princípios vigem em todo o direito, estatuiu-se, no § 249, a regra fundamental: “quem estiver obrigado a prestar perdas e danos, tem de repor o estado, que existiria, se não tivesse sucedido o fato que obriga a indenizar”. E deu-se na parte final do § 249 ao credor a *facultas alternativa* de exigir, ao invés da reposição, o pagamento em dinheiro das perdas e danos. Tal princípio deveria

estar expresso nos arts. 1.059 a 1.061 que lançam os princípios gerais em matéria de perdas e danos. Certo nosso Código, modo similar a outros, regular em capítulo especial, as obrigações decorrentes dos atos ilícitos (arts. 1.518 e segs.).

No art. 1.541 exara-se o princípio de que “havendo usurpação, ou esbulho do alheio, a indenização consistirá em se restituir a coisa, mais o valor de suas deteriorações, ou falando ela, em se embolsar o seu equivalente ao prejudicado”. No art. 1.543 define-se o que seja equivalente, dando-se o critério de aferição: “Para se restituir o equivalente, quando não exista a própria coisa, estimar-se-á ela pelo seu preço ordinário e pelo de afeição, contando que este não se avante àquele”. Do exposto, pode-se deduzir que não temos princípios semelhantes ao do § 249 do BGB, segundo o qual a indenização se dirige, em primeiro lugar, à restituição *in natura*, pois sempre que se alude ao pagamento do equivalente a perdas e danos, não se cuida propriamente de restituição *in natura*.

Com base no § 249, alude Esser à circunstância de que, no direito germânico, a reparação pode suceder através da reposição do bem lesado ou indenização pela deterioração não reparável através da aludida restituição. Denomina-se à primeira das possibilidades de reposição natural e à segunda de indenização em dinheiro (§ 48, pág. 162).

No § 252 do BGB encontra-se o seguinte princípio: Desde que a reposição seja impossível ou insuficiente para indenizar o credor, tem o obrigado de reparar seus danos em dinheiro. Pontes de Miranda, quanto ao direito brasileiro, tem como princípio fundamental o da reposição *in natura* com âmbito igual ao previsto nos §§ 249 e 251 do BGB: Para a reposição ou restabelecimento do estado anterior, com os mesmos elementos ou elementos equivalentes, o princípio primeiro é o da reposição natural (*Tratado*, v. 22, § 224). Seria, aliás, curial que nosso Código houvesse adotado os princípios constantes no Código Civil alemão. Cuida-se, porém, de saber em que hipótese poderá surgir o dever de repor. Parece-nos que o mesmo não tem em nosso direito a amplitude que se encontra no BGB. Já mencionamos que, em matéria de impossibilidade (art. 863), não se contém o princípio, sucedendo o mesmo na hipótese de esbulho (arts. 1.541 e 1.543). Por igual, se o obrigado houver procedido a reparação a seu alvedrio, de modo a restaurar a coisa em seu primitivo estado, não terá o credor interesse para exigir as perdas e danos, pelo menos na parte relacionada com a aludida reposição. Seria aliás ir contra a boa-fé, abuso de direito, que não poderia ser objeto de acolhimento. Não haveria, por outro lado, o interesse em agir a que alude o Código de Processo Civil, em seu art. 2º. Mas, não é essa situação pré-figurada. Não se pretende analisar qual a consequência jurídica emergente do fato de haver o devedor reposto as coisas no seu estado anterior, porém examinar se tem o credor a pretensão e ação contra o devedor para exigir a restituição *in natura* caso este não deseje efetivá-la. Eis o problema. Apenas em uma hipótese parece existir tal possibilidade. É a que trata dos efeitos da anulação.

No art. 158 do Código Civil tem-se os efeitos da anulação, cuja sentença é constitutiva negativa: Anulado o ato, restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam e não sendo possível restituí-las, serão indenizadas com o equivalente.

Temos, no artigo, a regra restituição *in natura*, que não foi formulada com o caráter geral dos parágrafos antes mencionados do BGB. Dirige-se, assim, e somente, às hipóteses de anulação dos atos jurídicos e diz respeito às conseqüências jurídicas decorrentes da desconstituição, por invalidade. Não se pode pretender o caráter de generalidade para o princípio que o art. 158 exara.

Seria lógico e atenderia melhor ao estado atual da dogmática que a restituição fosse havida como axioma fundamental, de molde a irradiar-se por todos o direito civil, como faculdade do lesado. Mas, entre nós, tal não sucedeu. O sistema de nosso Código não acolheu, com amplitude, o princípio da restituição *in natura*.

9. REPARAÇÃO EM DINHEIRO

O art. 1.509 do Código Civil formula princípio a ser aplicado às perdas e danos: “Salvo as exceções previstas neste Código de modo expresso, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”. Temos expresso neste artigo a fórmula clássica a respeito das indenizações: reparação do *damnum emergens* e do *lucrum cessans*. Como dano emergente do ato delituoso está a satisfação do prejuízo que alguém efetivamente sofreu; como lucro cessante, o que o prejudicado deixou razoavelmente de lucrar. Se dúvida alguma há no caracterizar o âmbito do que seja dano emergente, a mesma ausência de dificuldades não se contém no pertinente ao conceito de lucro cessante. Os lucros cessantes que se indenizam estão adstritos ao critério de razoabilidade. O art. 1.060 completa o enunciado do art. 1.059, com a afirmação: Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela, direto e imediato.

No direito alemão, a indenização em dinheiro abrangerá, além do dano emergente (§ 251), também o lucro cessante (§ 252), o que aliás sucede em quase todas as legislações. O § 252 do BGB tem a seguinte redação: “Os danos a serem indenizados abrangem também o lucro cessante. Como lucro cessante tem-se o que, na conformidade do curso normal das coisas ou em virtude de circunstâncias especiais, como medidas e providências tomadas, podia, com probabilidade, ser esperado.”

A definição legal do que se deva ter como lucro cessante é de fundamental importância, porque fixa o limite ou âmbito a que deve obedecer a reparação. Em princípio, vige o axioma de que a reparação é total, pois que as perdas e danos devem, na realidade, cobrir todo o prejuízo sofrido por alguém. Por isso, alguns autores afirmam que a indenização é sempre a maior possível. Para logo, torna-se evidente o sentido do artigo e, mais do que o sentido, sua importância, quando se atenta que a regra exposta nos arts. 1.059 e 1.060 dá a medida do que se pode exigir a título de indenização. Nosso Código Civil, com redação melhor do que o § 252 do BGB, que foi objeto de críticas, pois não definiu perfeitamente o que fosse lucro cessante (Palandt-Danckelmann, § 252, pág. 206), fixou dois princípios a serem observados: 1º, o critério do que alguém razoavelmente deixou

de lucrar (art. 1.059, *in fine*); 2º, os lucros cessantes só incluem os efeitos diretos e imediatos da inexecução (art. 1.060, *in fine*).

Em rigor de sistema, a indenização do lucro cessante, bem como a do dano emergente, flui, de modo direto, do princípio da reposição, *in natura* (Palandt-Danckelmann, § 252, pág. 206). Nosso Código, todavia, acompanhou o sistema do Código Napoleônico e não admitiu senão em escassa medida a aludida regra. Ficou, assim, com o defeito que apontamos. No que diz com os lucros cessantes, já ao tempo dos glosadores e comentaristas, havia discussões intermináveis, atentos os juristas de então às manifestações de usura. Assim o lucro do lucro, o *fructus fructum*, o *fructus usurae* era proibido nas reivindicações, embora admitido, ou afirmado, na hipótese de *hereditas petitio*. (H. Lange, *Schadensersatz und Privatstrafe in der mittelalterlichen Rechtstheorie*, pág. 39, 1955).

O critério de que se deve prestar “o que razoavelmente deixou de lucrar” (art. 1.059) provém de certas Glosas (*Glossa Faciant* ao D. 47, 2, 28; *Facturus esset* ao D. 47, 2, 72, 1; *Poena vel damno* ao D. 4, 6, 18; *Lucretus non sit*, D. 4, 6, 27. H. Lange, pág. 40). A discussão era proposta com base no *Corpus Iuris*. Bartolo convenceu-se de que não era possível obter uma solução unitária e procurou dividir e subdividir as causas de que proviria o dever de indenizar. Tenta, então fundamentar, de novo, a antiga distinção entre causa próxima e remota e depois a existente entre o *lucrum contigens circa ipsam rem* e *ex re ipsa*. No direito moderno, procuraram-se critérios para verificação do que se deve haver como lucro cessante.

Nosso Código, ao fixar o princípio da razoabilidade do que se deixou de lucrar, remeteu a um exame casuístico, onde o aplicador deverá concretizar a “cláusula de razoabilidade” atendendo às circunstâncias concretas.

Os efeitos da inexecução não podem, por igual, ser outros que não os diretos e imediatos. Com isso, circunscreveu-se a possibilidade de pretenderem-se danos que não se relacionem diretamente com o evento. As situações que se indenizam são as que já se constituíram à época em que se deu o evento. Assim, se alguém teve seu automóvel destruído, antes de competir, não pode almejar, como lucro cessante, o prêmio que poderia, ou mesmo, em certa circunstância, estaria quase obtido. Todavia, se ele já fosse detentor de um prêmio, condicionado apenas à participação no certame, sua impossibilidade de comparecer, em virtude daquele evento, determinará como consequência direta ou imediata a perda do mesmo, constituindo-se, na hipótese, um lucro cessante. O lucro cessante incluiu-se entre os danos imediatos. Todavia, a primeira dúvida é a de saber se reparáveis são somente os danos decorrentes de situações já formadas ou em adiantamento de formação ao tempo em que se manifestou o evento. No direito germânico houve dúvida a esse respeito, em face da redação da alínea 2ª do § 251. Cuida-se sempre de exame concreto. K. Larenz é de opinião favorável, em face do direito germânico, a dar maior elasticidade, abrangendo situações ainda não existentes à data do evento (I, § 14, págs. 156/157). Encontra-se, em nosso Código, a fórmula da probabilidade no

parágrafo único do art. 1.059: “o devedor, porém, que não pagou no tempo e forma devidos só responde pelos lucros que foram, ou podiam, ser previstos na data da obrigação”. Esse princípio endereça-se à responsabilidade contratual. Todavia, incluiu-se regra limitativa a respeito da previsibilidade do dano. O exame comparado dos dispositivos leva, assim, à conclusão de que nosso Código procurou limitar, evitando abusos de aplicação, a extensão do que deveria ser indenizado, exigindo o critério de razoabilidade, de previsibilidade no momento em que ocorreu o evento, sem levar, portanto, em conta situações posteriores, e exigiu que os danos fossem efeitos diretos e imediatos da inexecução, regras estas aplicáveis às indenizações em geral.

10. DÍVIDA DE DINHEIRO E DÍVIDA DE VALOR

Um dos aspectos fundamentais, que caracterizam as indenizações, é o de que as quantias que satisfazem o prejuízo são dívidas de valor. Por esse motivo, devem ser reajustadas ao tempo da solução, de modo a abranger, seu quantitativo, os déficits de inflação. Em matéria de direito contratual, surgem, também, as aludidas dívidas de valor. O art. 1.061 do Código Civil determina que as perdas e danos, as obrigações de pagamento em dinheiro, consistem nos juros de mora e custas, sem prejuízo da pena convencional.

Esse dispositivo tem sua aplicação quando a prestação principal do negócio jurídico for de dinheiro. Nas hipóteses em que o dinheiro é mero elemento conversor de valor de certa coisa, já não se trata propriamente de dívida de prestar em dinheiro e não incide o art. 1.061. Cuida-se, na hipótese, de dívida de valor. Nas dívidas de valor tem-se em conta a depreciação da moeda. Examina-se seu “poder latente de compra” para verificar se o mesmo diminui, ou não, suas virtualidades. Na hipótese de haver sucedido perda de seu poder de compra, essa diminuição corre por conta do devedor, que deverá prestar acrescida quantia. As moedas de todos os países estão sujeitas ao princípio do nominalismo que é, aliás, de ordem pública. Assim, o valor das moedas oscila, e os preços das utilidades se vão, aos poucos, adaptando a essas vicissitudes. A perda de substância do dinheiro tem de ser posta pelo devedor, pois que, sem isso, não haveria reparação, quando se cuidar de indenização, ou aquelas dívidas, emergentes de contrato, cuja prestação principal não seja em dinheiro.

11. DANO MORAL

As diferentes espécies de indenização que estamos versando dizem respeito a danos de caráter patrimonial. Um dos problemas mais discutidos na atualidade é o da possibilidade de reparação de danos não-patrimoniais.

Algumas legislações admitiram expressamente tal tipo de indenização. Nosso Código, contudo, silenciou a respeito. Mesmo nas legislações que admitem a indenizabilidade do dano moral, somente a dor moral não autoriza reparação. O BGB, no § 253,

formula o princípio de que “por motivo de algum dano, que não seja patrimonial, somente se pode exigir indenização em casos especificamente determinados em lei”. No § 847 expõe-se regra referente a certas hipóteses: No caso de lesão do corpo ou da saúde, como nas hipóteses de prisão em cárcere privado, pode o lesado exigir reparação e dinheiro, em razão de danos, ainda que não-patrimoniais”. Nosso Código admite indenização de danos que não têm caráter patrimonial somente nas hipóteses expressamente normadas. Não são indenizáveis, portanto, o puro e simples dano moral. Contudo, nosso Código admite a reparação em certos casos especificamente normados. O art. 1.547 determina que a indenização por injúria ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido. E no parágrafo único diz-se que “se este não puder provar prejuízo material, pagar-lhe-á o ofensor o dobro da multa no grau máximo da pena criminal respectiva”. No art. 1.548, deu-se à mulher agravada em sua honra o direito a exigir do ofensor, se este não quiser ou não puder reparar o mal pelo casamento, um dote correspondente à sua própria condição e estado. As hipóteses em que se concretiza a aludida pretensão são expressas nos incisos do mesmo artigo:

- I – Se virgem e menor, for deflorada;
- II – Se, mulher honesta, for violentada ou aterrada, por ameaça;
- III – Se for seduzida com promessa de casamento;
- IV – Se for raptada.

Nos demais crimes, di-lo o art. 1.549, de violência sexual ou ultraje do pudor, arbitrar-se-á judicialmente a indenização. A reparação prevista nestes artigos não tem, entretanto, o caráter de pena ou de punição, como ocorre nos sistemas da *Common Law* com as *exemplary damages*.

A própria pretensão em razão de defloramento (em princípio *duet et dota* e posteriormente *due aut dota*) é também mera reparação e não tem caráter de punição (Esser, § 49, pág. 175).

Em razão de certos ferimentos podem resultar deformidades ou aleijões que prejudiquem a pessoa quanto à sua capacidade laborativa e/ou diminuam no referente às suas possibilidades de convívio social. Se da ofensa resultar ferimento ou lesão, que impossibilite a pessoa do poder de trabalhar, a indenização não dirá respeito a dano moral e estará sujeita ao disposto no art. 1.538 e, em certos casos, à legislação específica, se o acidente houver sucedido em trabalho. Se o ofendido for mulher solteira, ou viúva, ainda capaz de casar, surge o problema. O § 2º do art. 1.538 prevê indenização, que é devida não só quanto às ofensas físicas (ferimentos), mas também quanto às que alteram a saúde (art. 1.538), em seu mais amplo sentido, somático e psíquico. De uma ofensa pode resultar neurose ou mesmo psicose. Essa conclusão, no direito germânico, está amparada pelo § 847, com âmbito semelhante ao do art. 1.538. A neurose pode impedir a pessoa de exercer seus afazeres normais e pode prejudicá-la, até em definitivo, quanto

ao seu relacionamento. Se for pessoa solteira, ou viúva, capaz de casar, tal disfunção repercutirá de modo igual, ou mais gravemente ainda, do que mera deformidade. Nessa hipótese, atenta a gravidade e a permanência altamente previsível do mal, é de se aplicar o § 2º do art. 1.538.

É preciso, porém, que se trate de neurose ou psicose, que não se confunda com as denominadas “neuroses de renda” ou o desejo consciente ou inconsciente de haver indenização. Em tal hipótese, não cabe a indenização antes aludida (Esser, § 49, pág. 176).

Além dessas hipóteses de indenização de ofensas sem conteúdo diretamente patrimonial, ou mesmo indiretamente, incluiu nosso Código o dever de reparar, que cabe àqueles que ofendam a liberdade de uma pessoa. Tal ofensa à liberdade pode suceder, por reclusão em cárcere privado; por prisão em razão de queixa ou denúncia falsa ou de má-fé; e, finalmente, por prisão ilegal, ou não amparada em lei (art. 1.551, itens I, II e III). Na última hipótese, de prisão ilegal, responde a autoridade que ordenou a prisão.

12. DANOS PESSOAIS COM REFLEXO NO PATRIMÔNIO

Entre esses danos estariam os causados pela perda da liberdade, a que já aludimos. Além desses, têm-se, como incluídos em seu número, os casos em que em virtude de ofensa resulte a morte ou deformidade ou ainda doença. A mais importante das hipóteses de dano é a que resulta do homicídio. Nosso Código estabeleceu dupla ordem de reparação para o caso: satisfação do que foi gasto com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto de família (art. 1.537, I); e prestação de alimentos à pessoa a quem o defunto os devia (art. 1.537, II).

Procurou-se, portanto, amparar a família, devendo o ofensor prestar os alimentos devidos. Coube à jurisprudência estabelecer o critério a respeito. Quanto aos alimentos, é necessário ter-se presente quanto percebia o defunto e qual o número de seus dependentes. Calcula-se, também, o limite de vida provável do ofendido, tendo-se, entre nós, a idade de 65 anos. Descontam-se do montante por ele percebido suas despesas pessoais, calculadas, estas, em cerca de 30% de sua renda mensal. Tem-se como pessoas as quais se devem prestar alimentos os filhos menores de 21 anos, masculinos ou femininos, desde que não emancipados. A dívida de prestar alimentos é cláusula *rebus sic stantibus*, de modo que no processo de sua fixação, leva-se em conta a desvalorização da moeda. O padrão de vida, a que estava acostumada a família, por se tratar de dívida sujeita à cláusula *rebus sic stantibus*, é também objeto de ponderação. No conceito de que a indenização deve ser, quanto possível, reparação total, há de deduzir-se que o pagamento dos alimentos deve atender à condição social dos beneficiários.

No caso de ferimento, di-lo o art. 1.538, ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas de tratamento e lucros cessantes até o fim da convalescença, além de lhe pagar a importância da multa no grau médio da pena criminal

correspondente. Esta soma, nos termos do § 1º do aludido artigo, será duplicada se do ferimento resultar aleijão ou deformidade.

É possível, porém, que do ferimento tenha resultado diminuição de capacidade de trabalho do ofendido. Submetido a tratamento médico e reparado na forma prevista nos artigos mencionados, sucedeu que o ofendido, depois de curado, não pode mais exercer, na totalidade ou em parte, seus trabalhos. Por força do nexo de causalidade entre o evento e a sua situação, de deficitário, quanto às atividades que exercia, que é o que importa para efeitos de indenização, tem ele certamente direito a que se lhe pague uma pensão, que venha compensá-lo do dano sofrido (art. 1.539, *in fine*).

13. RESPONSABILIDADE POR FATOS DE OUTREM

O tráfico moderno tem suscitado problemas de grande interesse para a teoria da responsabilidade. Certo é que grande desenvolvimento da indústria e do comércio tem alterado sensivelmente o conceito tradicional de responsabilidade. Um dos aspectos característicos da vida moderna relaciona-se com a responsabilidade por fatos praticados por uma pessoa que repercute na esfera jurídica de outra, que deles não participou, e que, entretanto, deve prestar por igual, a reparação. Algumas dessas soluções constituem na atualidade a teoria do risco. Afora isso, temos certas presunções de culpa, como as existentes na denominada *culpa in eligendo* que faz alguém responsável por atos praticados por outra pessoa. A regra está exposta, quanto às pessoas de direito público, no art. 15 do Código Civil: As pessoas jurídicas de direito público são responsáveis por atos dos seus representantes que, nessa qualidade, causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano. No art. 1.521, inc. III, está o princípio de que responde o patrão, amo ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos no exercício do trabalho que lhes competir, ou por ocasião dele. Estendeu-se essa regra, por força do art. 1.522, às pessoas jurídicas que exercerem exploração industrial.

No pertinente à culpa das pessoas enumeradas no art. 1.521, incisos I a IV, e no art. 1.522, por força do art. 1.523, a responsabilidade seria presumida, presunção esta, *juris tantum*. Todavia, há a tendência de admitir, para aplicação do art. 1.523, inclusive a mencionada culpa levíssima, tudo se cifrando em saber qual a extensão do conceito de negligência previsto na parte final do art. 1.523. Tal seja ela, em verdade, haveria, praticamente, a presunção *juris et de jure* da culpa concorrente do preposto, pelo menos em certos casos. Parece ser esta a melhor interpretação do art. 1.523, sob pena de tornar-se, na maioria das vezes, impossível o ressarcimento do dano, que supõe sempre a possibilidade econômica de quem deva prestá-lo. Mas mesmo que o princípio, em verdade, deva ser o da culpa presumida, presunção esta, *juris et de jure*, nem assim se teria como hipótese de responsabilidade por risco.

A circunstância de ser a responsabilidade do preponente no caso, “como se” tivesse havido culpa, exclui, juridicamente, a hipótese de risco (a respeito de ficções, vd. H. Vaihinger, *Die Philosophie des Als Ob* (in Kant-Studien, Bd. 16, 1911, pág. 46, 1918).

14. CASO FORTUITO E FORÇA MAIOR

O art. 1.058 exprime a regra de que o “devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito, ou força maior, se expressamente não houver por eles se responsabilizado, exceto nos casos dos arts. 955 e 957”.

O fundamento da responsabilidade é a culpa. O artigo 1.058 faz, porém, depender a irresponsabilidade do devedor da existência de caso fortuito e força maior, o que poderia ensejar, em hermenêutica, a suposição de que não havendo aquelas situações, seria de presumir-se a culpa do agente.

Tudo se cifra em saber o que deve entender-se por caso fortuito e por força maior. A distinção entre ambas as espécies de causas excludentes de responsabilidade era mais importante para o direito romano, pois, conforme ocorresse uma ou outra, as consequências eram diversas. Por motivo de caso fortuito (*casus*), acontecimento do mundo natural, a impossibilidade de prestar, dele derivada, corria por conta do comprador (*res perit emptori*), que deveria pagar o preço.

A remissão ou perdão legal de dívida, que, por vezes sucedia, com grande âmbito de eficácia, e que era ato de direito público (*tabulae novae*), acarretava o desfazimento ou comoriência, na hipótese de contrato, de ambas as obrigações, ainda que uma das partes já houvesse solvido a sua. Labeão sustentava esse efeito de comoriência, em virtude da boa-fé, pois perante a vontade pública todos os contraentes são iguais e nenhum deve ser favorecido ou prejudicado. Assim, na hipótese de ato de direito público, de força maior portanto, não se podem aplicar as regras comuns a respeito do *periculum*, pois que estas dizem respeito à ocorrência de caso fortuito. Em se tratando de força maior, a regra era *res perit domino*. (Affolter, *Geschichte der intertemporalen Privatrecht*, I, § 5, pág. 43, Leipzig, 1902).

Admite-se, modernamente, com muitas vacilações entre os autores, que há caso fortuito quando a inexecução ou o fato, ainda que extracontratual, foi devido a acontecimentos do mundo natural, no qual o agente nenhuma participação teve. Os juristas ingleses denominam ao “caso fortuito”, de *act of God*, para demonstrar a inexistência de participação do homem.

Estabelecido, porém, que a culpa é o fundamento da responsabilidade e que esta se verifica quando há, de parte do agente, conduta em que se manifesta imprudência ou negligência (art. 159), ter-se-ia de admitir que existem outros elementos excludentes que não o caso fortuito ou força maior em sentido estrito. Pode não ter havido acontecimento do mundo natural e ainda assim ter sido impossível impedir que se manifestasse

o evento danoso. Há portanto que alargar o conceito de *casus* de modo a possibilitar que nele se insiram outras situações que, tradicionalmente, nele não se encontravam. Desde que se cumpra o que pode ser exigido de alguém no tráfico, não há lugar para o problema de responsabilidade. Força maior, ao revés de acontecimento involuntário, de modo geral independente de fatores físico-naturais, diz respeito com os atos de direito público que impossibilitam a execução de um contrato. No seu número, inclui-se a desapropriação e demais medidas capazes de tolher o exercício de poderes inerentes à propriedade.

Lavra, na doutrina, discussão a respeito de saber qual o verdadeiro âmbito da culpa. Alguns autores afirmam que haverá ato suscetível de indenização desde que não se manifestem hipóteses de caso fortuito ou força maior em sentido estrito. Portanto, o raciocínio desses autores é por subtração: não houve caso fortuito, nem força maior, o agente responde.

O fundamento da responsabilidade haveria de encontrar-se na culpa levíssima que, praticamente, se equipara ao próprio risco. A duplicidade de pontos-de-vista dos autores a respeito do fundamento da reparação deriva, em última análise, de interpretações fragmentadas do Código Civil. Os que sustentam o predomínio da noção clássica ou estrita de caso fortuito ou força maior atêm-se ao dispositivo do art. 1.058, sem relacioná-lo com o do art. 159, definidor da noção de culpa dentro de todo o direito civil.

15. RESPONSABILIDADE POR RISCO

O tráfico moderno alterou sensivelmente o problema do fundamento da responsabilidade. A partir do direito romano clássico, para que alguém respondesse havia necessidade, de regra, que houvesse culpa. Todavia, o pretor, em certos casos, concedia a ação *de deiectis vel effusis*, por deixar alguém cair coisas ou derramar líquidos. A responsabilidade não se cingia à própria pessoa, mas esta era também responsável por estes danos quando causados pelos filhos, escravos ou hóspedes. Ação semelhante era a de *positis ac suspensis* que nascia por motivo de serem colocadas certas coisas nas janelas ou no lado de fora das casas. As obrigações que nela tinham sua fonte eram *quasi ex delicto*. Importa ressaltar que o dono do prédio assumia o risco, de modo que dano houvesse, a ele competia o dever de reparar. Essas hipóteses tradicionais encontram-se regradas na maioria ou totalidade dos Códigos. Outras, contudo, são produto da vida moderna, do comércio e indústria em massa, em que as necessidades da produção de certos artigos não se comparam com o conceito tradicional de culpa, no pertinente aos danos que decorrem de sua utilização. Temos, assim, quanto ao fundamento da responsabilidade, (por que alguém responde?), duas respostas: De regra, é necessária a culpa; em casos excepcionais, o dever de reparar assenta no risco. Nos Códigos, os casos de responsabilidade sem culpa, são praticamente ampliações dos fatos que autorizavam a *actio de deiectis et effusis* e *actio de positis ac suspensis*. Têmo-las, assim, regulamentadas no art. 1.529: “Aquele que habitar uma casa, ou parte dela, responde pelo dano proveniente das coisas que dela

caírem ou forem lançadas em lugar indevido”. Entendem alguns que constituem casos de responsabilidade por risco, além da constante no art. 1.529, as espécies dos arts. 1.528 e 1.546. Tal é a posição de Orlando Gomes (Obrigações, nº 212, pág. 411, ed. 1961). No art. 1.528 temos a regra de que “o dono do edifício ou construção responde pelos danos que resultarem de sua ruína, se esta provier de falta de reparo, cuja necessidade fosse manifesta”. Não temos, obviamente, a regra pura e simples de responsabilidade por risco de desabamento de edifício ou construção, de modo que o seu dono não assume, em face do artigo 1.528, essa eventualidade. Pois, bem ao contrário, o dever de reparar o dano causado está na dependência de que a ruína do edifício ou da construção haja seu fundamento na necessidade manifesta de reparos: *culpa in vigilando*. No artigo 1.546 exprime-se o princípio de que “o farmacêutico responde solidariamente pelos erros e enganos de seu preposto”. A hipótese é perfeitamente igual, no que toca à responsabilidade, à prevista no art. 1.521, inc. III, salvo a solidariedade que não existe na última. Mas, enquanto no art. 1.521, inc. III, não se alude à necessidade de erros e enganos de seu preposto, o que poderia ensejar interpretação divergente, essa condição está expressa no art. 1.546, hipótese de culpa *in eligendo*. Não é, de modo algum, responsabilidade com fundamento no risco. Assunção de risco haveria se, sem erro ou engano, fosse o preponente ou o preposto responsável. Cuida-se, no art. 1.546, de hipótese e de responsabilidade por fato culposo de outrem. As situações, portanto, em que se manifesta responsabilidade sem culpa, formam objeto de legislação específica, à margem do Código Civil. O mesmo tem sucedido com a maioria dos Códigos que trata do assunto através de legislação especial. Entre nós, temos a responsabilidade das empresas ferroviárias, disciplinada na Lei nº 2.681, de 7 de dezembro de 1912, aplicada, por força da jurisprudência, não apenas aos acidentes ferroviários, mas também aos acontecidos em bondes urbanos. Em matéria de acidentes do trabalho, há, por igual, responsabilidade com base no risco e, finalmente, no respeitante ao tráfico aéreo, temos o disposto no Código Brasileiro do Ar, promulgado com o Dec. nº 483, de 8 de julho de 1938.

16. FUNDAMENTO DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA

Além dos dispositivos do Código Civil e leis complementares já mencionados, é necessário, por sua real importância, aludir ao disposto no art. 105 da Constituição do Brasil de 1967, referente, embora, às pessoas jurídicas de direito público: “As pessoas jurídicas de direito público respondem pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros”. E no parágrafo único acrescentou-se: “Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, em caso de culpa ou dolo”.

Em face desse artigo pode parecer que a responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público seja objetiva, quanto a danos causados por seus funcionários (Vd. Ruy Cirne Lima, *Princípios*, § 24, I, pág. 198, ed. Livraria Sulina, Porto Alegre, 1954). No direito público, o problema tem particularidades. É necessário saber se a administração

responde por todos os danos causados por seus funcionários e servidores, ainda que não haja culpa. Em última análise, a questão tem seu centro de gravidade em saber se as pessoas jurídicas de direito público interno assumem sempre a responsabilidade pelos atos de seus funcionários ou servidores ainda que não culposos. Alteraria, portanto, pela simples circunstância de ser o Estado responsável, o sistema de reparação, de culposo, regra, sem dúvida, dentro do direito privado, para o com base no risco. Por fim, resultaria em admitir que não é a atividade exercida que dita o sistema que se há de aplicar no tocante à responsabilidade, mas simplesmente o fato de ser agente do dano o funcionário de uma pessoa jurídica de direito público. O problema da responsabilidade, se objetiva ou culposa, não diz respeito à circunstância de ser o Estado agente, ou o particular. Está, ao revés, intimamente vinculado com as tarefas que se exercem. O fundamento pelo qual o Estado responde não é diverso do que fundamenta a reparação pelo particular. Sucede que as tarefas do Estado, dirigidas ao bem comum, e com a gama de atribuições que modernamente lhe são conferidas, criam mais do que as particulares situações de risco, pelas quais terão de responder. Aparentemente, pela multiplicidade dessas situações, poder-se-ia pensar, ou admitir, que o fundamento da responsabilidade do Estado seria o objetivo e não o subjetivo. Ao estender redes imensas de eletricidade, ao canalizar gases através de cidades, ao construir oleodutos gigantescos, ao operar com explosivos de altíssimo poder de destruição e cujas emanações nem sempre comportam reclusão absoluta, o Estado assume o risco dos danos que dessas utilizações resultar.

Os casos em que o Estado deve assumir o risco, por força das atividades a que se propõe, são em número muito maior do que as dos particulares. Mas o fundamento da responsabilidade está na tarefa ou indústria que se exerce.

Em se tratando de pessoa jurídica, no pertinente à responsabilidade com base no risco, há que atentar para a circunstância de concomitante responsabilidade dos que titulam seus órgãos, ou mesmo de seus empregados e prepostos. Se a hipótese for de responsabilidade por risco, em razão da indústria exercida pela pessoa jurídica, pode suceder, ainda assim, que o evento danoso, dentro do círculo de risco assumido, decorra de culpa de um empregado. No parágrafo único do art. 105, o problema é proposto com referência às pessoas jurídicas de direito público. Temos, na hipótese, duas relações: por força do risco assumido responde a pessoa jurídica, haja, ou não, culpa de seu funcionário. No caso de ter este último procedido com imperícia ou negligência, ou ainda dolosamente, internamente, em segundo momento, desenvolve-se nova relação. A pessoa jurídica que solveu o dano tem ação regressiva contra o agente, que culposa ou dolosamente o causou.

No art. 15 do Código Civil estatuiu-se, também, a responsabilidade do Estado por ato de seus agentes que procederem de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito em lei. Essas hipóteses são de culpa. Realmente, a conduta exigível dos funcionários decorre da observância de todas as normas de atividade do Estado, bem como

o cumprimento de seus deveres. O princípio, tal como foi formulado, tem seu fundamento histórico no direito administrativo do século passado, para o qual a administração esgotava suas funções no puro e simples cumprimento de leis e deveres prescritos. Modernamente, com novas atribuições e amplíssimas obras a executar, o Estado é formador do meio econômico e social, e não mero executor de normas. Daí deriva, quanto ao Estado, a alteração de sua responsabilidade. Ainda que, no referente à tarefas de que decorrem a assunção de risco, o agente da pessoa jurídica de direito público tenha obedecido pontualmente o direito e cumprido todos os deveres, se resultar dano, deve indenizá-lo. Na responsabilidade por força da culpa, o direito toma em consideração a conduta dos partícipes do evento danoso.

Na hipótese de responsabilidade por risco, impera a justiça distributiva, e o evento danoso é satisfeito por quem o assumiu. A dificuldade, porém, está em saber se, por falta de legislação específica, a responsabilidade pode ser por risco.

No direito alemão, não há regra legislada com essa amplitude que determine que certas atividades estejam sujeitas ao princípio do risco (Esser, § 201, pág. 830), embora haja elaboração casuística.

A praxe comprimiu para dentro do conceito de direito delitual, todos os riscos sociais, como hipóteses fáticas de responsabilidade objetiva. O princípio, portanto, que, no fundo, comanda a elaboração judicial e doutrinária é o de que a responsabilidade, por risco, atende a atividade exercida pela pessoa, ainda que transcenda as hipóteses prefiguradas em lei como de responsabilidade objetiva. Por outro lado, ao disciplinar certas hipóteses como tendo seu fundamento na culpa, não pode o intérprete ultrapassar os limites da lei, para haver o fato como sujeito ao risco. Na ampla faixa das situações não diretamente normadas, cujos fatos não encontram prefiguração exata dentro do direito civil, através de processo hermenêutico, de casuismo, foi revelando-se o princípio que, na verdade, comanda o problema da reparação; e este é o que, na matéria, se deve atender à tarefa, à indústria que se exerce. Há, assim, subjacentemente, certo conflito. Mas as disposições do Código Civil dizem respeito, apenas, aos fatos que lhe formam o corpo de doutrina e não se dirigem, propriamente, a outros setores em via de constituírem em ramos autônomos, como, por exemplo, o direito da economia, cujos princípios, por força de seu objeto, não podem ser perfeitamente iguais aos do direito civil. E é nessa parte que haverá de ser proposta a questão com as soluções aqui aventadas.



PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREA DO DIREITO: Civil

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A teoria do risco e os acidentes de automóveis, de João Luiz Alves – RDCC 25/369-373; e
- Responsabilidade civil objetiva extracontratual, de Gianpaolo Poggio Smanio e Wallace Paiva Martins Junior – RDCC 24/149-167.