

ALGUNS ASPECTOS DA RESPONSABILIDADE OBRIGACIONAL NO CÓDIGO CIVIL 1966 (*)

por Correia de Jesus

I

INTRODUÇÃO

1. Objecto do colóquio e sua delimitação

1.1 — *Formação positiva do objecto*

A entrada em vigor de um novo código é sempre fonte de dificuldades — dificuldades para os cidadãos sujeitos aos seus comandos e para os órgãos encarregados da aplicação do direito. Por muito perfeita que a lei se apresente, sempre surgem obstáculos difíceis de remover, quer no domínio da interpretação e integração das normas jurídicas, quer na tarefa difícil de fazer actuar os imperativos legais.

Assim, em vez de analisarmos os grandes problemas teóricos que se põem a propósito da responsabilidade civil, preferimos reflectir sobre os contrastes da lei nova com a lei antiga, limitando-nos àquelas realidades que integram aspectos controvertidos do tema em questão.

(*) Comunicação ao Instituto da Conferência de Lisboa da Ordem dos Advogados, na sessão de 11 de Janeiro de 1968.

A nossa comunicação tem por objecto a responsabilidade obrigacional, isto é, a responsabilidade decorrente da violação de obrigações.

1.2 — *Delimitação negativa do objecto*

Convém, desde já, assinalar que ficam de fora das nossas preocupações a responsabilidade civil extra-obrigacional, delictual ou aquilina, a responsabilidade civil conexas com a criminal e os demais tipos de responsabilidade juridicamente relevantes.

Esta delimitação negativa do objecto apresenta, porém, pouco interesse. No domínio da responsabilidade civil há, por assim dizer, uma axiologia genérica, um conjunto de princípios comuns, que a doutrina e a própria lei têm procurado assentar, independentemente das várias espécies de responsabilidade civil. Por isso, ao reflectirmos sobre a responsabilidade obrigacional, as nossas afirmações terão de hesitar, necessariamente, entre o que é específico do incumprimento culposo das obrigações e o que é geral em relação a toda a responsabilidade civil.

2. Interesse da matéria em análise

2.1 — *Interesse teórico*

Dentro do Direito das Obrigações, a responsabilidade civil constitui um dos sectores em que se manifestam as mais profundas divergências: a fundamentação da responsabilidade, a sua função, a indicação dos respectivos pressupostos e o sentido atribuído a cada um deles, a medida da indemnização constituem questões em que reina uma acentuada disparidade de pontos de vista. O que torna o problema mais delicado é que estas dissidências doutrinárias não se confinam ao campo puramente teórico, projectando-se, muitas vezes, em conclusões práticas diferentes, com todos os inconvenientes de ordem social que isso pode representar. Repare-se, por exemplo, nas variações a que está sujeito o montante da indemnização, consoante

a posição que se tomar quanto ao nexo de causalidade entre o acto ilícito e o prejuízo.

2.2 — *Interesse prático*

Embora situados numa fase patológica da vida da obrigação, os casos de responsabilidade civil surgem com uma frequência quotidiana. A cada passo, os particulares, os advogados e os juizes encontram-se a braços com problemas de inexecução.

Parece, assim, evidente o interesse teórico e prático do tema em análise.

3. Limitações

Para concluirmos estas considerações introdutórias, resta acrescentar que o estudo da responsabilidade obrigacional à luz do novo Código Civil é, por enquanto, uma tarefa quase inacessível.

Os tribunais, praticamente, ainda não aplicaram o direito novo e, além de algumas lições universitárias e artigos publicados em revistas jurídicas, é quase total o silêncio da doutrina.

A este deserto de elementos de consulta junta-se o nosso desconhecimento da maior parte das disposições do novo código — o que nos impede de fazer interpretação sistemática de alguns dos preceitos relativos à responsabilidade civil.

É é, assim, com estas limitações que vamos tentar caminhar sobre o terreno fluido da responsabilidade obrigacional no novo Código Civil.

II

ASSENTO LEGAL DA MATÉRIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Vamos, em primeiro lugar, esclarecer-nos acerca do assento legal da matéria da responsabilidade civil.

1. Código de 1867

1.1 — *Responsabilidade delitual*

Como estamos ainda recordados, a parte IV do Código de Seabra tinha por epígrafe «Da ofensa dos direitos e da sua reparação», sendo o seu livro I dedicado à responsabilidade civil. Aí se encontravam as disposições fundamentais sobre a responsabilidade delitual.

1.2 — *Responsabilidade obrigacional contratual*

Quanto à responsabilidade obrigacional contratual, dispunha o art. 2393 que: «A responsabilidade, proveniente da não execução dos contratos, regular-se-á pelas disposições dos artigos 702 e seguintes [...]». A responsabilidade contratual era assim imprópriamente tratada num capítulo que se intitulava «dos efeitos e *cumprimento* dos contratos».

1.3 — *Responsabilidade obrigacional extra-contratual*

No Código velho, a responsabilidade obrigacional extracontratual não tinha regulamentação directa: era-lhe extensivo o regime da responsabilidade contratual, em tudo aquilo em que o mesmo se mostrasse aplicável.

2. Código de 1966

2.1 — *Responsabilidade delitual*

No Código vigente a responsabilidade civil vem regulada em três lugares distintos.

Dispõe-se sobre a responsabilidade delitual na primeira subsecção dedicada à responsabilidade civil. Isto é, do art. 483 ao art. 498.

Se bem repararmos, ao epigrafar-se esta secção por «responsabilidade civil», tomou-se o efeito pela causa. Percorrendo o Código, vê-se claramente que o legislador quis referir-se à fonte da obrigação, que é o delito, e não ao seu efeito, que é a responsabilidade civil, pois esta secção integra-se no capítulo das fontes das obrigações. E para o Código fontes das obrigações são os contratos, os negócios unilaterais, a gestão de negócios, o enriquecimento sem causa e a responsabilidade civil. Ora responsabilidade civil delitual não é a fonte da obrigação de indemnizar, mas consiste na própria obrigação. A sua fonte é o delito.

2.2— *Responsabilidade obrigacional*

O novo Código trata da responsabilidade obrigacional a propósito do não cumprimento das obrigações. Referem-se-lhe os arts. 798 a 812. Evitou-se, assim, a incorrecção do Código velho, que consistia em tratar da responsabilidade obrigacional — que é uma hipótese de inexecução ilícita — em sede de cumprimento.

2.3 — *Obrigação de indemnizar*

Com interesse para as duas espécies de responsabilidade são os preceitos relativos à obrigação de indemnizar. Esses preceitos constam dos arts 562 a 572. A obrigação de indemnizar fundada na responsabilidade contratual tem a sua disciplina própria nos arts. 798 a 812.

Além destes preceitos, há no Código disposições especiais sobre responsabilidade.

Repare-se, ainda, que o novo Código faz silêncio acerca da distinção entre responsabilidade meramente civil e responsabilidade civil conexas com a criminal. A distinção, porém, subsiste, bastando, para tanto, lembrar que permanecem no Código Penal disposições que expressamente a consagram.

Feito este confronto sobre o assento da matéria nos dois Códigos, é justo reconhecer que o Código novo apresenta, a este respeito, uma sistematização mais perfeita.

III

NOÇÕES DE RESPONSABILIDADE CIVIL E DE
RESPONSABILIDADE OBRIGACIONAL

1. Noção de responsabilidade civil

1.1 — *Código de 1867*

No Código antigo não estava expressamente consagrada uma noção de responsabilidade civil que fizesse menção de todos os seus elementos. O art. 2361 era insuficiente para integrar um conceito apropriado de responsabilidade civil.

Dispunha o art. 2361:

«Todo aquele, que viola ou ofende os direitos de outrem, constitui-se na obrigação de indemnizar o lesado por todos os prejuízos que lhe causa».

Como se vê, não há qualquer referência ao elemento subjectivo do acto ilícito — à culpabilidade; os autores afirmavam que a ideia de violação pressupõe, por si, um mínimo de culpabilidade. Isto, porém, já era uma elaboração doutrinal — e a lei quedava imperfeita.

Por outro lado, lia-se no art. 2361 que as pessoas se constituem na obrigação de indemnizar. Ora, como sabemos, não são as pessoas que se constituem na obrigação de indemnizar, mas a lei que atribui ao acto lícito tal consequência.

1.2 — *Código de 1966*

Vamos, agora, analisar o art. 483 do novo Código. No seu n. 1, lê-se:

«Aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a pro-

teger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação.»

a) *Com dolo ou mera culpa*

O art. 483 começa por esclarecer o elemento subjectivo do acto ilícito exigindo, para que nasça a obrigação de indemnizar, que o agente actue com dolo ou mera culpa. Ao fazê-lo, a lei corrobora, de certa maneira, aquilo que, segundo a lição de Larenz, constitui o entendimento geral da doutrina: os conceitos jurídico e filosófico de acção não coincidem. O conceito filosófico compreende apenas o acto querido, o acto desejado pelo agente; o conceito jurídico compreende não só o acto querido, mas também a obtenção de um resultado mediante uma conduta inconsciente, não querida — desde que exista a possibilidade do controlo da consciência e, por conseguinte, esteja ao alcance do agente evitar a conduta geradora do dano. Usando uma terminologia filosófica, o dolo é a acção, ao passo que a culpa «*stricto sensu*» é uma simples *pré-forma* da acção — e isto porque o que caracteriza a acção, no domínio da filosofia, é a realização da vontade através de uma actividade (conscientemente) dirigida para um fim determinado. A imputação psicológica que está na base da responsabilidade civil reclama um conceito próprio de acção que satisfaça as exigências da segurança jurídica e da justiça em geral. Fazendo uso da expressão de Vaz Serra, não é necessário que o acto seja, efectivamente, dominado pela vontade: basta que seja *dominável* por ela.

Está, assim, expressamente consagrado um dos requisitos do acto ilícito; a culpabilidade, que se define como a qualidade do acto que determina, a respeito dele, um juízo de reprovação ou censura. Quando o devedor ou agente não realiza o comportamento a que está adstrito, voluntária e injustificadamente, haverá culpabilidade — haverá dolo ou culpa. Os pressupostos da culpabilidade são, portanto, a culpa em sentido amplo e a ausência de causas de escusa.

b) *Violar ilícitamente*

O art. 483 inclui, de maneira expressa, entre os pressupostos da responsabilidade, a ilicitude ou, como dizem alguns autores, a antijuridicidade.

O agente viola ilicitamente um direito ou uma disposição legal quando omite o comportamento devido, a conduta a que está adstrito — (repare-se que a omissão do comportamento devido tanto pode consistir numa acção, como numa omissão, art. 486). Mas quando é que se omite o comportamento devido? Sempre que o devedor deixa de realizar a prestação? Sempre que o automobilista infringe uma lei de trânsito?

A omissão do comportamento devido, como elemento objectivo da ilicitude, pressupõe:

- a possibilidade de o agente ter cumprido;
- a ausência de causas de escusa;
- a lesão de um direito ou de um interesse juridicamente tutelado.

A lei ao introduzir este requisito da ilicitude vem dar relevância às causas justificativas da omissão do comportamento devido. Assim, sempre que o agente viole um direito ou uma norma, ocorrendo uma causa de justificação, não será responsável — porque não violou ilicitamente.

Diz Pessoa Jorge que o advérbio *ilicitamente*, empregado no art. 483-1, permite admitir a possibilidade de se violarem *licitamente* direitos alheios. E essa possibilidade corresponde à situação de não cumprimento ocorrendo uma causa de justificação.

A antijuridicidade é pressuposto que vinha já assinalado em muitos códigos estrangeiros.

O Código alemão, § 323, al. 1), prescreve:

«Quem, dolosa ou culposamente, lesa *antijuridicamente* a vida, o corpo, a saúde, a liberdade, a propriedade ou outro direito alheio, é obrigado a indemnizar o lesado pelo dano daí resultante.»

Por sua vez, no Código suíço, art. 41, al. 1), lê-se:

«Quem causa, de *maneira ilícita*, um dano a outrem, seja intencionalmente, seja por negligência ou imprudência, é obrigado a repará-lo.»

c) *O direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios*

O art. 483 alarga o âmbito da matéria violável, incluindo nela os interesses juridicamente protegidos.

No domínio do Código anterior, entendia-se que só a lesão de direitos subjectivos era pressuposto da responsabilidade civil. A ofensa de outras situações vantajosas, ainda que causasse prejuízos, não dava lugar a responsabilidade civil. Encontrava-se o fundamento legal desta orientação no art. 2361, que declarava: «Todo aquele, que viola ou ofende os direitos de outrem, constitui-se na obrigação de indemnizar o lesado por todos os prejuízos que lhe causa». Invocavam-se, ainda, para o efeito, os arts. 2362, 2364, 2.^a parte, 2536 e outros.

O preceito do n. 1 do art. 483 é, portanto, inovador.

Dele resulta que a responsabilidade civil não pressupõe necessariamente a lesão de direitos subjectivos. Pode fundamentá-la a ofensa de outras situações favoráveis, desde que estas tenham uma tutela ou protecção legal.

Ao indicar o objecto de violação, o legislador podia ter seguido um de dois sistemas: ou indicava, à maneira do Código alemão, todos os direitos e bens cuja lesão dá lugar à responsabilidade civil; ou estabelecida uma regra geral acerca da responsabilidade por actos ilícitos.

O sistema alemão tem o inconveniente de poder não abranger todas as hipóteses em que é razoável admitir a responsabilidade.

A fórmula geral tem o inconveniente de deixar dependente do arbítrio judicial a qualificação de alguns factos como ilícitos geradores de responsabilidade, sujeitando, assim, os particulares à surpresa de uma responsabilidade com que não contavam nem tinham obrigação de contar — dada a indeterminação relativa do conteúdo da fórmula geral. Por outro lado, Larenz afirma, com razão, que o legislador que se limita a estabelecer disposições gerais só incompletamente realiza o seu dever de regulação.

O nosso legislador adoptou o sistema da formulação geral. Mas não de uma forma pura. Corrigiu-o, exigindo a lesão de um direito de outrem ou a violação de qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios.

d) *Fica obrigado a indemnizar o lesado*

Evitou-se neste artigo a incorrecção do Código anterior, que consistia em dizer que o lesado *se constitui* na obrigação de indemnizar, dizendo-se, em substituição, que o agente fica obrigado a indemnizar o lesado.

e) *Pelos danos resultantes da violação*

A propósito desta última parte da disposição, vamos ver depois o importante problema do nexo de causalidade.

1.3 — *Conclusão*

Passa a reinar assim uma perfeita coincidência entre a noção legal de responsabilidade civil e a noção doutrinal.

Ensinam os autores que a responsabilidade civil é a situação em que se encontra alguém que, tendo praticado um acto lícito, é obrigado a indemnizar outrem dos prejuízos que lhe causou.

Não há dúvida de que esta definição corresponde à formulação legal do art. 483.

Vaz Serra, por exemplo, caracteriza a responsabilidade civil segundo termos que estão naturalmente muito próximos do texto legal: «Aquele que com dolo ou culpa, viola antijurídica-mente os direitos de outrem constitui-se na obrigação de indemnizar o lesado pelos danos resultantes dessa violação».

2. Noção legal de responsabilidade obrigacional

2.1 — *Código de 1867*

A disposição chave do Código de Seabra sobre a responsabilidade obrigacional era o art. 702:

«O contraente, que falta ao cumprimento do contrato, torna-se responsável pelos prejuízos que causa ao outro contraente, salvo tendo sido impedido por facto do mesmo contraente, por força maior, ou por caso fortuito, para o qual de nenhum modo haja contribuído.»

De certa maneira, mantinham-se aqui as dificuldades levantadas pelo art. 2361 e que já assinalámos. Além disso, o artigo terminava com uma ressalva que justificou grandes divergências doutrinárias acerca dos meios através dos quais o devedor podia ilidir a presunção de culpa que, segundo alguns autores, o mesmo artigo consagrava.

O Código de Seabra, em conclusão, não continha qualquer noção de responsabilidade civil obrigacional. Ela descobria-se na lei e, por vezes, segundo interpretações que dificultavam a defesa do lesante.

2.2 — Código de 1966

No Código vigente, o art. 798 prescreve o seguinte:

«O devedor que falta culposamente ao cumprimento da obrigação torna-se responsável pelo prejuízo que causa ao credor.»

Neste preceito está expressamente formulada uma noção de responsabilidade civil obrigacional.

Nela se inclui o elemento subjectivo da violação — a culpabilidade.

Ao contrário do Código anterior, não se enumeram os casos em que o devedor não seria responsável.

E conforme já assinalámos, o legislador situa, com vantagem, a violação do vínculo obrigacional dentro do não cumprimento e não no cumprimento como acontecia no Código antigo.

Mas será correcta a formulação do art. 798?
 O devedor que falta culposamente e não dolosamente?

E o devedor que, embora tendo faltado culposamente ao cumprimento da obrigação, o faz licitamente?

2.3 — *Conclusão*

Parece-nos que, depois da noção apresentada no art. 483, o legislador podia ter encontrado uma forma mais feliz e, em nosso entender, mais correcta para caracterizar a responsabilidade do devedor. E isso não seria difícil. Bastava que se desse ao art. 798 a seguinte redacção:

«O devedor que, com dolo ou mera culpa, falta illicitamente ao cumprimento da obrigação, torna-se responsável pelo prejuízo que causa ao credor.»

E assim escusávamos de fazer integrações que em nada beneficiam a segurança e a certeza que o direito deve acautelar.

Evitaríamos até que, num plano formalista puro, se pudesse sustentar que, sendo o art. 798 uma disposição especial em relação ao art. 483, deve aplicar-se com prevalência em relação a este — com todas as consequências que isso implicaria.

Vem a propósito acrescentar duas palavras sobre a responsabilidade obrigacional das pessoas colectivas. No domínio do novo Código Civil, as pessoas colectivas devem responder pelos actos dos seus órgãos, agentes ou mandatários que dêem causa ao inadimplemento de uma obrigação em sentido técnico. A expressão «respondem civilmente» do art. 165 deve ser interpretada como compreendendo a responsabilidade obrigacional e a delitual. E por aplicação do princípio enunciado no art. 798, deve ter havido culpa dos órgãos ou agentes da pessoa colectiva, para que esta se constitua na obrigação de indemnizar.

IV

PRESUNÇÃO DE CULPA

1. Código de 1867

No domínio do Código anterior, defendeu-se que o art. 705 consagrava uma presunção de culpa. Ensina Galvão Telles:

«A lei presume a culpa do devedor; o credor está dispensado de a provar e isto para imprimir maior força ao vínculo obrigacional. Ao devedor compete *ilidir* a presunção legal de que o credor beneficia, provando uma das causas de exclusão da culpa, isto é, que não cumpriu em virtude da *mora do credor* ou em virtude de caso fortuito ou de força maior. O credor, no entanto, poderá contrariar essa prova demonstrando que o impedimento resultou de *culpa do devedor*, isto é, que este se constituiu em impossibilidade culposa.»

2. Código de 1966

Hoje, o art. 799-1, declara:

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

O Código novo toma, deste modo, posição perante o problema da culpa dizendo, por outras palavras, que ela se presume em relação ao dever faltoso. A lei, movida pelas especiais razões de segurança que devem caracterizar o vínculo obrigacional, consagrou só para a responsabilidade resultante do não cumprimento de obrigações a presunção de culpa do devedor. O art. 487 dispõe expressamente, no seu n. 1, que «é ao lesado que incumbe provar a culpa do autor da lesão» e acrescenta «salvo havendo presunção legal de culpa». É o caso do art. 799-1. Trata-se, naturalmente, de uma presunção «*juris tantum*».

Veremos depois quais os meios por que o devedor pode *ilidir* a presunção de culpa que a lei estabelece contra ele.

V

APRECIÇÃO DA CULPA

1. Código de 1867

No Código de Seabra, entendiam os autores que os preceitos do art. 717 eram passíveis de aplicação genérica e encontravam

no seu § 3.º o critério de apreciação da culpa. O art. 717, § 3.º, dispunha:

«A qualificação da culpa ou da negligência depende do prudente arbítrio do julgador, conforme as circunstâncias do facto, do contrato e das pessoas.»

Ainda de acordo com o ensinamento de Galvão Telles, em matéria de responsabilidade *contratual*, a apreciação da culpa deve fazer-se *em concreto*, porque a obrigação foi constituída voluntariamente por pessoas que reciprocamente se procuram. Na responsabilidade *quase-contratual* a apreciação da culpa deve fazer-se *em abstracto*, porque a obrigação não é de origem convencional e não supõe, portanto, o conhecimento recíproco do credor e do devedor.

Já então, Pessoa Jorge criticava esta tese: por um lado, nem sempre os contratos pressupõem um efectivo conhecimento recíproco dos contratantes — o que é verdade; por outro lado, a definição do dever de diligência em função da própria diligência psicológica que o agente normal ou habitualmente tem leva à conclusão absurda de os menos diligentes serem menos responsáveis, aparecendo-nos a apreciação da culpa em concreto quase como prémio de uma personalidade mal formada. Posto isto, a diligência devida tem de se definir sempre em função de um tipo de homem de diligência psicológica média.

2. Código de 1966

O Código vigente, no n. 2 do art. 799, prescreve que:

«A culpa é apreciada nos termos aplicáveis à responsabilidade civil.»

O art. 487-2, por sua vez, esclarece:

«A culpa é apreciada, na falta de outro critério legal, pela diligência de um bom pai de família, em face das circunstâncias de cada caso.»

Não há dúvida de que a lei consagrou a orientação defendida por Pessoa Jorge.

O art. 487-2 aplica-se à responsabilidade civil obrigacional por força do disposto no n. 2 do art. 799.

Podemos mesmo afirmar que, no novo Código, a regra consagrada é a da apreciação da culpa em abstracto.

A expressão «em face das circunstâncias de cada caso» não contraria a conclusão a que chegámos.

Apreciar a culpa em abstracto é comparar a conduta do agente com a conduta que teria tido um tipo médio de homem — o clássico «bonus pater familias». Este problema, porém, liga-se com a definição do comportamento imposto pelo dever de diligência, e saber se a culpa deve apreciar-se em abstracto ou em concreto é, pura e simplesmente, saber se a diligência devida — isto é, se o comportamento que se deve ter para cumprir determinado dever — se determina em função de uma diligência típica ou da diligência de um tipo abstracto de homem ou se, pelo contrário, se mede em função da diligência psicológica habitual do agente.

O que o n. 2 do art. 487 quer dizer é que a determinação da diligência exigida ao devedor de certa obrigação faz-se tendo em conta todas as circunstâncias, incluindo as qualidades pessoais do agente, com excepção apenas da sua diligência psicológica, porque é esta mesma que está a ser julgada. Atende-se, portanto, à diligência que teria uma pessoa média — um bom pai de família — colocada em todas as circunstâncias em que concretamente o devedor se encontrava, inclusive com o seu grau de cultura, com a sua força, com a sua preparação profissional, e é em função da atenção e do esforço de inteligência e de vontade que essa pessoa média teria despendido, que se julga a atenção e o esforço de inteligência e de vontade que o agente teve. Assim, a diligência e, conseqüentemente, a culpa são apreciadas em abstracto, mas em face das circunstâncias de cada caso.

VI

CAUSAS DA EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE

Como afirmámos há pouco, defendia-se, no domínio do Código de Seabra, que o seu art. 705 estabelecia uma presunção de culpa e que o devedor só a podia ilidir provando a ocorrência de um caso fortuito ou de força maior ou ainda de facto do outro contraente. Só estas circunstâncias constituíam causa de exclusão da responsabilidade do devedor ou causas liberatórias.

A presunção de culpa na responsabilidade obrigacional — e só nesta — está hoje expressamente prevista no n. 1 do art. 799 e tornou-se, assim, indiscutível. Mas nenhuma disposição existe, quer no Código novo quer no antigo, que permita limitar os meios de ilidir aquela presunção à prova da impossibilidade casual (caso fortuito ou de força maior) ou devida à outra parte, como defendia Galvão Telles.

Na verdade, a responsabilidade pode excluir-se nos seguintes casos:

- na hipótese de impossibilidade casual ou de impossibilidade devida à outra parte;
- ocorrendo causas de justificação ou causas de escusa;
- quando não deriva do comportamento do agente a lesão de um direito subjectivo ou de um interesse juridicamente protegido e ainda quando o agente actua sem culpa «*dato sensu*».

Mesmo na responsabilidade contratual, não há nada que impeça a defesa do devedor pela prova directa da ausência de culpa.

A propósito das impossibilidades, vamos referir apenas o problema da impossibilidade subjectiva. Será que este tipo de impossibilidade exonera o devedor, quando se tratar de prestações fungíveis?

Apesar do disposto no art. 791, somos de opinião que a impossibilidade subjectiva só não é exoneratória quando, nos termos da própria obrigação, o devedor esteja vinculado ao dever de se fazer substituir por terceiro, como acontece, por exemplo,

no mandato judicial. A solução oposta está em contradição com o princípio legal da responsabilidade subjectiva.

A propósito da impossibilidade superveniente por facto de terceiro temos de admitir duas hipóteses:

- a) terceiros que nada têm a ver com a obrigação: a actuação deles deve equiparar-se ao caso fortuito ou de força maior;
- b) terceiros chamados a colaborar no cumprimento como auxiliares do devedor — hipótese contemplada no art. 800-1: o devedor é obrigado a indemnizar o credor pelo não cumprimento, quando este deriva da falta ou deficiente colaboração de terceiros a quem ele recorreu.

Embora a lei se ocupe desta hipótese em sede de responsabilidade civil, só se tratará rigorosamente de responsabilidade civil quando houver culpa na escolha (*culpa in eligendo*) ou culpa na vigilância (*culpa in vigilando*) do terceiro; fora destes casos a obrigação de indemnizar decorre do risco e cai portanto sob a alçada da responsabilidade objectiva.

Só há acto ilícito quando não ocorrem causas de justificação. Estas são as circunstâncias que tornam lícito ou justo o acto que deveria ser ilícito por contrário ao comportamento devido.

São causas de justificação:

- a) O cumprimento de um dever: que se explica por uma ideia de hierarquia de deveres. Neste sentido pode invocar-se o art. 335-2, embora concebido na perspectiva dos direitos:

«Se os direitos forem desiguais ou de espécie diferente, prevalece o que deva considerar-se superior»;

- b) Outra causa de justificação, é o exercício de um direito. No âmbito do Direito das Obrigações podemos dar como exemplos:

— o direito de retenção, que está consagrado no art. 754:

«O devedor que disponha de um crédito contra o seu credor goza do direito de retenção se, estando obrigado a entregar certa coisa, o seu crédito resultar de despesas feitas por causa dela ou de danos por ela causados»;

— a *exceptio non adimpleti contractus*, que vem contemplada no art. 428-1:

«Se nos contratos bilaterais não houver prazos diferentes para o cumprimento das prestações, cada um dos contraentes tem a faculdade de recusar a sua prestação enquanto o outro não efectuar a que lhe cabe ou não oferecer o seu cumprimento simultâneo»;

- c) Legítima defesa: art. 8, n. 19 da Constituição e art. 337 do C. Civ.;
- d) Estado de necessidade objectivo (propósito de evitar um mal maior): arts. 336 e 339 C. Civ.;
- e) A propósito da obediência hierárquica temos de distinguir entre a obediência à autoridade (facto do príncipe) e a obediência a superior legítimo, que não seja autoridade: na primeira hipótese há uma causa de justificação; à segunda em princípio não se atribui tal relevância;
- f) Finalmente, temos o consentimento do ofendido: tendo em conta a natureza privada dos interesses protegidos pelo direito civil e dado que os meios de tutela desses interesses permanecem na disponibilidade dos interessados, o consentimento do lesado, anterior ou posterior ao acto danoso, exclui a ilicitude da lesão; no entanto, é fundamental assinalar a irrelevância do consentimento como causa de justificação, quando o ilícito, além de civil, é também criminal e a lei penal não reconhece tal efeito ao consentimento.

Dispõe o art. 340 do C. Civ.:

«1. O acto lesivo dos direitos de outrem é lícito, desde que este tenha consentido na lesão. 2. O consentimento do lesado não exclui, porém, a ilicitude do acto, quando este for contrário a uma proibição legal ou aos bons costumes.»

As causas de escusa são circunstâncias que excluem a culpabilidade, que impedem, em relação a determinada conduta, a formulação do juízo de reprovação essencial à culpabilidade.

Há duas ordens de escusas:

- as que afectam a base psicológica da imputação, como o erro ou medo;
- as que consistem propriamente em certas razões que desculpam o agente (desculpabilidade).

De acordo com a elaboração doutrinal feita a propósito desta figura, as causas de escusa não dispensam o devedor de prestar, mas sim da obrigação de indemnizar. Mantendo-se a viabilidade da prestação e o interesse do credor no seu cumprimento, o devedor continua obrigado a prestar, embora não seja responsável pelos prejuízos que o credor possa vir a sofrer devido ao atraso.

De acordo com o disposto no art. 6 do C. Civ., o erro de direito não deve constituir uma causa de escusa. Entretanto, o erro de facto pode ser relevante como tal, se tivermos em conta que não existe no Código nenhuma disposição semelhante à do art. 6 sobre o erro de facto; e que ao erro de facto não se aplicam as razões de segurança social e de justiça que estão na base da referida disposição.

Assim, desde que o erro seja essencial e desculpável, ocorre uma causa de escusa.

Por fim, a desculpabilidade é uma causa de escusa bastante discutível. «De jure constituto», a lei não formula qualquer regra geral, embora se encontre um afloramento no n. 1 do art. 1136 C. Civ. «De jure constituendo», a desculpabilidade enfraquece o vínculo obrigacional e é de aplicação subjectiva. Com prudência, porém, os juizes poderão tê-la em conta. Repare-se que na apreciação da culpa também há muito de subjectivo e, no entanto, ela compete ao juiz. Aliás, este sector da apreciação das causas de exclusão da responsabilidade parece-nos um dos campos mais fecundos para os juizes fazerem operar a justiça que se lhes reclama.

VII

NEXO DE CAUSALIDADE

Além do acto ilícito, é indispensável a verificação de prejuízos *reparáveis* para que surja a obrigação de indemnizar. Entre os requisitos do prejuízo — como pressuposto da responsabilidade civil — conta-se o nexo de causalidade, que surge, aqui, como expressão da necessidade que há em delimitar o campo dos prejuízos.

1. Código de 1867

No domínio do Código anterior, a doutrina inclinava-se para a teoria de causalidade adequada (Guilherme Moreira, Manuel de Andrade, Galvão Telles).

Escreveu Galvão Telles:

«Determinada acção ou omissão será causa de certo prejuízo se, tomadas em conta todas as circunstâncias conhecidas do agente e as mais que um homem normal poderia conhecer, essa acção ou omissão se mostrava, à face da experiência comum, como adequada à produção do referido prejuízo, havendo fortes probabilidades de o originar.»

Referindo-se à disposição fundamental do Código de Seabra sobre o nexo de causalidade, o mesmo Professor acrescenta:

«A *necessidade* postulada pelo artigo 707 deve entender-se segundo um *juízo de probabilidade*, fundado nas *regras da experiência*. Um dano é, juridicamente, efeito necessário de certa conduta quando, segundo aquelas regras, era fortemente provável, quase certo, que tal conduta o determinaria, ou seja, quando esta se mostre *causa adequada* à sua produção, em vista das circunstâncias conhecidas ou cognoscíveis.»

Já então, concordávamos com Pessoa Jorge, que ensinava que essa posição só se poderia defender mediante certos esclarecimentos. E esses esclarecimentos mantêm-se, ainda hoje, necessários.

Segundo a tese da causalidade adequada, o prejuízo deve considerar-se efeito do acto ilícito se este normalmente o produz: a adequação do acto à produção do prejuízo apresenta-se como característica daquele abstractamente considerado — um tiro de pistola é causa adequada da morte.

Mas não basta essa adequação, abstracta ou típica. O comportamento do devedor pode ser abstractamente adequado a gerar o prejuízo e, no entanto, este não ter sido produzido pelo modo por que o referido comportamento era causa adequada dele; nessa hipótese deve entender-se que entre o acto ilícito e o prejuízo não há nexos de causalidade. Por exemplo, um tiro de pistola só é causa adequada da morte quando atinge órgãos vitais. Ora se a bala fere ligeiramente o visado, mas este, que se encontrava na berma da estrada, com o susto dá um salto para a faixa de rodagem, é atropelado e morre, já não se pode dizer que o tiro de pistola tenha sido a causa adequada da morte, porque este resultado não se produziu concretamente pela forma ou processo por que o referido comportamento era causa adequada da morte.

Assim, a averiguação do nexos de causalidade é mais complexa do que pode parecer à primeira vista. Para saber se certo prejuízo decorre do acto ilícito em termos de ser indemnizável pelo autor deste, é necessário averiguar:

- 1.º se o acto ilícito foi «conditio sine qua non» do prejuízo; colhemos aqui um elemento da teoria da equivalência das condições;
- 2.º se o acto ilícito é, abstractamente considerado, causa do prejuízo;
- 3.º se, concretamente, o prejuízo resultou do acto ilícito pelo processo ou forma que atribui a este abstractamente a natureza de causa adequada.

Vê-se, deste modo, que a solução do problema não se encontra no esquema puro de uma das teorias clássicas, mas num raciocínio que reúna o contributo de cada uma delas.

Verificados aqueles requisitos, ainda falta precisar o critério definidor da causalidade adequada.

É em função do direito subjectivo ou do interesse protegido que deverão definir-se os prejuízos previsíveis e indemnizáveis. Diz Pessoa Jorge:

«O prejuízo consiste na frustração das utilidades que se poderiam alcançar através de certos bens, juridicamente affectos aos fins de determinada pessoa. Deste modo, aquele que lesa ou ofende o direito subjectivo alheio, torna-se em princípio responsável pela frustração das utilidades que o titular do direito poderia tirar do bem que lhe estava affecto e em cuja desvinculação consistiu a lesão ou ofensa. Quer dizer, a previbilidade dos prejuízos afere-se pelo próprio direito subjectivo, pelas utilidades ou fins que ele poderia proporcionar.»

Mas quais utilidades?

As utilidades que normalmente se alcançariam, atendendo ao exercício normal do direito subjectivo? Ou as utilidades que no caso concreto o credor ia realmente tirar da prestação?

Continuando a seguir o pensamento de Pessoa Jorge, aceitamos como justa a seguinte solução:

Em princípio, o devedor é responsável pelos prejuízos que correspondem às utilidades que o credor concretamente tiraria do bem; mas se essa utilidade resultar de um uso anormal do bem (e, portanto, imprevisível) o agente só será responsável se conhecia, ou podia e devia conhecer, esse uso anormal.

Esta solução está, em certa medida, consagrada nos arts. 913-2 e 1222-1, «in fine».

2. Código de 1966

A disposição fundamental do novo Código sobre essa matéria é a do art. 563, onde se lê:

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

Antunes Varela, no seu comentário ao Código Civil diz que a disposição deste artigo, pondo a solução do problema na

probabilidade de não ter havido prejuízo se não fosse a lesão mostra que se aceitou a doutrina mais generalizada entre os autores — a *doutrina da causalidade adequada*.

Apesar da autoridade de que vem revestida esta afirmação, não podemos aceitá-la com este simplismo; pois, dada a maneira como está formulado, o preceito parece consagrar a teoria da equivalência das condições. Apesar de ter usado o advérbio «provavelmente», o legislador recorreu a uma forma negativa de dizer que leva à aparente consagração daquela teoria.

Senão, vejamos um exemplo: se alguém provoca pequenos ferimentos a outrem, que, por isso, é levado a uma casa de saúde, e aí vem a falecer devido a uma explosão, integra-se o nexo de causalidade entre o ferimento e a morte, porque esta provavelmente não se teria dado se não tivesse havido a lesão. O mesmo com o exemplo clássico da pessoa que perde o comboio por causa imputável ao devedor e, tomando o comboio seguinte, vem a falecer devido a um descarrilamento. Também nesta hipótese se integra o nexo da causalidade, pois a morte provavelmente não se teria dado se não ocorresse o atraso do devedor.

Embora a letra do art. 563 aponte, efectivamente, para a tese da equivalência das condições tudo leva a crer que não seja esse o espírito da lei nem a vontade do legislador. Na verdade, não basta que o prejuízo não se tivesse verificado se não fosse a lesão. É preciso estabelecer uma ligação positiva entre a lesão e o dano. Essa ligação encontra-se na previsibilidade deste em face daquela.

Esta ideia de previsibilidade, para que aponta o advérbio *provavelmente* do preceito em análise, acha-se expressamente formulada no n. 2 do art. 564:

«Na fixação da indemnização pode o tribunal atender aos danos futuros, desde que sejam previsíveis;...»

De qualquer modo, mantém-se vivo o pensamento de Manuel de Andrade acerca desta matéria:

«O problema do nexu causal não pode ser exaustivamente captado numa rede de fórmulas precisas, num esquema de proposições abstractas, através das quais possam decididir-se por mecânica subsunção todas as situações da vida real. Nos casos delicados a última palavra ficará sempre ao prudente arbítrio do julgador.» (*)

VIII

CONCLUSÃO

Para concluir, resta-nos fazer apenas duas considerações:

Como tivemos oportunidade de verificar através das comunicações proferidas pelos drs. Humberto Lopes e José Saraiva, e como se referiu também nalguns passos da minha exposição, o Código novo confia, a cada passo, a solução dos problemas ao prudente arbítrio do julgador. Embora cientes da honorabilidade e mérito dos nossos magistrados, fazemos votos para que ao arbítrio dos juizes não falte a prudência e a isenção que as necessidades da justiça reclamam.

Sendo a função legislativa, de entre as funções do Estado, aquela em que mais se exige a representação séria e ampla dos membros da comunidade não faz sentido que a vida privada dos cidadãos portugueses seja, actualmente, regulada por um código que pouco mais é do que uma declaração legislativa unilateral. Cabe-nos, por isso, *bilateralizar* a lei, onde e quando possível. animando-a segundo os direitos e a vontade do Povo.

(*) Ao longo desta exposição seguimos, fundamentalmente, o pensamento de Pessoa Jorge.