

# Reestruturar a responsabilidade civil: bases e implicações

## Breves reflexões suscitadas pelo projeto de reforma do Código Civil brasileiro de 2002

Pelo Prof. Doutor António Menezes Cordeiro

**SUMÁRIO:** *I – Introdução: 1. O projeto de reforma do Código Civil; 2. Tipo de alterações; 3. A responsabilidade civil; 4. Sequência. II – Evolução histórico-comparatística: 5. Direito romano; 6. Segue; ilicitude e culpa; 7. Direito intermédio; 8. Sistema francês; 9. Sistema alemão; 10. Funcionamento dos dois sistemas; 11. Sistema híbrido português; 12. Código brasileiro de 2002. III – Responsabilidade delitual e contratual: 13. Diferenças de regime; 14. A interpenetração aparente; 15. Síntese. IV – Noções de ilicitude, culpa e nexo causal: 16. Ilicitude; 17. Natureza da ilicitude; elementos subjetivos; 18. A culpa; 19. Dolo e negligência; 20. Nexo causal. V – O sistema da reforma: 21. As responsabilidades delitual e contratual; 22. Questões pendentes. VI – Breve apreciação: 23. Considerações finais.*

## I – Introdução

### 1. *O projeto de reforma do Código Civil*

I. O projeto de reforma do Código Civil brasileiro, apresentado em 2023, cobre, precisamente, todo o Código Civil. Na mensagem oficial conservada na *Net*, dos 2.600 artigos do diploma, foi mexida mais de metade.

II. Limitando a análise às áreas da parte geral, das obrigações, da responsabilidade civil e do enriquecimento, dos contratos e dos reais, temos:

- (1) parte geral: 232 artigos, com 59 alterações (25%);
- (2) obrigações: 187 artigos, com 45 alterações (24%);
- (3) responsabilidade civil e enriquecimento: 53 artigos com 54 alterações (mais de 100%);
- (4) contratos: 544 artigos, com 114 alterações (21%);
- (5) reais: 313 artigos, com 119 alterações (38%).

Descontando as empresas, a família, as sucessões e o digital, temos 391

alterações: uma cifra que ultrapassa as reformas alemã, de 2001/2002 e a francesa, de 2016.

III. A reforma é imensa. Cabe, agora, às instâncias constitucionais decidir da sua aprovação.

## ***2. Tipo de alterações***

I. Numa análise preliminar dos novos textos encontramos quatro tipos de alterações:

- (1) retoques linguísticos;
- (2) acertos pontuais;
- (3) novidades de regulação;
- (4) reestruturação completa.

Os retoques linguísticos foram muito numerosos. Em si, eles pareceriam inóquos, pelo prisma da Ciência do Direito. Mas podem ter implicações na interpretação dos preceitos visados, com repercuções em cadeia. Já houve casos em que a mera alteração de uma vírgula pode alterar o sentido de uma norma.

II. Os acertos pontuais podem ter o sentido de alterar querelas de jurisprudência ou de doutrina. Devem ser evitados: a lei comanda, mas não teoriza. Aproveitar reformas para fazer doutrina é inadequado. Apenas em questões sérias, nas quais se imponha fixar soluções legais, se devem encarar acertos pontuais. Impõe-se, ainda, uma atenção reforçada: dada a natureza sistemática do Direito, um acerto pontual pode ter efeitos em bola de neve, operando o efeito borboleta.

III. As novidades na regulação podem visar problemas novos ou podem pretender alterar o regime vigente. Em regra e no Direito civil, tais novidades são antecedidas por estudos monográficos sérios, onde se pondere a origem, a evolução histórica, o Direito comparado e as incidências sociais e económicas. De novo e tratando-se de um Código Civil, todas as cautelas são poucas. Como exemplo, a reforma alemã de 2001/2002 foi preparada ao longo de décadas, tendo sido intensificada durante os vinte anos que antecederam as modificações. A reforma francesa foi ponderada durante mais de um século.

IV. Umas reestruturações completas, no Direito civil, só é pensável numa de duas circunstâncias: (1) ou Direito vigente, por qualquer acidente de percurso, está de tal modo inadequado que tinha de ser refeito; foi, um tanto, o ocorrido com a responsabilidade civil portuguesa, na passagem do Código de 1867 para o de 1966; (2) ou ocorreu uma efetiva convulsão sócio-económica que exigiu novas soluções; também um tanto, isso sucedeu com a tutela do consumidor.

### ***3. A responsabilidade civil***

I. A subcomissão de responsabilidade civil e enriquecimento sem causa, de que foi subrelator o ilustre Prof. Nelson Rosenvald. Na justificação de motivos, a subcomissão explica que:

(...) a responsabilidade civil requer uma intervenção mais ampla, como condição necessária para que o Código Civil mantenha relevância jurídica no nosso ordenamento.

Posto isto, apresenta três justificativos:

- (1) as normas sobre responsabilidade civil dirigem-se, principalmente, aos magistrados; pode, assim, assumir uma linguagem mais técnica;
- (2) diversas leis avulsas devem ser levadas para o Código Civil, dada a natureza deste diploma;
- (3) há um desfasamento entre o texto atual e a jurisprudência; ora, num País de *Civil Law*, há que providenciar “normas in abstrato”.

II. Sempre segundo o relatório justificativo, a reforma da responsabilidade civil obedecerá a quatro eixos:

- (1) organização dos nexos de imputação: ilícito, risco de atividade e responsabilidade pelo facto de terceiro ou da coisa;
- (2) contenção normativa de proliferação de várias etiquetas de lesões a interesses merecedores de tutela;
- (3) primazia da função reparatória da responsabilidade civil e do princípio da reparação integral, mas atendendo à gestão de riscos e à instauração de um

- equilíbrio injustamente rompido;
- (4) atualização da parte especial da responsabilidade civil, com elementos atinentes, por exemplo, à responsabilidade civil do Estado; por outro lado, suprimem-se aspectos considerados anacrónicos.

III. O projeto preconiza, nos pontos mais marcantes:

- (1) uma “parte geral” de responsabilidade civil (disposições gerais, com novos preceitos: artigos 926.<sup>º</sup>A a 926.<sup>º</sup>F;
- (2) desenvolvimento da obrigação de indemnizar, com regras:
- (a) o nexo causal, assente na previsibilidade do dano, incluído na responsabilidade contratual (927.<sup>º</sup>A, § único);
  - (b) sobre a ilicitude, apresentada em termos puramente objetivos (927.<sup>º</sup>B, *caput*)
  - (c) sobre a culpa, reconduzida à violação do “padrão exigível”, intencionalmente ou por negligência, imprudência ou imperícia (927.<sup>º</sup>, § único);
  - (d) obrigação de reparar, independentemente de culpa, com uma cláusula geral (927.<sup>º</sup>C, *caput*), admitindo classificações de risco (927.<sup>º</sup>, § 2.<sup>º</sup>);
  - (e) referência ao caso fortuito ou de força maior, como fator de interrupção do nexo causal (927.<sup>º</sup>, § 4.<sup>º</sup>).

IV. Seguem-se, ainda, dezenas de alterações quanto à indemnização, ao seu cômputo e a múltiplas situações de responsabilidade “especial”, além de aspectos conexos. A análise histórica e comparatística deste manancial – estão em jogo mais de 100 modificações, das quais, algumas, são profundas –, obrigaria a um tratado de responsabilidade civil: tarefa incompatível e que, de resto, ninguém esperaria. Vamos, pois, cingir a nossa intervenção ao tema dos pressupostos da responsabilidade civil.

#### 4. *Sequência*

I. Perante o Direito civil, qualquer ponderação deve utilizar, como instrumentos de eleição, a História e o Direito comparado. O Direito civil brasileiro tem um longo historial. Além do acervo comum do Direito romano e das particularidades colhidas nas Ordenações, o Direito do Brasil encetou, em meados do século XIX, uma migração para o sistema romano-germânico, perfeitamente clara nos clássicos brasileiros desse

século. Essa evolução encontrou guarida nos Códigos Civis de 1916 e de 2002.

II. Numa análise perfunctória da reforma, tem interesse teórico e prático posicioná-la em função da situação histórico-comparatística, com especial atenção ao Direito alemão e, acessoriamente, ao Direito português. Vamos seguir o roteiro seguinte:

- (1) evolução histórica;
- (2) responsabilidade delitual e contratual;
- (3) noções de ilicitude, culpa e nexo causal (pressupostos);
- (4) o sistema da reforma.

Encerramos com breves apreciações.

## II – Evolução histórico-comparatística

### 5. *Direito romano*

I. A responsabilidade individual – portanto aquela em que incorresse o cidadão *sui iuris* – teve uma evolução longa e complexa. As XII Tábuas compreendiam já, como institutos diferenciados, os dois grandes troncos donde derivaria toda a evolução subsequente: a responsabilidade delitual e a responsabilidade obrigacional. A evolução posterior viria a dar-lhes forma e a permitir o seu aperfeiçoamento.

II. Na Lei das XII Tábuas, os malefícios, a que correspondia o que hoje se diria uma ocorrência de responsabilidade, estavam estritamente tipificados. Essa situação era, estruturalmente, penal, numa decorrência que se manteria, ainda, por longo tempo.

Trata-se de afirmações que podem ser confirmadas com base na Tábua VIII, 2, relativa à *membri ruptio*. Segundo o texto dessa Tábua, *si membrum rup(s)it, ni cum eo pacit, talio est*; ou seja: se alguém quebrasse um membro de outrem e não chegasse, com ele, a uma composição, aplicar-se-ia o talião.

Este normativo permite reter três pontos. Em primeiro lugar, o recurso ao talião representava já uma regra de medida e de moderação, no tocante à retorsão. De seguida, verificava-se a presença da composição pecuniária, como solução alternativa. Por fim, constata-se a tipificação de um *delictum*. Caminhou-se, também aqui, do especial para o geral. Outros malefícios tinham assento nas XII Tábuas, especialmente nas Tábuas VIII

e IX. Recorde-se que a sua sistematização era a seguinte: Processo civil (I-III), Família e sucessões (IV-V), Direito patrimonial (VI-VII), Direito penal (VIII-IX), Direito sacral (X) e complementos (XI-XII). Especial destaque era dado ao furto, nas suas modalidades diversas, e à *iniuria*, abaixo referida. Esclareça-se que a referência, mais ou menos circunstanciada, a Lei das XII Tábuas é uma constante necessária, nas exposições sobre a responsabilidade civil.

III. Os *delicta* primitivos, designadamente os configurados na Lei das XII Tábuas, assentavam numa não-separação do que hoje chamamos a responsabilidade civil e a responsabilidade penal. De resto, ainda hoje há um parentesco entre ambas essas “responsabilidades”.

Os dois institutos vieram a distinguir-se paulatinamente não pelos pressupostos ou pela finalidade, mas pelos efeitos; nuns casos procurava-se eliminar o dano, nouros, punir o agente.

Podemos falar numa socialização ou, se se preferir e numa linguagem de tipo “análise económica”, numa maior eficiência das sanções. Digamos que o sofrimento do agente, para além dos efeitos retorsivos e dissuasórios, nada adiantaria, no tocante à riqueza perdida pela vítima. Já o dever de ressarcir apresentaria um plano mais construtivo: permitiria, ao lesado, sair sem danos da situação criada.

IV. A grande evolução subsequente é representada pela *lex Aquilia de damno*. A *lex Aquilia* foi, na realidade, um plebiscito, rogado por Aquilius, tribuno da plebe. A sua data exata não é conhecida; vários estudos permitem colocá-la no mesmo ano em que foi aprovada a *lex Hortensia* e portanto: 287 ou 286 a.C., ou entre 289 e 286 a.C.. Também as exatas circunstâncias, em que surgiu, levantam dúvidas e questões, que têm sido enfrentadas com especulações razoáveis, mas não comprovadas.

V. A *lex Aquilia* comprehende três capítulos – hoje dir-se-iam três artigos – cuja reconstrução, possível, sobretudo, através das *institutiones* de Gaio, e dos fragmentos dedicados ao tema por Ulpiano, e que constam dos *digesta*, oferece o maior interesse. Diz ela:

- I – Si quis servum servamve alienum alienamve quadrupedemve pemdem iniuria occiderit, quanti is servus in eo anno plurimi fuit, tantum aes dare domino damnas esto.
- II – Eum adstipulatorem qui pecuniam in fraudem stipulatoris acceptam fecerit, quanti ea res est, tantum aes eo dare damnas esto.
- III – Praeter servum servamve alienum alienamve quadrupedemve pemdem occisos, si

quis alteri damnum faxit, quod usserit fregerit ruperit iniuria, quanti ea res erit in diebus triginta proximis, tantum aes domino dare damnas esto.

Portanto:

- (1) segundo o Capítulo I, se alguém, com injúria – Álvaro d’Ors traduz por “com injustiça”, com referência a Ulpiano, D. 9.2.3. – matar um escravo ou animal doméstico quadrúpede, deve pagar, ao dono, o valor máximo que eles atingiram, esse ano, no mercado;
- (2) segundo o Capítulo II, o *adstipulator* que, enganando o *stipulator*, aceitasse o dinheiro deste, deveria pagar-lhe outro tanto; o *adstipulator* funcionava como que um mandatário arcaico, para efeitos de execução, de certo negócio;
- (3) segundo o Capítulo III, se alguém, com injúria, provocar a um escravo, a uma escrava ou a um quadrúpede alheios, outro dano que não o da morte, deve pagar, ao dono, o preço que a coisa em questão atingiria, nos trinta dias subsequentes.

VI. A *lex Aquilia* teve uma importância unanimemente reconhecida por historiadores e por civilistas: provavelmente será a lei formal mais importante da Humanidade, estando em vigor, no Ocidente, há mais de 23 séculos. O Capítulo II perdeu o interesse, já na época clássica, dado o aparecimento, *ex bona fide*, da *actio mandati*. O Capítulo I, contudo, foi alargado pela interpretação e pela extensão analógica, enquanto o III se estendia aos diversos danos e destruições, relativos a coisas inanimadas.

Em suma: uma extensão contínua da *lex Aquilia* permitiu abranger cada vez mais danos, praticados com *injuria*; paralelamente, ficava assente, de uma vez por todas, que a sanção consistia num dever de indemnizar, por oposição a composições pessoais ou a práticas retorsivas ou taliônicas. É, pois, com inteira justiça que Aquílio Gallo, Tribuno da Plebe, desaparecido no século III a. C., viu o seu nome para sempre ligado a um tipo bem atual de responsabilidade civil: a responsabilidade extraobrigacional ou aquiliana. Dois artigos de uma lei foram suficientes. Hoje, eles transparecem no artigo 927.º, *caput*, do Código brasileiro e no artigo 483.º/1, do Código português.

VII. Ao lado da responsabilidade aquiliana e de origem e desenvolvimento muito diferentes, temos a responsabilidade obrigacional. Esta ocorre quando o agente

desrespeite um contrato ou um vínculo específico do mesmo tipo. Digamos que, desta feita, há uma violação direta de uma obrigação preexistente.

A matéria constava da Tábua III.

VIII. Recordemos brevemente os seus termos. A existência da dívida e a condenação do devedor, no seu pagamento, eram judicialmente processadas. Seguiam-se trinta dias de benevolência, durante os quais o devedor poderia encontrar forma de solver a dívida – *dies iusti*. Expirado esse lapso, sem pagamento, ocorria a *manus injectio* do devedor: este era capturado e levado a juízo; não havendo, então, cumprimento, por ele ou por terceiro, podia o credor levá-lo, em cárcere privado, para a casa deste, podendo até-lo com correntes ou grilhetas e devendo alimentá-lo.

O cárcere privado mantinha-se, durante sessenta dias, sendo o devedor, nesse período e com grande publicidade, levado a três feiras consecutivas, para que alguém o resgatasse, pagando a dívida. Ainda durante esse período, o devedor poderia compor-se, com o credor, seja pagando, seja praticando o *se nexum dare*, entregando-se, para todos os efeitos, nas mãos do credor. Esgotados os sessenta dias, sem qualquer solução, o credor poderia fazer, do devedor, seu escravo ou vendê-lo *trans Tiberim* (fora de Roma) ou, ainda, matá-lo, *partes secanto* (cortado às postas), sendo as *partes* proporcionais às dívidas, no caso de concurso de credores.

IX. O funcionamento, implacável e ao longo do tempo, deste sistema, veio a provocar grave questão social. A *lex Poetelia Papiria de nexit* – 362 a. C. –, surgida na sequência de coloridos episódios, relatados por Tito Lívio, tentou resolver o problema, abolindo a escravização e a morte do devedor. Mais tarde, passar-se-ia à apreensão dos bens do devedor e, depois de uma evolução milenária, há pouco concluída, à abolição da prisão do devedor infeliz.

X. Podemos considerar que a Tábua III, devidamente amenizada pela *lex Poetelia Papiria* e pela evolução subsequente, consta, hoje, dos artigos 391.º e 389.º do Código Civil brasileiro e 601.º e 798.º, do Código Civil português. Como veremos, trata-se de reagir a um vínculo específico, assim se explicando a natureza bem mais estrita do seu regime.

## 6. *Segue; ilicitude e culpa*

I. Após, pelo menos, a *lex Aquilia*, passou a requerer-se que o facto vedado pelo

Direito fosse perpetrado com *iniuria*. Após uma evolução marcada, a *iniuria* estabilizou, num dos seus significados, em torno da antijuricidade, da ilicitude, da ilicitude e culpa, da desconformidade com o Direito e da injustiça.

Enquanto conceito compreensivo, a *iniuria* incluira, pois, já no tempo republicano tardio, a ideia de *culpa*: isso permitia lidar com as causas de justificação, como a legítima defesa e as de excusa, de modo a não responsabilizar o *infans* e o *furiosus*.

II. Podemos falar numa certa interpenetração entre as ideias de ilicitude e de culpa, prenunciando o que, dezanove séculos depois, sucederia com o Direito francês. No entanto, não era uma interpenetração amorfa, ditada pelo desinteresse ou pela falta de ponderação das realidades. A Ciência disponível levava a que a culpa resultasse de comportamentos típicos externos, "... imputando-se o facto a cada agente que tivesse desenvolvido a atuação que conduziu ao efeito ...". Nas palavras de Kunkel "... para os romanos clássicos, a culpabilidade não é, apenas, uma qualidade do agente, mas, antes, uma qualidade do facto; deste modo, ela inclui-se no moderno conceito de ilicitude ...".

III. O melindre das transposições é intenso. No entanto, parece de entender que, no período clássico, através da *iniuria*, se transmitia a ideia de uma ilicitude alargada que, inserindo a reprovação do agente, permitia a imputação do dano. A causalidade estava incluída e, também, a culpa, uma vez que se isentavam de responsabilidade o *infans* e o *furiosus* enquanto, noutra vertente, se reconhecia a legítima defesa.

A instância de valoração era única: o juízo de *iniuria*. O sistema era, obviamente, pouco analítico. Mas funcionava, assente na tipicidade dos *delicta* e na variabilidade que, por via honorária, eles podiam apresentar, a nível de previsões.

IV. A inclusão de elementos axiológicos junto dos *delicta* tem sido atribuída a Justiniano e à influência do pensamento cristão no Direito romano pós-clássico.

O termo *culpa* tem uma origem etimológica pouco clara. É seguro que a sua evolução semântica, designadamente no campo jurídico, foi intensa. Assim, ela traduziu a ilicitude em geral, a culpa (*Verschulden*) e a negligência. Só que, num fenómeno que os juristas bem conhecem, os novos significados não se substituíam aos antigos: todos se mantiveram, lado a lado, dando à *culpa* uma polissemia acentuada, que se mantém hoje nas línguas românicas do Sul.

V. A *culpa* adquiriu, além disso, um alcance valorativo, a nível de imputação. Primeiro, ela ligou-se à causalidade; mais tarde, ela teve a ver com o grau de imputação

em geral e, por fim, com a negligência, tomada agora não já como algo de ontológico, mas como uma (mera) valoração.

A riqueza significativa da *culpa* comprehende-se, ainda, atentando em que, no próprio período clássico, ela surgia perante a violação de qualquer norma e, antes de mais, de uma norma moral.

O Direito romano da responsabilidade veio a ser dominado pelo princípio da culpa, numa situação que enforma o Direito civil – ou mesmo o Direito em geral – até aos nossos dias. O sentido dessa afirmação não é, contudo, preciso: ele tem vindo a modificar-se, ao longo do tempo, de tal modo que, formalmente, o princípio mantém a sua validade. A evolução geral do termo, no Direito romano, permite contudo adiantar que, nas suas diversas fases, se caminhou para um sistema de responsabilidade civil que requeria uma determinação do processo mental do agente. Essa determinação poderia estar mais ou menos dependente de indícios externos e apresentar uma autonomia muito variável, em relação ao próprio facto objetivo da violação. Mas era exigida. Segundo parece, apenas por exceção surgiam hipóteses de imputação objetiva ou pelo risco.

## 7. *Direito intermédio*

I. O *corpus iuris civilis* já refletia, como se viu, uma ideia de *culpa* ética, de inspiração cristã. Este aspeto intensificar-se-ia nos séculos em que a salvaguarda da cultura do Ocidente foi, praticamente, entregue à Igreja. A não ser esta dimensão, não se teria alcançado a postura humanista dos nossos dias.

II. Em termos canónicos, a negação das leis dos homens era a violação da lei de Deus. O *maleficium* envolvia o *peccatum*, sendo, como tal, reprovado também pelo foro interior.

No tocante, de modo direto, à responsabilidade civil, não se aponta, propriamente, uma construção canónica alternativa: houve, antes, uma recuperação das fontes romanas, cujas potencialidades, mormente após a evolução justinianeia, eram satisfatórias. Cumpre ter presente que, em termos canónicos, os delitos exigem sempre a culpa moral ou um nível moral de imputação. Neste pano de fundo, logo se alcançaria a necessidade de dolo, nos crimes, enquanto, na responsabilidade civil, a culpa viu crescer o seu papel. Formalmente, no estudo da responsabilidade civil operava-se com a *lex Aquilia*, a qual comportava o essencial dos pressupostos da responsabilidade civil.

III. Os glosadores e os comentadores iriam conferir, à noção em estudo, um

alcance técnico muito importante: a culpa seria o elemento subjetivo da previsão do ilícito, em paralelo com o seu alcance ético. Trata-se de um filão que, mercê das dificuldades do discurso sistemático, não teria seguimento imediato.

Acúrsio, retomando categorias românicas, trabalhou a culpa, tomada como negligência, nas suas diversas modalidades: *lata, levis e levissima*. Bártilo chegaria às seis: *culpa latissima, latior, lata, levis, levior e levissima*.

A preocupação classificadora dos juristas, neste período intermédio, acabaria por, de certa forma, prejudicar a visão de conjunto dos pressupostos da responsabilidade civil. Trata-se de uma tendência que ainda perdura, nos nossos dias.

## 8. Sistema francês

I. O sistema de responsabilidade civil resultante do Código Napoleão, atingiu uma expressão formal muito simplificada. Os artigos 1146.<sup>º</sup> e seguintes fixam as “perdas e danos” derivadas da inexecução de obrigações; fazem-no, aliás, sem qualquer referência a pressupostos e, designadamente, à *faute*. Esta surgiu, a propósito dos delitos, no então artigo 1382.<sup>º</sup>, renumerado sem alterações, como 1240.<sup>º</sup>, pela reforma de 2016, cujo texto cumpre reter:

Tout fait quelconque de l’homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer.

O artigo 1383.<sup>º</sup> prossegue, dispondo que cada um seja responsável pelo dano que tenha causado, não apenas pelo seu feito, mas ainda pela sua negligência ou pela sua imprudência. De todo o modo, a *faute* estava lançada: se bem se atentar no texto do artigo 1382.<sup>º</sup>, ela acabava por surgir como pressuposto único da imputação delitual. A doutrina e a jurisprudência posteriores, marcadas, aliás, por um positivismo de tipo exegético, ver-se-iam na contingência de reconduzir, à *faute*, todo o sistema de imputação delitual e, mais tarde, obrigacional.

II. Os cem primeiros anos de vigência do Código Napoleão mostraram que o sistema de responsabilidade civil, simplesmente baseado na *faute*, era funcional. Além disso, ficou claro que se tratava de um sistema responsável, claramente capaz de acompanhar uma realidade em permanente mutação, sem sobressaltos nem necessidade de alterações formais. A simplicidade e a indefinição da *faute* traduziam a chave do êxito. Procurando, com recurso a conceitos gerados numa Ciência Jurídica diversa – e,

portanto, com toda a reserva que tal procedimento implica – exprimir o conteúdo de *faute*, podemos considerar que ela abrange, no seu funcionamento, a ilicitude, a culpa e o nexo causal.

Quanto à doutrina: ela é muito vasta, embora, científicamente, pouco aprofundada. Alguns traços devem ser retidos. A aproximação entre a *faute* e a *culpa* romântica é frequente, ainda que sem explicações; como antecedentes específicos, apenas surge a referência a Domat. Ocorrem definições, ora subjetivas, como a de Huc (1829-1906), ora objetivas, como a de Planiol (1853-1931), mas sempre marcadas por uma grande imprecisão de conceitos. Mais tarde, a doutrina chegaria a distinguir, na *faute*, elementos objetivos e subjetivos, não pondo, com isso em causa, a unicidade do conceito.

Como género literário, proliferam grandes tratados ou comentários onde o universo, sempre crescente, da responsabilidade civil é descrito sem preocupações de aprofundamento, no tocante aos factos constitutivos.

III. Está em preparação, há mais de vinte anos, uma reforma do Código Civil francês, na área da responsabilidade civil. Apenas foi aprovada a Lei 2024-346, de 15 de abril sobre perturbações de vizinhança.

## 9. *Sistema alemão*

I. O problema dos pressupostos foi analisado por Rudolf von Jhering (1818-1892), num escrito que constitui, hoje, um clássico, no domínio da responsabilidade civil e da imputação, em geral: *o momento da culpa no Direito privado romano*.

Na sua rica exposição, Jhering explica, designadamente:

Qualquer pessoa sente a diferença que existe entre a pretensão do proprietário contra o terceiro possuidor de boa-fé da coisa dele e a do roubado, contra o ladrão. Naquele caso trata-se, apenas, da existência do direito controverso, sem ser necessário confrontar-se, por parte do autor, com a censura de um desvio jurídico consciente e censurável (...) o momento da censura subjetiva é, aqui, irrelevante (...). Pelo contrário, a ação contra o ladrão respeita, essencialmente, à censura do desvio jurídico ou seja a violação, querida e consciente, do nosso direito; o momento da censura subjetiva é-lhe indispensável, pois não há roubo sem intenção.

Em ambos os casos, há contrariedade ao Direito; objetiva, no do possuidor de

boa-fé e subjetiva, no do ladrão. O ilícito (*Unrecht*) objetivo dispensa a culpa (*Verschuldung*) mas não a vontade humana – ou teríamos uma força da natureza, juridicamente irrelevante. Remata Jhering:

A consequência natural de qualquer violação culposa, de um direito alheio, é a obrigação de suprimir as consequências danosas do facto, isto é, de indemnizar, independentemente de saber se e quanto lucrou o culpado, com o facto em causa.

Depois de apoiar as suas asserções no Direito romano – o qual era, então, Direito vigente – Jhering vem concluir que a ideia de culpa com a contraposição, daí derivada, entre o ilícito objetivo e o subjetivo, atravessa todo o sistema jurídico, rematando:

(...) o conceito de culpa é a bitola geral de responsabilidade do Direito privado romano desenvolvido.

II. O *Schuldmoment* permite, depois, múltiplas consequências dogmáticas. Assim, explica Jhering que é a culpa, e não o dano, que obriga a indemnizar: por isso, não respondem os animais, os dementes e as crianças. Na construção desse Autor, essa mesma ordem de ideias explicaria a inexistência, no estado de necessidade, de ações delituais, outro tanto sucedendo em relação ao sucessor, que só responderia pelo enriquecimento.

III. As considerações de Jhering conheceram, depois, toda uma evolução vindo, muitas delas, a ser ultrapassadas pela doutrina e pela evolução do Direito positivo. A própria construção da responsabilidade civil obteve, mais tarde, múltiplos afinamentos, cujo levantamento crítico e histórico-dogmático, está, aliás, por realizar. O essencial da sua descoberta, porém, manteve-se: os pressupostos da responsabilidade civil implicam duas instâncias de controlo do sistema: a ilicitude, primordialmente virada para a inobservância de normas jurídicas e a culpa, que lida com a censura merecida, pelo agente, com a atuação perpetrada.

Tentaremos, adiante, apurar as consequências deste esquema, designadamente quando contraposto ao da *faute* napoleónica.

IV. As opções feitas aquando da preparação do Código Civil alemão, foram decisivas para o radicar definitivo da descoberta de Jhering. Na verdade, não é historicamente exato que os romanos tivessem amparado um sistema de responsabilidade civil sobre a culpa: tal como já sucedera com a *culpa in contrahendo*,

Jhering não procurou propriamente a verdade histórica mas, antes, a reposição dogmática do Direito romano atual. Os juristas que trabalharam na codificação de 1896-1900 foram, todavia, movidos por considerandos dogmáticos e por razões de política legislativa. Quanto aos primeiros, pesou a necessidade de uniformizar a linguagem e de dar corpo à clarificação de Jhering, entreaberta por Savigny. No tocante às segundas, vingou a necessidade de restringir o âmbito da responsabilidade civil. O BGB foi aprontado, já sob a Revolução Industrial, numa ocasião em que, sectorialmente, se ia impondo a responsabilidade objetiva. O legislador optou pela prudência: a multiplicação das situações de imputação iria coartar os empreendimentos, pela multiplicação dos riscos.

V. O § 823, I, do BGB, estipula:

Aquele que, com dolo ou negligência, viole ilicitamente a vida, o corpo, a saúde, a liberdade, a propriedade ou outro direito alheio fica obrigado a reparar o dano daí resultante.

Ficam claramente destacados três pressupostos: a culpa, a ilicitude e a causalidade.

## 10. *Funcionamento dos dois sistemas*

I. Na evolução subsequente, o Direito francês conserva, quanto à responsabilidade, a sua feição do início. É certo que alguma doutrina tem vindo a completar a previsão do artigo 1382.<sup>º</sup> (hoje: 1240.<sup>º</sup>), com a referência à ilicitude. Haveria como que uma convergência dos sistemas. A doutrina dominante conserva, todavia, o papel fundamental da *faute*. Esta (apenas) perderia algum terreno, por ser dispensável nas situações de imputação pelo risco. E assim, nos quase dois séculos de vigência do Código Napoleão, a contemplação e a aplicação da *faute* deixaram marcas muito vincadas, nos mais diversos institutos. Aliás, ao princípio da *faute*, veio a ser reconhecido um valor constitucional.

Em termos sintéticos, poderemos dizer que a presença de danos, devidos a *faute* de determinado agente, é, praticamente, intuitiva. A experiência comum e as valorações sociais, que dela decorrem, permitem, na grande maioria dos casos, um consenso quanto à eficácia danosa de determinada *faute*. A doutrina tem procurado precisar a noção, distinguindo diversos tipos de *faute*: intencional, indesculpável, pesada, objetiva e

subjetiva.

II. Nessas condições, todo o sistema da responsabilidade civil tende a funcionar em termos compreensivos – por oposição a analíticos – muito latos e pouco justificados. O bom senso da jurisprudência e o respeito por grandes linhas de precedentes tornou viável o sistema. Com efeito, a referência a uma *faute* dispensa a indicação concreta de qualquer norma jurídica especificamente violada. Assim, o sistema jurídico alarga-se, na base da responsabilidade civil, em termos fáceis e sem necessidade de recomposições a nível de fontes. Institutos diferenciados são facilmente enquadráveis, no espaço napoleónico, através da responsabilidade civil baseada em *faute*.

III. Em contraste com o Direito francês, que trabalha com a noção vaga e indefinível de *faute*, modelando, por essa via, as diversas situações que compõem saídas no plano da responsabilidade civil, o Direito alemão viu essa via cerceada pela dupla estreiteza do § 823 do BGB. Por um lado, ele exige muito claramente um facto, a ilicitude e a culpa; por outro, ele restringe os “factos” relevantes à violação de direitos subjetivos e à dos interesses protegidos. E no próprio domínio dos direitos subjetivos: a doutrina dominante entende que estão em causa, apenas, direitos absolutos.

IV. Nessas condições, o progresso da matéria, terá de ser feito não através da reprodução intuitiva de ocorrências que possam cair na *faute*, mas com recurso a uma multiplicação controlada de obrigações. Desde logo ocorre, neste plano, recordar o papel da boa-fé, dos deveres do tráfego ou da própria complexidade das obrigações.

Digamos que, na base das múltiplas categorias de deveres, se poderá chegar, verificados os requisitos, a situações de responsabilidade. Toda essa paciente tarefa de elaboração fica dispensada, no mundo da *faute*: esta pode ser sempre descoberta, com referência direta ao artigo 1240.<sup>º</sup> (*ex* 1382.<sup>º</sup>), sem necessidade de outros fundamentos jurídico-positivos, para obrigar a indemnizar.

## 11. Sistema híbrido português

I. O artigo 483.<sup>º</sup>/1 do Código Civil português vigente consagra o modelo de Jhering. A imputação delitual, nele prevista, funciona quando alguém, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente determinadas posições e mais especificamente: um direito subjetivo ou uma norma de proteção. Há um alargamento manifesto, em relação ao somatório das duas partes do § 823 do *BGB*, uma vez que o “direito” vem

referenciado sem quaisquer especificações. Mas para além desta caminhada, em relação ao artigo 1382.º (hoje: 1240.º) do *Code Civil*, o sistema alemão de responsabilidade parece claro.

II. Já no tocante à responsabilidade obrigacional, a situação é diversa. O artigo 798.º do Código português prescreve a responsabilidade do devedor que falte culposamente ao cumprimento da obrigação. Não refere a ilicitude: é evidente que se pode faltar licitamente ao cumprimento da obrigação: para além das causas de justificação, ficam, operacionais, múltiplos concursos de normas que o permitem. O artigo 799.º/1 do Código Civil, decisivo, dispõe:

Incumbe ao devedor provar que a falta de cumprimento ou o cumprimento defeituoso não procede de culpa sua.

O devedor que queira exonerar-se da “presunção de culpa”, afastando, ainda, o “culposamente” do artigo 798.º, não irá aduzir causas de excusa: estas, aliás, teriam, sempre, de ser provadas por quem as invoque. Normalmente, o devedor irá provar a extinção da obrigação inadimplida, a impossibilidade de executar a prestação, que não lhe seja imputável, a prescrição, a licitude da sua conduta por alguma causa justificativa ou a ausência de danos. A conclusão é inevitável: a *culpa* dos artigos 798.º e 799.º, do Código Civil, não é a culpa (*Schuld*) do artigo 483.º/1, do mesmo diploma, ou do § 823/I, do BGB; é, antes, a *faute*, do artigo 1240.º (*ex* 1382.º), do Código Civil francês ou a “culpa” da pré-codificação. Esta orientação confirma-se pela análise dos artigos subsequentes, relativos à responsabilidade obrigacional.

III. A presença, no Código Civil, do termo *culpa* com o sentido de *faute* – ou, se se quiser, de uma “culpa” muito ampla que abranja os diversos pressupostos da responsabilidade civil –, deve ser pesquisada caso a caso: ela também ocorre no domínio (aparentemente) aquiliano, com exemplo no artigo 487.º e, em geral, nos preceitos que referem “presunções de culpa” e que, no fundo e como veremos, são afloramentos de responsabilidade obrigacional. Devemos ter presente que o termo “culpa” é polissémico: assume, no Código Civil, oito sentidos básicos distintos. Estamos no campo do Direito civil.

IV. Ainda quanto à responsabilidade obrigacional, importa esclarecer alguns aspectos, suscetíveis de gerar confusões. Os seus pressupostos não correspondem aos da responsabilidade aquiliana, embora esta tenha originado claros pontos de contágio

linguístico, que permitem uma enumeração paralela. Assim:

- (1) o não-cumprimento de uma obrigação não é, só por si, “facto ilícito” ou ilicitude: é, simplesmente, um facto, uma vez que o cumprimento pode faltar por ter ocorrido uma causa de extinção da obrigação, por se invocar a prescrição, por impossibilidade temporária não-imputável ao devedor ou, ainda, por outras causas;
- (2) a ilicitude será a violação da regra (normalmente, do artigo 406.º/1, relativo ao cumprimento pontual do contrato) que mande cumprir a obrigação omitida;
- (3) não havendo cumprimento, a presunção de culpa-ilicitude transfere, para o devedor, o ónus de alegar e de provar a ocorrência de qualquer eventualidade justificativa: em regra, a extinção da obrigação ou a sua inexigibilidade;
- (4) a culpa recai, inevitavelmente, sobre o devedor faltoso; não há aqui forma de a destrinçar da ilicitude, tanto mais que a “presunção de culpa” implica, ontologicamente, a de ilicitude;
- (5) o dano equivale à não-obtenção do resultado da prestação, podendo ser complementado com as consequências da inobservância dos deveres acessórios;
- (6) o nexo de causalidade relaciona o não-cumprimento com a não-obtenção da vantagem obrigacionalmente atribuída;
- (7) a remissão feita no artigo 799.º/2 para o artigo 487.º/2, que unificaria as apreciações da culpa nas responsabilidades obrigacional e delitual, não é uniformizadora: é evidente que o bom pai de família reage diferentemente em face de uma obrigação que tenha assumido e perante um dever genérico aquiliano.

## 12. *Código brasileiro de 2002*

I. No tocante à responsabilidade civil, podemos considerar que o Código Civil brasileiro de 2002 se manteve bastante próximo do seu antecessor, de 1916.

Na parte geral encontramos, entre os factos jurídicos, um título relativo a atos ilícitos (186.º a 188.º). Dispõe o artigo 186.º:

Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Os artigos 187.<sup>º</sup> e 188.<sup>º</sup> reportam-se, respetivamente, ao abuso do direito e a causas de justificação.

Feito o confronto com o artigo 159.<sup>º</sup>, 1.<sup>a</sup> parte, do Código de 1916, verifica-se que o legislador brasileiro substituiu “ou causar prejuízo” por “e causar dano”: fica o preceito mais claro, além de melhor se subentender a ilicitude, diferente da culpa.

II. Quanto à responsabilidade contratual, o artigo 389.<sup>º</sup> consagra uma imputação praticamente objetiva:

Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

Todavia, o artigo 392.<sup>º</sup> parece pressupor a culpa, como elemento sempre presente. Dispõe:

Nos contratos benéficos, responde por simples culpa o contratante, a quem o contrato aproveite, e por dolo aquele a quem não favoreça. Nos contratos onerosos, responde cada uma das partes por culpa, salvo as exceções previstas em lei.

III. Entre os títulos da Parte especial, Livro I – Direito das obrigações, perfila-se o IX, referente à responsabilidade civil. Abrange dois capítulos: o I, Da obrigação de indemnizar (927.<sup>º</sup> a 943.<sup>º</sup>) e o II, Da indemnização (944.<sup>º</sup> a 954.<sup>º</sup>). Todo este dispositivo pressupõe a verificação de atos ilícitos e, daí, a verificação dos respetivos pressupostos.

IV. Feito o confronto, afigura-se que também o Código brasileiro de 2002 deu guarida ao que chamaremos o modelo híbrido: uma simplificação de pressupostos, no tocante à responsabilidade obrigacional, tradicionalmente expressos por “culpa” e uma conjunção analítica mais exigente, no campo da aquiliana.

Será, pois, uma característica do sistema lusófono, isto é, dos Direitos de língua portuguesa.

### **III – Responsabilidade delitual e contratual**

#### **13. *Diferenças de regime***

I. A diferenciação dos regimes aplicáveis a ambas as responsabilidades arranca das clivagens genéticas apontadas. Na responsabilidade obrigacional há sempre que lidar com a fonte original da obrigação em jogo (matricialmente: um contrato) e com o “facto ilícito” do seu incumprimento (matricialmente: a não-execução da prestação principal). Ora, para se chegar a este ponto, há todo um conjunto de passos a dar: a interpelação, a cominação de um prazo admonitório ou o desinteresse objetivo superveniente e, depois, a constituição do dever de indemnizar, a articular com a estrutura sobrevivente da obrigação anterior. O ponto de partida é o da constituição da obrigação.

Já na aquiliana, bastarão o facto e os demais pressupostos. O momento zero é o da perpetração do facto em causa devendo, a partir daí, construir-se toda uma relação entre o agente e o lesado.

II. Havendo, entre as partes, uma obrigação específica, cabe ao devedor executar a prestação principal. O dever dele é o bem do credor, atribuído e legitimado pelo ordenamento. Se o devedor não cumpre, é grave: ele está a frustrar, pela sua conduta, precisamente o valor que o Direito atribuía ao credor. Em face do incumprimento, o devedor é automaticamente condenado a indemnizar, isto é: a prosseguir, no plano indemnizatório, o dever de prestar principal que inadimpliu. Mal ficariam quer o Direito quer a Economia que ele tutela quando, depois de ter exigido, do credor, todo o calvário procedural que desemboca no incumprimento definitivo, ainda se lhe fosse requerer mais do que a prova da obrigação incumprida e a declaração do incumprimento. Perante isso, queda ao devedor:

- (1) ou provar o cumprimento: trata-se de um facto extintivo, cujo ónus probatório lhe assiste (342.º/2);
- (2) ou provar que a obrigação se extinguira ou que estava prescrita.
- (3) ou provar que o sucedido se devera a uma conduta ilícita do credor.

No Direito português, a “presunção de culpa”, referida no artigo 799.º/1, retomada dos clássicos civilistas para os quais a “culpa” era a *faute* napoleónica é, de facto, uma presunção de culpa e de ilicitude. Quando haja inadimplência, presume que esta ocorreu ilicitamente e com culpa (dolo). Caberá logicamente ao devedor demonstrar que tinha a possibilidade legal de não executar a obrigação, provando os competentes factos. Afigura-se francamente incompreensível imaginar culpa quando nenhuma regra tenha sido violada. A evidência cartesiana de que não pode haver culpa sem ilicitude é, de resto, pacífica na doutrina alemã: quer na clássica, quer na atual. Sem

coerência não há Ciência.

III. Pelo contrário, na falta de uma obrigação específica prévia, a eventualidade da responsabilidade civil (aquiliana) é gravosa para as pessoas e para a sua liberdade. Num mundo de contactos intensivos e a todos os níveis, qualquer pessoa pode, *ad nutum*, ser confrontada com danos alegadamente provocados a terceiros. Compreende-se a preocupação do legislador em limitar a responsabilidade: joga-se a esfera de liberdade das pessoas. Por isso, cabe ao lesado provar os diversos elementos constitutivos da invocada responsabilidade, incluindo os factos de onde se retire o juízo de culpa.

A diferença prática é muito considerável, sendo patente a muito maior eficácia da responsabilidade obrigacional, o que é de justiça. Mas não menores são as razões dogmáticas profundas que a tal conduzem.

IV. As diferenças no plano do Direito processual civil e do Direito internacional privado não são despiciendas:

- (1) para o conhecimento da responsabilidade obrigacional, é competente o tribunal do domicílio do réu (46.º do Código de Processo Civil Brasileiro de 2015); tratando-se de responsabilidade aquiliana, é competente o tribunal correspondente ao lugar onde o facto tiver ocorrido [53.º, IV, a), do mesmo Código];
- (2) quanto à responsabilidade obrigacional, aplica-se a lei do contrato, isto é, a lei do local onde o contrato se constituiu, ou seja, o lugar onde reside o proponente; a responsabilidade extracontratual rege-se pelo local da prática do ilícito (7.º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro).

De facto, tais regras, para além do evidente reflexo prático, traduzem, relativamente às substâncias, pensamentos valorativos claramente distintos.

V. Além disso, deparamos com outras diferenças menores, mas que devem ser confirmadas caso a caso. Assim:

- (1) as obrigações, mesmo quando incumpridas e, sobretudo, se incumpridas, prescrevem no prazo ordinário de 10 anos (205.º), enquanto a obrigação aquiliana de indemnização prescreve em três anos (206.º, § 3.º, V);
- (2) na responsabilidade obrigacional, o devedor é automática e plenamente

responsável pelos atos dos seus representantes legais e auxiliares (800.º/1), enquanto, na aquiliana, funciona o regime (mais restritivo) da responsabilidade do comitente (500.º/1): o principal só responde se, sobre o comissário, recair, também, obrigação de indemnizar;

- (3) na responsabilidade obrigacional funcionam as regras comuns de capacidade de exercício e do suprimento das incapacidades; na aquiliana, o incapaz só responde se as pessoas por ele responsáveis não tiverem meios suficientes (928.º);
- (4) na responsabilidade obrigacional, o devedor é sempre plenamente obrigado à indemnização; na aquiliana, havendo mera culpa (negligência), a indemnização pode ser fixada, equitativamente, em montante inferior ao que corresponderia aos danos causados, desde que o grau de culpabilidade do agente, a situação económica deste e do lesado e as demais circunstâncias do caso o justifiquem (494.º);
- (5) a cláusula penal reporta-se à responsabilidade obrigacional (408.º a 416.º); para a aquiliana funciona a regra da proibição da renúncia antecipada aos direitos (809.º);
- (6) numa situação de complexidade subjetiva aplica-se, na responsabilidade obrigacional, supletivamente, a regra da parciariedade (257.º e 285.º); na aquiliana, a regra de base é a da solidariedade (942.º, § único);
- (7) a responsabilidade obrigacional é complementada por deveres acessórios; a aquiliana, pelos deveres do tráfego.

#### **14. A *interpenetração aparente***

I. Fixadas as regras básicas, claramente contrapostas, das responsabilidades aquiliana e obrigacional, temos de reconhecer que, no Código Civil como outros Códigos, existe uma interpenetração entre ambas. Essa interpenetração resulta, essencialmente, de dois fenómenos:

- (1) de o legislador de 2002, seguindo a indicação do BGB, ter dado um aparente tratamento unitário à obrigação de indemnizar (562.º a 572.º);
- (2) de o mesmo legislador, no capítulo reservado à responsabilidade aquiliana, ter inserido diversas obrigações negociais ou legais.

II. A obrigação de indemnização está matricialmente virada para a

responsabilidade aquiliana. De facto, na responsabilidade obrigacional, o devedor inadimplente deve repor o equivalente à prestação principal em falta. Na aquiliana, há que avaliar o dano.

III. Mais significativo é o facto de o legislador, a propósito da responsabilidade aquiliana, ter previsto diversas obrigações legais ou ter assentado na prévia existência de contratos. Assim, entre outros:

- (1) o artigo 485.º/2 configura situações derivadas de prévios negócios ou obrigações de informar (responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações);
- (2) o artigo 932.º reporta-se à responsabilidade das pessoas que, por lei ou negócio jurídico, estejam obrigadas a vigiar outras, por incapacidade natural destas e pelos danos que estas pratiquem, “salvo se mostrarem que cumpriram o seu dever de vigilância”: uma autêntica presunção de culpa (de *faute*);
- (3) o artigo 937.º postula uma obrigação do proprietário ou do possuidor tomarem as medidas necessárias para evitar o desmoronar, total ou parcial, do edifício ou outra obra;
- (4) o artigo 936.º assenta numa obrigação de vigiar animais.

Estes denominados “delitos específicos” são, de facto, obrigações legais ou negociais: donde, por expressas injunções legais, se lhes aplicar o regime da responsabilidade obrigacional. De todo o modo, voltamos a frisar: caso a caso impõe-se a verificação do regime aplicável e da sua extensão.

Não parece ajustada a afirmação, patente numa doutrina com o fito de obscurecer as especificidades da responsabilidade obrigacional, de que, no próprio domínio delitual, haveria presunções de culpa. De facto, os artigos 485.º/2, 486.º, 491.º e 493.º/1 preveem, todos eles, situações obrigacionais. Daí resulta a presunção de culpa.

## 15. Síntese

I. Em tema de síntese, vamos assentar a contraposição entre as responsabilidades obrigacional e aquiliana em 10 pontos:

- (1) origem: a obrigacional advém da Tábua III (450 a. C.); a aquiliana da *lex*

- Aquilia de damno* (286 a. C.);
- (2) Direito comparado: as duas responsabilidades são claramente contrapostas nos diversos ordenamentos, com relevo para o francês e o alemão;
  - (3) base legal: a obrigacional assenta no não-cumprimento de uma obrigação específica; a aquiliana da violação de deveres gerais de respeito;
  - (4) Lei competente: a obrigacional segue o local da celebração do contrato; a aquiliana, o local do facto ilícito;
  - (5) tribunal competente: do domicílio do réu, na obrigacional (46.º); do local do facto ilícito, na aquiliana [53.º, IV, a)], ambos do CPC;
  - (6) pressupostos: não-cumprimento, na obrigacional (389.º); dano ilícito, na aquiliana (487.º/1);
  - (7) cláusula penal: possível, na obrigacional (812.º); nula, na aquiliana (809.º);
  - (8) complexidade subjetiva: parciariedade supletiva, na obrigacional (513.º); solidariedade, na aquiliana (490.º);
  - (9) complementações: deveres acessórios de proteção, de lealdade e de informação, na obrigacional (762.º/2) e deveres do tráfego, na aquiliana (extensão do 483.º/1);
  - (10) prescrição: 10 anos na obrigacional e 3 anos na aquiliana;
  - (11) axiologia de base: o não-cumprimento de uma obrigação permite um juízo mais severo e imediatista do que o atentado a deveres genéricos; as situações obrigacional e aquiliana são visceralmente distintas, justificando, no plano da justiça, regimes diferenciados.

II. Cada um destes pontos pode ser longamente desenvolvido. Mas, no seu conjunto, é muito. Não há margem para, com razoabilidade, vir dizer que o Direito vigente não conhece a distinção ou que ela não é justa, por falta de base legal. Torna-se ainda decisivo recordar que, em situações-tipo, a obrigação de indemnizar por incumprimento decorre da obrigação inadimplida: compartilha, quando possível, o seu teor, no tocante às prestações principais e comuns, ainda, dos deveres acessórios anteriores. A obrigação, havendo incumprimento, é a mesma.

## 16. *Ilicitude*

I. O artigo 483.º/1 do Código Civil português, na tradição do BGB alemão, refere, de modo expresso:

Aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação.

Pois bem: aparentemente, o facto, tal como acima o definimos e precisámos, será o “violar o direito” ou “violar a disposição legal”. O segundo degrau da responsabilidade – a ilicitude – viria apenas depois. Não chegaria violar um direito ou uma norma de proteção: isso teria de ser feito “ilicitamente”. Estranho: *a priori*, é ilícito violar direitos ou normas. A única hipótese de legitimar tais violações residiria na presença de uma causa de justificação: não haveria ilicitude se o agente violasse um direito alheio, mas agindo em ação direta, em legítima defesa ou em estado de necessidade, por exemplo. E a ser assim, o pressuposto “ilicitude” traduziria, apenas, a ausência de uma causa de justificação.

II. O direito subjetivo, enquanto permissão específica para o seu titular, é não-permissão para terceiros. Estes devem respeitá-lo, ou o direito subjetivo não fará sentido, precisamente no momento em que seria suposto revelar a sua utilidade. O “direito subjetivo” do artigo 483.º/1, perante o Direito português, abrange, pois:

- (1) apenas os direitos subjetivos *proprio sensu*;
- (2) todos os direitos subjetivos em sentido material e, portanto, independentemente das designações que se lhes atribuam.

Ficam excluídos da proteção os denominados danos puramente patrimoniais, isto é, os danos que não passem pela violação de um direito subjetivo. Estes, a terem tutela, terão de se acolher às normas de proteção, abaixo examinadas.

III. As normas de proteção são hoje entendidas como “correias de transmissão” de valores apurados, noutros âmbitos jurídicos, para o domínio aquiliano. O Direito civil estatui, predominantemente, com recurso a direitos subjetivos: às pessoas são confiadas posições vantajosas que lhes permitem o específico aproveitamento de certos bens. Por isso, a ilicitude tipicamente civil tem a ver com a violação de direitos subjetivos.

Noutras áreas normativas – e, em certos casos, no próprio Direito civil – não é assim. As normas jurídicas prescrevem regras de conduta, no interesse geral e de cada um, mas sem delimitar porções axiológicas entregues, em exclusividade, a certas pessoas. Assim sucede com diversas normas penais e contraordenacionais, ou com

regras que permitem o funcionamento da sociedade, como o Código da Estrada ou os regulamentos dos caminhos de ferro.

Quando a violação de tais normas provoque danos, embora não se tenham propriamente violado direitos subjetivos, pode caber o dever de indemnizar, desde que reunidos os demais requisitos. Estão em causa, entre outras, as normas que visem afastar os perigos abstratos.

### **17. *Natureza da ilicitude; elementos subjetivos***

I. Conhecidas as vertentes da ilicitude, cumpre examinar a sua natureza. E, desde logo: ela implica uma pura desconformidade da conduta com a estatuição normativa, sendo puramente objetiva ou requer uma especial vontade do agente, tendo uma vertente subjetiva? A questão não se confunde com estoutra, já examinada: a de saber se o facto implica a conduta ou o resultado.

II. Aquando da importante tomada de posição de Jhering sobre o momento da culpa, poder-se-ia entender que a ilicitude era, apenas, a desconformidade objetiva da conduta com a norma; e justamente por isso, ela não chegaria para provocar a responsabilidade: o possuidor de boa-fé, embora violando objetivamente a propriedade do verdadeiro dono, não responde por não ter “culpa”.

Mas esta orientação recebeu um significativo corretivo por parte de Hans Albrecht Fischer (1874-1942): no caso do possuidor de boa-fé, não existe, desde logo, uma atuação ilícita. A ilicitude incide sobre uma ação humana: voluntária e imputável. E é essa ação, no seu todo, que surge contrária ao Direito.

III. Na ilicitude cabem, pois, elementos subjetivos: todos os que sejam necessários para compreender plenamente o sentido de uma ação humana.

Por exemplo: o apontar uma arma à cabeça de outrem pode significar uma cena num teatro, um assalto à mão armada, um ato ocasional sem significado, um ato ocasional perigoso, uma detenção legítima de um criminoso pelas forças policiais, uma brincadeira e assim por diante. Apenas na posse dos elementos subjetivos da ação poderemos, sequer, saber do que se trata.

Digamos, em síntese, que a ilicitude se reporta a uma ação (comportamento, resultado ou ambos), a qual, sendo humana, implica sempre os tais elementos subjetivos.

## 18. *A culpa*

I. A ideia de culpa está no cerne da imputação delitual, isto é, na efetivação normativa de mandar que alguém, através de uma indemnização, suporte os danos primeiro ocorridos numa esfera jurídica alheia. A culpa permite, na verdade, dar dois passos:

- (1) formular o juízo geral de legitimidade no despojar, alguém, de alguns dos seus bens (ou, quiçá: de todos) e entregá-los a outrem;
- (2) decidir quem merece sofrer esse tratamento e quem é o beneficiário.

Trata-se de cobertura significativo-ideológica da responsabilidade civil a qual, como foi visto, em paulatina e atormentada evolução histórica, permitiu atingir níveis ético-culturais para a responsabilidade e, em definitivo, tomar a opção básica de que ela é individual. Mas esta omnipresença da culpa e o seu forte poder de sugestão têm um preço; ela surge em múltiplas conjunturas, tendo uma utilização intensa e polissémica. Seja na lei, seja na doutrina, seja nas decisões dos tribunais e seja, finalmente, na linguagem jurídica coloquial, “culpa” pode ser usada com alcances distintos. Cabe, pois, prevenir: perante a expressão “culpa”, não é possível fazer qualquer consideração sem ter em conta o contexto em que seja utilizada.

II. A culpa, quando recém-separada da ilicitude, começou por assumir um alcance puramente psicológico. Sendo a ilicitude (na altura) o puro dado objetivo da dissonância entre a conduta do agente e a estatuição normativa por ele desrespeitada, a culpa permitiria imputar o ocorrido à vontade livre daquele.

Alguns autores tiveram uma posição de charneira: embora partindo do princípio de que a culpa era uma realidade psicológica, davam-lhe, depois, já um tratamento normativo. Finalmente: entende-se, hoje, a culpa como uma realidade normativa: um juízo de censura formulado pelo Direito, relativamente à conduta ilícita do agente.

Não basta, pois, que a conduta do agente seja contrária ao Direito; é necessário que essa contrariedade ocorra em moldes tais que provoque um juízo de reprovação, por parte do ordenamento. Trata-se de um grande progresso analítico, conseguido no afinamento da imputação aquiliana.

III. O predomínio das conceções normativas da culpa não tem apenas a ver com

o afinamento geral da metodologia jurídica e com a crescente capacidade que a Ciência do Direito tem de isolar os seus próprios esquemas comunicativos, de modo a melhor os conhecer e aperfeiçoar. Subjacentes a este avanço estiveram progressos alcançados no próprio conhecimento da ação humana. Esta tem em si, numa unidade ontologicamente incindível, os elementos materiais e volitivos (“psicológicos”) que permitem considerá-la “ação humana”. Não há que extravasá-los para a culpa.

No terreno, podemos considerar que o conceito normativo de culpa permite um alargamento do âmbito da responsabilidade civil, com uma mais diferenciada atenção pelos valores em presença.

Assim, vale o acórdão do STJ 25-jun.-2009: foi aí condenado em indemnização por danos patrimoniais e morais, o estabelecimento de ensino superior que permitiu um regulamento de “praxes”, no âmbito do qual uma aluna foi submetida a práticas vexatórias e totalmente injustificadas. Afigura-se patente a necessidade de um juízo ético geral sobre tais ocorrências.

## 19. *Dolo e negligência*

I. Atualmente, o dolo é considerado simplesmente como uma graduação da culpa em sentido amplo. Diz-se que age com dolo aquele que procede voluntariamente contra a norma jurídica cuja violação acarreta o dano. Mercê, sobretudo, do esforço dos penalistas, é comum a distinção de três tipos de dolo: (1) dolo direto; (2) dolo necessário; (3) dolo eventual.

No dolo direto, o agente atua diretamente contra a norma: por exemplo, António destrói uma coisa alheia, porque o quer fazer.

No dolo necessário, o agente atua em determinado sentido que, não sendo propriamente a norma violada, implica, no entanto, a inobservância voluntária desta: por exemplo, Bento não quer alterar o seu andamento, destruindo, necessária e voluntariamente, a coisa que estava de permeio.

No dolo eventual, o agente atua em determinado sentido que, não sendo o da violação da norma, pode implicar a inobservância voluntária desta: por exemplo, Carlos não quer alterar o seu andamento, ainda que, com isso tenha de, voluntariamente, destruir uma coisa.

II. Atualmente, a mera culpa ou negligência tem sido entendida como a violação (objetiva) de uma norma por inobservância de deveres de cuidado ou, na linguagem do BGB, por violação do cuidado necessário no tráfego.

No decurso da sua atuação na sociedade, as pessoas devem observar determinadas regras de cuidado, de prudência, de atenção ou de diligência para que não violem, ainda que involuntariamente, normas jurídicas. A não observância desses cuidados elementares pode provocar uma violação, ainda que não incluída, a título direto, necessário ou eventual na atuação do agente. Verifica-se, nessa altura, o delito negligente, isto é, aquele cuja previsão reside nos tais deveres de cuidado. Os deveres de cuidado a observar devem ser determinados em concreto, consoante o perfil dos casos em jogo. Donde o falar-se na relatividade dos deveres em causa.

À luz desta orientação, podemos explicar os dois graus de negligência que hoje se aceitam: a negligência consciente e a negligência inconsciente. No primeiro caso o agente tem conhecimento da existência dos deveres de cuidado mas, não obstante, não os acata, esperando que não haja danos (quando não, já haveria dolo); no segundo, o agente não tem conhecimento dos deveres de cuidado. Os efeitos desta distinção devem ser reconduzidos ao problema da consciência da ilicitude.

III. Ao contrário do BGB, o Código português não refere os deveres do tráfego, antes mantendo a referência tradicional à diligência do bom pai de família – artigo 487.º/2. Esta disposição levanta algumas dificuldades. Em princípio, o artigo 487.º/1, reporta-se à culpa *lato sensu*, englobando, assim, o dolo e a negligência. Sustentamos, contudo, que o n.º 2 dessa mesma disposição tem, fundamentalmente, em vista a negligência. Efetivamente, o dolo é, pelo seu teor incisivo, de fácil apreciação: basta constatar a vontade de prevaricar, isto é, de não acatar a norma jurídica cuja violação provoque o dano a imputar.

Em compensação, a negligência levanta delicados problemas de apreciação. Verifica-se uma situação em que a violação danosa emerge não da vontade imediatamente prevaricadora, mas simplesmente de um desrespeito por deveres de precaução que acabou por acarretar uma violação danosa. Põe-se, assim concretamente, a questão de saber quais são esses deveres e que medida de esforço deve, ao agente, ser exigida para o pôr ao abrigo de imputações delituais por quaisquer violações objetivas. A resposta consta, genericamente, do artigo 487.º/2 que, precisamente por isso, deve ser entendido como dirigido primordialmente à negligência. E diz ele que o critério de apreciação da culpa – e logo das previsões normativas que lhe estão na origem – deriva:

- (1) da diligência de um bom pai de família;
- (2) em face das circunstâncias de cada caso concreto.

Já referimos o significado normativo da diligência de um bom pai de família;

verificamos, agora que quem, por inobservância dessa bitola valorativa – que nos conduz ao princípio da boa-fé – violar objetivamente (não propositadamente) uma norma, age com negligência.

## 20. *Nexo causal*

I. Tem merecido o apoio generalizado dos autores, em face da insuficiência das orientações atrás referidas<sup>1</sup>, a doutrina da causa adequada<sup>2</sup>.

Esta orientação parte da ideia de *conditio sine qua non*: o nexo causal de determinado dano estabelece-se, naturalmente, sem-pre em relação a um evento que, a não ter ocorrido, levaria à inexistência de dano. Isto é: se mesmo sem evento, houvesse dano, haveria que procurar a sua causa em nível diferente. Sim-plesmente, como existirão, fatalmente, vários eventos nessa situação, trata-se de determinar qual deles, em termos de norma-lidade social, é adequado a produzir dano. Assim, se uma pessoa é ligeiramente ferida, numa agressão e morre, depois, por acidente ocorrido quando ia receber tratamento, não pode, ao agressor, ser atribuída a morte: uma pequena ofensa corporal não é a causa adequada de morte. Mas, se sobre um cidadão é dispa-rada uma arma de fogo na região cardíaca e este morre, deve atribuir-se a morte ao disparo e não, por exemplo, à falta de desenvolvimento da ciência médica que não foi capaz de, imediatamente, promover um transplante: nas condições normais, um disparo no coração é causa adequada de morte.

Chamamos, contudo, a atenção para o facto de existir, entre os seus seguidores, uma certa inquietação. Tomemos um exemplo, muito debatido:

- (1) uma notícia falsa de um evento funesto não é causa adequada de morte de uma pessoa;

---

<sup>1</sup> Entre muitos: Max Rümelin, *Verwendung der Causalbegriffe in Straf- und Civilrecht* (1900), 174 p.; Ludwig Traeger, *Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht: zugleich ein Beitrag zur Auslegung des B.G.B.* (1904), XI + 391 pp.; Alois Zeiler, *Zur Lehre vom Kausalzusammenhang*, ZStW, 493-515.

<sup>2</sup> Existem múltiplas formulações desta doutrina; p. ex., Antunes Varela, *Das obrigações em geral* cit., 10.<sup>a</sup> ed., 887 ss.; Manuel de Andrade, *Teoria geral das obrigações* cit., 355 ss.; Pereira Coelho, *O nexo de causalidade* cit., 201 ss.; Francesco Antolisei, *Il rapporto di causalità* cit., 93 ss.; com influência direta em Pereira Coelho. Na doutrina alemã, temos, p. ex., Günther Bernert, *Die Leerformel von der “Adaequanz”*, AcP 169 (1969), 421-442; Deutsch, *Haftungrecht* cit., 2.<sup>a</sup> ed., Nr. 133 ss. (88 ss.); Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts* cit., 1, 14.<sup>a</sup> ed., § 21, III (431 ss.); Hein Kötz, *Deliktsrecht*, 7.<sup>a</sup> ed. (1996), 58 ss..

- (2) porém, tal notícia dada a um cardíaco hipersensível já pode causar a morte, embora não haja adequação;
- (3) e se alguém, conhecendo o estado clínico da vítima, usar conscientemente esse processo para a matar?

Parece, desta forma, que a causa adequada pode ser qualquer uma, consoante as circunstâncias. E se são as circunstâncias que definem a adequação de determinada causa, então fácil é concluir que são as circunstâncias que definem a própria causa. Afinal, a adequação é apenas uma expressão cómoda para traduzir a idoneidade de determinado processo causal, idoneidade essa que terá de ser procurada noutras latitudes. É a fórmula vazia de que fala Bernert<sup>3</sup>.

II. No tocante ao nexo de causalidade requerido pela responsabilidade aquiliana, cumpre deixar explícito que não existem, no estado atual da Ciência do Direito, fórmulas universais válidas. Ou melhor: tais fórmulas podem ser ensaiadas; mas são pouco úteis, em casos menos habituais, tanto mais que só são alcançáveis em planos de elevada abstração. A causalidade relevante deve ser construída, caso a caso, perante as diretrizes da Ciência do Direito.

III. O artigo 563.º do Código Civil português, a propósito da obrigação de indemnização<sup>4</sup>, dispõe:

A obrigação de indemnização só existe em relação aos danos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão.

A jurisprudência, sob influência de Antunes Varela cuja obra se conserva muito divulgada, afirma haver aqui uma formulação negativa da causa adequada<sup>5</sup>. Na verdade, a lei não refere qualquer adequação<sup>6</sup>, o que não prejudica, uma vez que estamos, por excelência, numa área de elaboração jurídico-científica. De todo o modo, fica claro que

<sup>3</sup> Günther Bernert, *Die Lehrformel von der "Adaequanz"* cit., 431 ss..

<sup>4</sup> Seguindo o esquema do BGB alemão, onde a matéria é sugerida, com menos clareza, no § 249.

<sup>5</sup> STJ 20-jan.-2010 (Álvaro Rodrigues), Proc. 670/04 e STJ 3-fev.-2010 (Mário Pereira), Proc. 162/2001.

<sup>6</sup> E isso ao ponto de o próprio Antunes Varela, *Das obrigações em geral* cit., 1, 10.ª ed., 899, vir reconhecer que “a fórmula adotada não é, todavia, inteiramente feliz para exprimir o pensamento do legislador”; acolhe-se, depois, aos preparatórios.

não se deve pedir ao artigo 563.º o que ele não pretende dar.

No domínio da causalidade, podemos distinguir dois planos, para efeitos de análise<sup>7</sup>:

- (1) a causalidade enquanto pressuposto de responsabilidade civil;
- (2) a causalidade como bitola de indemnização.

No primeiro plano, opera, como filtro negativo, a *conditio sine qua non*: se o facto ilícito foi indiferente para a produção do dano, não há como imputá-lo ao agente. Mas não chega: pela positiva, haverá que formular um juízo humano de implicação; dadas as condições existentes, era compaginável, para a pessoa normal, colocada na situação de agente, que a conduta deste teria como resultado razoavelmente provável ou, simplesmente, possível, a produção do dano. A “pessoa normal” é uma pessoa social, integrada no meio onde o problema se ponha. Temos, aqui, uma ideia de adequação, que pode ser enriquecida ao infinito com múltiplas considerações.

Mas também não chega: a causalidade pode não ser “socialmente adequada” mas ter sido voluntariamente montada para se conseguir, ainda que por via anómala, o resultado. Teremos, então, a causalidade provocada. Progredindo: o elemento decisivo para fixar a causalidade será o escopo da norma violada: um avanço que não mais se pode perder.

Em síntese, podemos afirmar que a causalidade, enquanto pressuposto de responsabilidade civil, se vai desenvolver em quatro tempos:

- (1) *conditio sine qua non*;
- (2) adequada, em termos de normalidade social; ou
- (3) provocada pelo agente, para obter o seu fim;
- (4) consoante com os valores tutelados pela norma violada.

Estes tempos equivalem a cortes numa realidade onticamente unitária. Derivam da necessidade de análise e da incapacidade da linguagem humana transmitir, numa só expressão, esta realidade.

III. Enquanto bitola de indemnização, a causalidade vai permitir responder a questões deste tipo:

---

<sup>7</sup> Com indicações, Hartmut Oetker, no *Münchener Kommentar* cit., 2, 9.<sup>a</sup> ed. § 249, Nr. 104-108 (428-430).

- (1) há que contar com os danos indiretos ou, apenas, com os diretos?
- (2) o que sucede perante sequências causais anómalas não provocadas?
- (3) como conjugar concursos de causas ou, mais latamente, de imputações?
- (4) a causalidade virtual releva e, sendo a resposta afirmativa: positiva ou negativamente?

Tudo isto decorre da conceção básica de causalidade. Apresenta, no entanto, desenvolvimentos que justificam a sua análise subsequente.

## V – O sistema da reforma

### 21. *As responsabilidades delitual e contratual*

I. O artigo 186.º do Código Civil brasileiro, a propósito da prática de um ato ilícito, base de responsabilidade delitual ou aquiliana, não refere a culpa. Também o artigo 927.º, relativo à obrigação de indemnizar, liga-a à prática de um ato ilícito, sem mencionar a culpa. Aparentemente, estaríamos em face de um monismo da responsabilidade civil, assente na ilicitude. Todavia, a doutrina brasileira bem conhece a dupla ilicitude/culpa, tendo o cuidado de contrapor o sistema do Brasil ao sistema francês de *faute*.

II. A reforma de 2024 poderia constituir um ensejo para “melhorar” a situação, isolando a culpa, da ilicitude. Todavia, o novo artigo 927.º mantém a referência monista à ilicitude, enquanto o projetado artigo 927.ºB refere a “obrigação de reparar o dano independentemente de culpa”. As hipóteses sucessivas de responsabilidade pelo risco são ditas “sem culpa”: 931.º (fabricante), 932.º (pais, tutores, guardiães, etc.), 936.º (guarda de animal), 938.º (coisas que caiam de prédio). O 937.º (ruína de edifício), em circunstância idêntica, refere uma responsabilidade “objetiva e solidária”. No artigo 934.º, § único, o empregador, comitente ou tomador de serviços podem agir regressivamente contra o emprego, preposto ou prestador de serviços, mediante comprovação de dolo ou culpa.

III. Nos pressupostos da responsabilidade civil, o texto inicial definia ilicitude

como a “objetiva contrariedade ao direito, quando não justificada” (927.<sup>º</sup>B, *caput*), enquanto o 927.<sup>º</sup>, § único, apresentava a culpa como o agir “intencionalmente ou por negligência, imprudência ou imperícia”, “violando o padrão de conduta exigível”. No que parece ser o texto final, estas noções desaparecem. Certo é, porém, que o projeto não curou de isolar “ilicitude” e “culpa”, fixando, para elas, um regime adequado.

IV. A ideia do nexo como reportado às consequências imediatas e mediatas previsíveis (927.<sup>º</sup>A, *caput*) adveio do artigo 403.<sup>º</sup>, sobre lucros cessantes, que não foi alterado, levando a uma miríade de problemas. Também ele desapareceu do texto final, não constando da reforma.

V. Quanto à responsabilidade contratual: o novo artigo 396.<sup>º</sup>, § único, exarava expressamente que a mora do credor independe de culpa. A *contrario*, parece que a do devedor já exigiria essa “culpa”. A lei não é clara. Todavia, o artigo 394.<sup>º</sup>, relativo à mora do devedor, não exige qualquer culpa. E no topo, o artigo 389.<sup>º</sup> (agora 389.<sup>º</sup> *caput*) responsabiliza o devedor que não cumpre a obrigação, sem qualquer referência à culpa. Consideramos, assim, que a responsabilidade contratual, no Direito brasileiro, de acordo com as diretrizes hoje dominantes, não exige “culpa”: apenas incumprimento, o qual é, obviamente, ilícito.

## 22. *Questões pendentes*

I. Neste momento, discutem-se dois pontos básicos no plano internacional e no nacional, em diversos Direitos: (1) a hipótese de cláusulas de exoneração de responsabilidade e (2) a viabilidade de uma cláusula geral de imputação pelo risco.

II. Pela nossa parte, com base no Código português, temos criticado a possibilidade de isentar, em momento prévio, as partes (ou alguma delas). Vários preceitos (809.<sup>º</sup>, que veda expressamente tais cláusulas e 942.<sup>º</sup>/1, quanto à doação de bens futuros, que é proibida) indicam que não é viável a renúncia antecipada aos direitos. A precipitação do momento, típica dos povos do Sul, a tanto conduz. Assim, não será possível constituir obrigações naturais fora das previsões normativas que as permitam. O Direito brasileiro parece ser mais permissivo. Mas este ponto é sensível e poderá ser pensado, no âmbito da reforma. Quiçá pontos menos importantes foram tratados.

III. Uma cláusula geral de responsabilidade pelo risco vem já do Código Reale. Trata-se de uma ocorrência grave, tanto mais que se não fixa, para a responsabilidade pelo risco, limites máximos. O Prof. Canaris considerava que a ausência de limites era inconstitucional. As companhias seguradoras brasileiras certamente limitarão tal responsabilidade: um tema a estudar.

IV. Complementarmente, temos, ainda, os seguintes dilemas em aberto:

- (1) Há que intensificar a clivagem entre as responsabilidades contratual e extracontratual, dissociando, em definitivo, a primeira, da culpa?
- (2) Justifica-se montar uma terceira via entre ambas?
- (3) Os pressupostos da responsabilidade extracontratual (facto, ilicitude, culpa, nexo causal e dano) podem ser construídos num sistema móvel?
- (4) Até onde podemos ir na socialização do risco?
- (5) Faz sentido aplicar, nas indemnizações, a contraposição entre interesse positivo e interesse negativo?

## VI – Breve apreciação

### 23. *Considerações finais*

I. O projeto de reforma, no tocante à responsabilidade civil, é obra complexa e meritória. Revela uma grande cultura jurídica e muita coragem, por parte dos seus ilustres autores. Como é evidente, não nos pronunciamos sobre a sua oportunidade: matéria da competência do Congresso, sujeita à apreciação da comunidade jurídica brasileira.

II. Isto dito e a passar-se na minha Terra, eu chamaria a atenção para a necessidade de:

- (1) deixar mais clara a contraposição básica entre a responsabilidade delitual ou aquiliana e a responsabilidade contratual;
- (2) afinar os pressupostos da responsabilidade delitual: ilicitude, culpa e nexo causal, como os mais delicados; mas evitaria definições, que serão prontamente ultrapassadas pela doutrina e pela jurisprudência;
- (3) admitir, para este tipo de responsabilidade, um esquema de sistema móvel;

- (4) estudar os temas das cláusulas de exoneração de responsabilidade e da imputação pelo risco, sem limites;
- (5) alinhar a linguagem nas imputações especiais: guarda de pessoas, ruína de construção e animais perigosos, entre outros; ponderar a introdução de hipóteses de relevância negativa de causa virtual;
- (6) afastar as ideias de terceira via e limitações ao interesse negativo: a indemnização deve ser, sempre, total.

O Direito e a doutrina comparados seriam úteis auxiliares.

III. Na minha Terra, eu sugeriria que a parte da responsabilidade civil fosse retirada do universo da reforma, se esta for considerada premente e dever prosseguir.

No Brasil, a doutrina e o legislativo melhor dirão.