

Livros & Temas

**CRITÉRIOS DE APRECIÇÃO DA CULPA
NA RESPONSABILIDADE CIVIL
(BREVE ANOTAÇÃO AO REGIME DO CÓDIGO)**

Pelo Dr. Alberto de Sá e Mello

SUMÁRIO

I PARTE

CONCEITO DE CULPA

1. Culpa no Código Civil. Enunciado das Regras Gerais.
2. Boa fé. Culpa e dever geral de diligência
 - 2.1. Primeira refutação da definição negativa do conceito de culpa e do carácter puramente abstracto do critério geral para a sua apreciação
3. Culpa e Diligência. Conceito e sua apreciação
 - 3.1. Apreciação em concreto e apreciação em abstracto no domínio do Código Civil de 1867
 - 3.2. Conceito de Diligência
4. Culpa e Imputabilidade. Culpa e (In) capacidade natural
5. Limites do comportamento devido
 - 5.1. Conduta exigível. Determinação
 - 5.1.1. O Artigo 487.º-2 do Código Civil
 - 5.1.2. Conclusão

II PARTE

APRECIÇÃO DA CULPA

6. Diligência normativa ou material: O comportamento devido
 - 6.1. Conteúdo do dever definido por lei ou negócio jurídico
 - 6.2. Conteúdo do dever não definido por lei ou negócio jurídico. A diligência do «bom pai de família»

7. Diligência moral ou psicológica: O comportamento exigível
8. Apreciação da Culpa. Conclusão

III PARTE

BREVE ENUNCIADO DE ALGUMAS CONSEQUÊNCIAS DA POSIÇÃO ADOPTADA

9. Graduação da Culpa
 - 9.1. Dolo
 - 9.2. Mera Culpa
 - 9.3. Exclusão da Culpa
 - 9.4. Concurso de Culpas
10. Prova da Culpa
11. Mera Culpa e Medida da indemnização

BIBLIOGRAFIA PORTUGUESA

I PARTE

CONCEITO DE CULPA

1. *Culpa no Código Civil. Enunciado das Regras Gerais*

Ao enunciar os pressupostos gerais da responsabilidade civil o Código Civil (art. 483.º) estatui que fica obrigado a indemnizar «aquele que *com dolo ou mera culpa* violar ilicitamente direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios» (sublinhados nossos).

Em sede de incumprimento das obrigações (art. 798.º), também o devedor que «faltar *culposamente* ao cumprimento da obrigação torna-se responsável pelo prejuízo resultante do incumprimento».

A conduta *culposa* do autor do facto danoso aparece-nos, assim, como pressuposto comum da obrigação de reparar prejuízos que para terceiros da mesma resultem: quer entre lesante e lesado pré-exista vínculo obrigacional, quer não.

Importa, pois, determinar se o critério para a apreciação da culpa é comum ou se, pelo contrário, difere num caso e no outro.

2. *Boa Fé. Culpa e dever geral de diligência*

Uma primeira diferença aparente, entre o regime de apreciação da culpa na responsabilidade emergente do incumprimento de uma obrigação e na que resulta de facto ilícito, poderia encontrar-se na figura da Boa Fé.

De facto, no que respeita às partes contratantes pode falar-se da necessidade de observância de um *dever positivo* de procedimento de acordo com os princípios da boa fé, quer no cumprimento da obrigação negocial (art. 762.º-2), quer nos preliminares e na formação do contrato (art. 227.º). Já dificilmente se conceberá, à primeira vista, para a generalidade dos *sujeitos a consagração de um dever geral de cuidado* no respeito pelos direitos alheios ou interesses legalmente protegidos, cuja violação determinasse, só por si, a existência de uma conduta culposa (¹).

(¹) Não nos cumpre, aqui, desenvolver o conceito de *boa fé*, nem determinar o sentido em que é empregue nos preceitos citados.

Nesta medida, difícil se torna determinar se a inobservância de um procedimento conforme às regras de boa fé consubstancia automaticamente conduta culposa.

Sempre se poderá, porém, adiantar que os Profs. Pires de Lima e Antunes Varela, in C. Civil Anotado II, 3.ª ed., pág. 2, consideram a propósito do art. 762.º-2 que a má fé do devedor pode dar lugar a *indemnização* pelos danos causados ao credor, nos termos gerais do art. 483.º, ou à falta culposa de cumprimento, nos termos dos arts. 798.º e segs.

Não esclarecem, porém, estes autores o que nos parece mais importante: *se a conduta culposa do devedor faltoso se esgota na violação do princípio da boa fé; ou*, quando é que a violação deste dá lugar a responsabilidade «nos termos gerais» — como referem; *ou* a responsabilidade «meramente contratual»; *ou* se esta é uma espécie daquela; ou se se trata de realidades diversas.

Cumprido, no entanto, que se registre que em sede de responsabilidade por *danos causados na formação dos contratos*, o Código (art. 227.º-1, *in fine*) expressamente comina que a inobservância das regras da boa fé implica *responsabilidade pelos danos causados culposamente*. Tal pode até significar que um procedimento não conforme à boa fé não implica automaticamente conduta culposa, já que seria redundante a regra do n.º 2 do art. 762.º face ao disposto no art. 798.º e tautológica a estatuição do art. 227.º-1, ao prescrever que a responsabilidade pelos danos causados pela inobservância das regras da boa fé na formação dos contratos (*só*) ocorreria em relação aos danos causados... *culposamente*.

2.1. *Primeira refutação da definição negativa do conceito de culpa e do carácter puramente abstracto do critério para a sua apreciação*

Penso, porém, que é prematuro e porventura erróneo enveredar pelo caminho que nos leva às anteriores conclusões.

- Em primeiro lugar, porque se confundem os limites objectivos da boa fé, por que deve pautar-se a conduta das partes no cumprimento da obrigação — *dever de prestar*, com a culpa na inexecução do cumprimento ou no cumprimento defeituoso dessa mesma obrigação, que gera o *dever de indemnizar*.

Ora, não se demonstra que sejam duas faces da mesma realidade, não sendo verdade que a violação do princípio da boa fé resulte sempre em incumprimento culposo. (2)

(2) É muito interessante analisar a este propósito a distinção operada pelo Prof. Menezes Cordeiro entre *culpa* e *má fé* e entre *diligência* e *boa fé*, respectivamente, aliás segundo doutrina que acompanhamos de perto, com ressalva das posições por nós adiante adoptadas sobre o conceito e critério de apreciação da culpa.

Transcrevemos, assim, de seguida, as partes que consideramos mais significativas do texto do Prof. Menezes Cordeiro, in «Da Boa Fé no C. Civil», vol. 2, Coimbra, 1984, pags. 1225 e segs.

«(...) Sempre que, da boa fé, derivem regras de conduta e que, pela violação destas, se pergunte por eventual dever de indemnização, a culpa intervém, no papel normal que lhe compete. A prevaricação é, nessa altura, dolosa ou negligente, consoante o agente tenha atentado directa, necessária ou eventualmente contra o bem acautelado pela boa fé ou o tenha feito, apenas, com desrespeito por *deveres de cuidado*.(...)

O *dever de cuidado ex bona fide* constitui uma obrigação legal específica, no contexto que a veja nascer; o *dever de cuidado face* a danos involuntários prevenidos por normas, surge como obrigação genérica, comandada pela remissão para o padrão jurídico do bom pai de família.

(...) Há traços comuns entre culpa e má fé, o que é natural se se atender a que ambas pertencem a uma mesma sistemática jusprivada, tendo nelas papéis próximos destinados a evitar, em termos latos, prevaricações. Mas não se conclua daí pela confusão nem, muito menos, pela identidade (...).

(...) A culpa visa tornar possível a imputação delitual de um prejuízo, de modo a desencadear os esquemas da responsabilidade civil destinada à reparação de

- Em segundo lugar, porque implicaria que o conceito de culpa revestisse necessariamente *carácter negativo*, entendido como falta de um comportamento devido ou violação de um dever.
- Em terceiro lugar, na medida em que se teria por aceite à partida, que a culpa se apreciaria por referência a uma *abstracção*. Chamemos-lhe «procedimento de boa fé», «comportamento diligente» ou «zelo exigível».

Sem querer antecipar conceitos, julgamos poder considerar como primeiras conclusões que:

- a) O conceito de boa fé não é imediatamente utilizável para a determinação da culpa no comportamento danoso.

danos: a boa/má fé pretende seja a protecção da confiança, seja a das situações materiais afectadas pelo sujeito, mas sem recorrer, em si, ao esquema típico do dever de indemnizar. O concurso é possível: a pessoa que, com má fé e culpa, atinja a posição de terceiro, pode incorrer, reunidos os diversos pressupostos, nas consequências particulares correspondentes à má fé, no caso considerado, e no dever de indemnizar o dano que tenha provocado. (...)

(...) A má fé e a culpa apresentam-se como conceitos diferentes, com funções próprias, regimes diversos e consequências autónomas, podendo, como é natural, concorrer quando se concretizam as previsões respectivas. Mas mais do que isso elas correspondem a planos dogmáticos diferentes, com a boa/má fé a introduzir, no seio das situações jurídicas, aspectos que reflectem uma redução dogmática global do sistema e a culpa a exprimir, a um nível mais singelo, um dos elementos previsíveis da cláusula geral da responsabilidade civil. (...)

(...) O bom pai de família constitui um padrão jurídico, na acepção técnica acima firmada, correspondente à actuação do homem normal, colocado nas circunstâncias do sujeito. A boa fé, embora comporte, nos seus modelos de decisão, a inclusão de padrões jurídicos, não se esgota num deles. No que toca ao cumprimento das obrigações, a boa fé é chamada a precisar e complementar a fonte negocial respectiva, actuando, depois, no conteúdo, seja para precisar a *prestação*, seja para *lhe acrescentar os deveres acessórios*. Dado este manancial, nenhuma dificuldade haveria em imputar-lhe, ainda, a determinação do esforço exigido aos intervenientes. Há todo o interesse, no entanto, num prisma de aperfeiçoamento da linguagem jurídica, em manter designações próprias para temas bem delimitados. Ora, visto que a diligência remete para um padrão jurídico simples e claro, torna-se produtivo conservá-la, com esse conteúdo, distinta da boa fé, que apela para outros dados do sistema. Fica claro, contudo, que diligência e boa fé são noções destinadas, muitas vezes, a agir lado a lado (...).

Não o é, desde logo, porque parece dificilmente concebível a consagração, ainda que implícita, de um *dever geral de observância das «regras da boa fé»*, no comportamento da generalidade dos sujeitos e, por conseguinte, fora do âmbito das relações contratuais que os vinculem.

Não o é também, por outro lado, na medida em que não se demonstra que, mesmo no âmbito do cumprimento das obrigações (art. 762.º-2) ou da formação dos negócios jurídicos (art. 227.º), a inobservância destas regras gere imediatamente conduta culposa, susceptível de fazer nascer a obrigação de indemnizar.

- b) Não deve aceitar-se, sem exame atento, que a culpa se aprecie por referência a um conceito puramente abstracto de conduta para, de seguida, partir deste para a definir pela sua negação.

3. *Culpa e Diligência. Conceito e sua apreciação*

Parece, todavia, ser precisamente de uma abstracção que a lei se socorre para apreciar a culpa.

O art. 487.º-2 do Código Civil, aplicável por remissão do art. 799.º-2 à chamada «responsabilidade obrigacional», determina que se atenda na apreciação da culpa à «diligência do bom pai de família» — isto é, do homem médio normal — perante as circunstâncias concretas de cada caso.

Parece, assim, pressupôr-se que o agente, para evitar uma conduta culposa;

- *preveja a lesão* de direitos alheios ou interesses legalmente protegidos como a preveria um homem médio;
- *conheça os limites objectivos* do seu dever como os conheceria um homem médio;
- *Use do esforço de zelo e vontade exigíveis* a um homem médio para cumprir o seu dever.

Ora, mesmo à primeira vista, este não parece um entendimento aceitável.

3.1. *Apreciação em concreto e apreciação em abstracto no domínio do Código Civil de 1867*

Já no domínio do Código de 1867 se debatia, perante um preceito considerado equivalente ao do art. 487.º, se a culpa deveria ser apreciada em concreto ou em abstracto.

Discutia-se então, perante o disposto no § 3.º do art. 717.º daquele Código (que estatuiu: «A qualificação da culpa ou da negligência depende do prudente arbítrio do julgador, conforme as circunstâncias do facto, do contrato e das pessoas»), se a apreciação deveria ser feita comparando a conduta do devedor, na hipótese considerada, com a sua *conduta habitual*, ou com a *conduta do bom pai de família*.

Defendia então o Prof. G. Telles⁽³⁾ que: na *responsabilidade contratual* a culpa se deveria apreciar em concreto, atendendo ao conhecimento prévio entre devedor e credor que os levaria a melhor conhecer os limites do dever de conduta gerado pelo vínculo e a capacidade para o observar; enquanto, na *responsabilidade extra-contratual*, não se supondo a aproximação e conhecimento recíproco entre devedor e credor, a culpa se deveria apreciar em abstracto.

Já o Prof. Manuel de Andrade⁽⁴⁾ propunha que «a qualificação da culpa deve ser deixada ao prudente arbítrio do juiz, atendendo a todas as circunstâncias abstractas e concretas do caso».

Porém, mesmo no domínio do Código de 1867, o Prof. Gomes da Silva⁽⁵⁾, afirmava que:

«Desta função, que assinamos à previsibilidade do dano (índice de culpa, que não estabelece nexos psicológico do facto ao agente), vê-se que ela não pode ser olhada por um ângulo objectivo, sem perder toda a razão de ser. Se é para verificar se determinada pessoa estava em culpa, isto é, se procedeu ilicitamente

(3) I. Galvão Telles, «Man. de Direito das Obrigações» — I, 1957, pag. 182.

(4) Manuel de Andrade, «Teoria Geral das Obrigações» — I, 1958, pags. 333 e segs. (*maxime* pag. 341).

(5) «O dever de prestar e o dever de indemnizar» — I, 1944, pags. 124 e segs.

em razão de se encontrar em estado de afrouxamento de energias espirituais, em nada interessa saber se *vulgarmente* os homens podem prever o dano causado: interessa somente averiguar se *aquela* pessoa o podia prever (...)

(...) Já pela essência da culpa, já em virtude da função pela lei atribuída à previsibilidade na delimitação do dever de evitar danos, já pelo disposto no Código (arts. 717.º e 2393.º), parece-nos que a previsibilidade há-de sempre apreciar-se em função das circunstâncias pessoais do agente».

Julgamos nós que, por força da redação dos preceitos aplicáveis do novo Código, a questão se coloca com renovada acuidade.

Com efeito, recordando os termos exactos do preceito já citado (art. 487.º), a culpa é referida — veremos em que termos — à *diligência do bom pai de família*.

Importa, pois, que se determine o que se entende por DILIGÊNCIA para que possamos concluir se a culpa representa, ou não, apenas a *omissão da diligência devida* e, do passo seguinte, se deve apreciar-se em abstracto ou em concreto.

3.2. *Conceito de Diligência*

Podemos compreender — segundo a tradição doutrinária — o conceito de diligência em dois sentidos:

- Em *sentido material* ⁽⁶⁾ ou *diligência normativa* ⁽⁷⁾, a qual define os limites objectivos do comportamento devido, por forma a prever e evitar prejuízos a outrem.
- Em *sentido moral* ⁽⁶⁾ ou *diligência psicológica* ⁽⁷⁾, a qual reflecte a tensão de vontade empregue pelo autor do facto danoso para o cumprimento do dever.

⁽⁶⁾ G. da Silva, ob. cit., pags. 116 e segs.

⁽⁷⁾ Pessoa Jorge, «Ensaio sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil», 1972 pags. 75 e segs.

Se tomássemos por boa a caracterização da culpa de acordo com um critério de conteúdo negativo — *falta de diligência exigível* — encontraríamos nestes conceitos alguma base para determinar o critério da sua apreciação.

Assim:

- A diligência em sentido material ou normativo apenas seria utilizável numa apreciação «a posteriori» do comportamento do devedor faltoso ou do lesante: comparar-se-ia o comportamento adoptado e o comportamento devido para determinar o grau de diligência empregue e, consequentemente, a culpa.

Em qualquer caso, o referencial a que aludimos («a diligência do bom pai de família») — que, mesmo assim, não nos elucida sobre o critério de apreciação do comportamento devido ou sobre os seus pressupostos — só seria utilizável nos casos em que o conteúdo do dever exigível *não* se encontrasse determinado, já, por lei ou negócio jurídico. ⁽⁸⁾.

Nestes casos, os limites objectivos do comportamento devido, estariam pré-fixados sem necessidade de recurso àquele referencial.

- Ora, o que pelo contrário parece ser importante é determinar *no momento do cumprimento*, ou da prática do acto ilícito, o *nexo psicológico* existente entre o facto e o seu autor. Ou seja, aferir da *imputabilidade* do facto ao agente.

⁽⁸⁾ Como casos em que, precisamente e por excepção, o conteúdo e limites do dever exigível se encontram necessariamente definidos por lei ou negócio jurídico, podemos citar a título de exemplo:

- as «*Omissões culposas*» — art. 486.º do C. Civil:
«... quando, independentemente dos outros requisitos legais, havia, *por força da lei ou de negócio jurídico*, o dever de praticar o acto omitido»;
- a «responsabilidade do comodatário pela perda ou deterioração da coisa» — art. 1136.º n.º 1:
«... O comodatário é responsável, se estava em seu poder tê-lo evitado, *ainda que mediante o sacrifício de coisa própria de valor não superior*». Sobre estes casos cfr. adiante o que fica dito (pags. 576 e segs.).

4. *Culpa e Imputabilidade. Culpa e (In)capacidade natural*

O art. 488.º-1 do C. Civil estatui que: «Não responde pelas consequências do facto danoso quem, no momento em que o facto ocorreu, estava por qualquer causa, incapacitado de entender ou querer...».

Por seu lado, o art. 491.º determina que a responsabilidade pelos danos causados por quem se encontrar ferido de *incapacidade natural* cabe «aos que, por lei ou negócio jurídico» se obrigaram à vigilância daqueles.

O inimputável e o naturalmente incapaz só poderão ser obrigados a indemnizar por motivos de equidade, aliados a motivos de natureza económica relacionados com a impossibilidade de obter a reparação dos danos pelo responsável (art. 489.º-1).

Destes preceitos se deduz, sem dificuldade, que a *capacidade de inteligência* (para conhecer e prever o dano) e *de vontade* (para o querer) do autor do facto danoso são pressupostos da sua culpabilidade.

Não significa isto que se deva aferir a culpa do agente determinando apenas se lhe era exigível que conhecesse e previsse o dano como consequência da sua conduta.

Deve entender-se, porém, que a apreciação da sua culpa *pressupõe* essa *capacidade* de entender e querer e essa *previsibilidade*. Pressupõe, assim, a sua *Imputabilidade*.

Qual, então, o critério que devemos usar para determinar se o grau de conhecimento e de previsão verificados correspondem ao exigível? Os que teria um homem médio naquelas circunstâncias?

Estamos certos que não.

5. *Limites do comportamento devido*

O grau de conhecimento e de previsão verificados devem aferir-se pelo *máximo exigível daquele sujeito*, nas circunstâncias subjectivas e objectivas concretas que rodearam a prática do acto danoso.

Assim, se um médico, no exercício da sua profissão, aconselha mal um paciente, provocando-lhe danos, responderá se actuar negligentemente ou com dolo. Se, porém, um não-especialista provocar danos semelhantes pelo mesmo facto, só responderá se houver assumido a responsabilidade pelos mesmos, ou se o seu procedimento constituir facto criminalmente punível — cfr. art. 485.º (9).

Mas um problema de importância decisiva subsiste ainda: depois de apreciados *em concreto* a capacidade de conhecimento e de previsão exigíveis para certo comportamento, como determinar se o agente actuou em conformidade com estes? Será por referência ao esforço de zelo e de vontade que *habitualmente* adopta? À sua diligência moral ou psicológica habitual?

Estamos convencidos que *não*.

Como admite o Prof. G. da Silva (10): «... segundo a lógica consequência do fundamento atribuído à culpa, não é de admitir exclusão desta pelo facto de o agente ter observado o comportamento ilícito por ignorância ou em virtude de maus hábitos, pois tanto a ignorância como os hábitos fazem parte do processo de formação da culpa».

Poderíamos nós concluir, então, que a tensão ou esforço de vontade exigíveis para cumprir o dever seriam *os máximos* que deixasse consentir a capacidade de conhecimento e previsão exigíveis, determinados em concreto.

Assim: O sujeito *A* é um condutor experiente e hábil, mas aproxima-se de um cruzamento com fraca visibilidade sem reduzir a marcha, provocando um acidente de que resultam danos para terceiros.

Por muito desleixado que habitualmente seja o seu comportamento como condutor, a capacidade de conhecer o dever de observância das regras de trânsito automóvel e a capacidade de prever os prejuízos provavelmente emergentes da sua conduta exigiriam a escolha de uma conduta diferente.

(9) Cfr, *infra*, nota 12.

(10) G. da Silva, *ob cit.*, pag. 125.

Podemos pois, aferir os pressupostos materiais da sua conduta por referência à capacidade de conhecer o dever imposto e de prever os danos emergentes da sua conduta, apreciados em concreto e em função do que lhe seria exigível nas circunstâncias do caso.

Considerando aquelas cognoscibilidade e previsibilidade como pressupostos da culpa, resta, assim, determinar se o facto danoso se produziu em condições em que não lhe seria exigível um esforço de vontade superior ao que empregou e que se mostrou insuficiente para evitar a produção do dano.

5.1. *Conduta exigível. Determinação*

Se o grau de previsibilidade exigível pelas circunstâncias objectivas e subjectivas do caso aconselharia uma conduta diferente, então é porque se verificou um esforço de vontade diminuído (ou de relaxamento da tensão da vontade) do sujeito, para cumprir o dever.

A conjugação destes pressupostos bastaria, ainda segundo o Prof. G. da Silva ⁽¹⁾, para determinar da existência de culpa.

Mas essa diminuição do esforço ou relaxamento da vontade deverão ser apreciados em função do esforço ou tensão de vontade que o sujeito habitualmente emprega, ou que lhe seriam exigíveis face aos graus de conhecimento e previsibilidade que se patenteiam no caso concreto?

Suscitam-se legítimas dúvidas e, atendendo estritamente à letra da lei, pareceria de preferir outro entendimento, como de resto já atrás adiantámos.

5.1.1. *O Artigo 487.º-2 do Código Civil*

Nos termos do n.º 2 do art. 487.º, devem ser apreciadas face às circunstâncias objectivas e subjectivas do caso: a capacidade de conhecimento do dever e a previsibilidade dos prejuízos pelo

(1) G. da Silva, ob. cit., pág. 123.

lesante. O comportamento devido e, portanto, o grau de relaxamento psicológico da tensão de vontade verificado deveriam, então nos termos estritos do mesmo preceito, apreciar-se em função daquele que, nas mesmas circunstâncias, seria tolerado a um «homem médio/normal» — art. 487.º-2.

Mas, para quê ficcionar — dizemos nós — sobre o que a essa abstracção «o homem médio/ou bom pai de família» seria tolerado?

Não é verdade que a cognoscibilidade do dever e a previsibilidade dos danos causados se apreciam em função do máximo exigível, nas circunstâncias dadas, ao próprio lesante?

Então o esforço de vontade devido será o que seria necessário empregar *àquele sujeito* para evitar o prejuízo.

5.1.2. Conclusão

Existirá, então, culpa sempre que, capaz de conhecer o comportamento devido e de prever as consequências danosas da sua conduta, o autor da lesão as não evita.

Pois, parece seguro que, não evitando o que deveria prever como provável e podendo conhecer os limites do comportamento devido, se patenteou na conduta do agente um abrandamento da tensão de vontade necessária a prevenir o facto danoso — quer essa diminuição de zelo ou esforço de vontade seja intencional, ou resultado da mera desatenção ou desleixo.

Mas, nas circunstâncias objectivas e subjectivas do caso concreto, ser-lhe-ia exigível um esforço de vontade superior ao que empregou e que se revelou insuficiente? Ou, pelo contrário, nessas circunstâncias objectivas e subjectivas que rodearam a sua acção, podemos encontrar razões que não tornassem exigível uma maior diligência psicológica? E, em qualquer caso, como conhecer qual a diligência psicológica exigível, isto é, qual o grau de afrouxamento do esforço de vontade tolerado?

A sistematização dada a estas questões e as respectivas respostas levar-nos-ão à solução que propomos, quanto ao problema nuclear que nos ocupa: *o critério a adoptar para apreciação da culpa.*

II PARTE

APRECIÇÃO DA CULPA

6. *Diligência normativa ou material: O comportamento devido*

Tendo discorrido até agora sobre os pressupostos da culpa, tratemos agora de encontrar um modo de a apreciar.

Em primeiro lugar, importa que se definam os limites objectivos do comportamento devido, por forma a prever e evitar prejuízos a outrém: aquilo a que certa doutrina chama *diligência material ou normativa*. Como determiná-la?

Pensamos que, de acordo com a que nos parece a melhor interpretação do preceito contido no art. 487.º-2, haverá que distinguir dois tipos de situações.

6.1 Conteúdo do dever definido por lei ou negócio jurídico

Se o conteúdo do dever, o comportamento devido, se encontra definido por lei ou negócio será essa a referência de diligência normativa a ter em conta.

Casos típicos, julgamos, os que referem os arts. 466.º-2, 509.º-1 «in fine», 1136.º-1, 486.º e 485.º, 491.º e 493.º do C. Civil, tendo todos eles em comum fornecerem, com maior ou menor grau de precisão, os *limites objectivos* do comportamento devido para evitar o dano.

Nos três primeiros casos, definindo claramente esses limites: uma actuação (do gestor) em conformidade com a vontade ou interesse do dono do negócio; a observância (pelo que tem a direcção efectiva da instalação) das regras técnicas em vigor e a sua manutenção em perfeito estado de conservação; uma actuação (do comodatário)... ainda que mediante o sacrificio de coisa própria de valor não superior (ao da coisa emprestada).

Nos restantes casos — não já definindo expressamente os limites objectivos do comportamento devido, mas prevendo o dever

de adoptar certa conduta — seja: «praticar o acto omitido» ⁽¹²⁾, ou «dar conselho, recomendação ou informação», ou ainda «vigiar» pessoas feridas de incapacidade natural, ou coisas ou animais — como *emergente de norma especial ou negócio jurídico* que o consagrem e aos seus limites objectivos.

6.2. Conteúdo do dever não definido por lei ou negócio jurídico. A diligência do «bom pai de família».

Se o conteúdo do dever não se encontrar definido por lei ou negócio jurídico pareceria então faltar um referencial para a determinação dos limites objectivos do comportamento devido.

Julgo então que será oportuno falar-se de um «*dever geral de diligência*», cuja medida e limites são precisamente dados pela *diligência do homem médio normal*, «o bom pai de família», cujo comportamento ideal ou abstracto seria padrão de diligência material ou normativa.

(12) Importa, a este propósito, que se tenha aqui por claramente estabelecida a diferença entre os conceitos de ilicitude e de culpa.

Ilicitude e culpa, como pressupostos *autónomos* da responsabilidade civil, repteiam a formas distintas de apreciação da conduta do agente.

Para determinar se a conduta é *ilícita* importa que se aprecie *objectivamente* se esta é violadora de um direito alheio ou se contraria norma legal destinada a proteger o interesse de outrém.

Para determinar se a conduta é *culposa* é necessário valorar as condições subjectivas em que a conduta ilícita teve lugar. Assim, se estão reunidos os pressupostos de imputabilidade (capacidade de entender, querer e prever os efeitos do acto danoso) e se ao sujeito era exigível conduta diferente da que adoptou.

Quando citamos o preceito do art. 486.º como exemplo de situação em que o comportamento devido se encontra pré-fixado e, consequentemente, definido o referencial de diligência normativa necessário à apreciação da culpa, devemos distinguir:

- a conduta é *ilícita* porque se viola a norma legal ou o negócio que obriga a praticar o acto omitido;
- a conduta é *culposa* se a omissão do comportamento devido ocorrer em condições em que ao sujeito seria exigível um comportamento diferente.

Nestes termos se verifica que o conceito de diligência normativa, além de referencial para determinar a *culpa*, pode constituir igualmente referência na aferição da *ilicitude* dos comportamentos, sem que, porém, as noções se confundam.

Concluo ser precisamente esta a ideia a retirar do preceito legal (art. 487.º-2) ao consagrar: «na falta de outro critério legal» — situações que referimos em 6.1. — deve usar-se como referencial «a diligência do bom pai de família».

E talvez este conceito, usado como referencial genérico de conduta, se demonstre afinal com afinidades ao princípio da boa-fé, cuja observância vimos impor-se no cumprimento das obrigações e nos preliminares e na formação dos contratos, afinal inutilizável como base de apreciação da culpa no caso concreto, como dissemos e agora se confirma.

7. *Diligência moral ou psicológica: O comportamento exigível*

Todavia, este conceito de «diligência normativa ou material» é apenas um referencial a ter em conta, em termos gerais e abstractos, para determinar um padrão de conduta.

Ora, o que está em causa é a formulação de um juízo sobre o comportamento do autor de um facto danoso, nas circunstâncias concretas em que ocorreu.

Trata-se, pois, de aferir *do que era exigível ao agente quanto à cognoscibilidade do dever e à previsibilidade dos prejuízos causados*.

Como determinar então essa capacidade de conhecer e prever?

Certamente que não por recurso a uma abstracção, o que equivaleria a procurar determinar que capacidade de conhecer o comportamento devido e de prever os danos teria um homem médio.

Como dissemos atrás, porquê e para quê ficcionar sobre a capacidade de conhecer e de prever de um homem médio (ele próprio uma ficção de contornos indefinidos) colocado nas circunstâncias concretas em que o lesante se encontra, se do que se trata é de determinar o que era exigível a este?

Afirmamos então que o que importa determinar é, perante as circunstâncias objectivas e subjectivas em que se encontra o autor do facto danoso, que *capacidade de conhecer o comportamento devido* (definido nos termos acima enunciados como mero referencial) e *de prever os prejuízos causados lhe era exigível*.

Exemplificando e para utilizar dois casos-limite: é obviamente diferente a capacidade exigível, de conhecer o comportamento devido e de prever as consequências danosas da sua conduta, de um inimputável, de um médico especialista e de um homem no pleno uso das suas faculdades mas não especializado em técnica médica se colocados perante a circunstância de verificar que certo indivíduo carece de assistência médica urgente.

Se, em qualquer dos casos, o sinistrado falecer por falta de assistência adequada, o grau de *imputação* do facto a cada um dos referidos é obviamente distinto. E — sublinhe-se —, se admitirmos que da lei ou negócio jurídico nenhum dever especial de diligência se impunha a qualquer dos três, que «o dever geral de diligência», «*diligência normativa*» ou «*diligência do bom pai de família*» que existiria como referencial para qualquer deles era *perfeitamente idêntico*.

Isto é, o padrão abstracto (diligência normativa) que definiria os limites objectivos do dever a ter em conta não se alteraria. O que se altera, consoante as características do agente e do caso, é o que se lhe exige de capacidade de conhecer o dever e prever os prejuízos: assim, nada se exige ao inimputável (incapaz de conhecer ou prever); muito se exige ao médico especialista (que estava perfeitamente apto a conhecer a conduta devida para evitar o dano).

Este nexó psicológico entre o agente e o facto danoso, definido pelo máximo de capacidade exigível àquele para conhecer o dever e prever o dano, fornece-nos um critério, não ainda para apreciar da sua culpa, mas para conhecer da sua *imputabilidade*.

O grau de imputabilidade é, assim, tanto maior, quanto mais for exigível em função de capacidade de conhecer o dever e prever os danos.

8. *Apreciação da Culpa. Conclusão*

Como definir então se uma conduta é culposa?

Pela diferença entre o comportamento exigível em função do grau de imputabilidade e o comportamento efectivamente adoptado no caso concreto.

Vale isto por dizer que a culpa se apreciará atendendo, não ao grau de diligência psicológica exigível a um homem médio com a capacidade média exigível nas circunstâncias do caso concreto, mas ao grau de afrouxamento da tensão de vontade tolerado — segundo um padrão de razoabilidade de julgamento, esse sim médio — àquele sujeito concreto com o grau de imputabilidade que se lhe atribui.

A questão a colocar, assim, quando se trata de apreciar a culpa, será a seguinte: àquele que violou o direito de outrem ou um interesse legalmente protegido, ou que incumpriu uma obrigação, causando prejuízos, seria exigível um esforço de vontade superior ao que empregou, dado o seu grau de imputabilidade? Se a resposta àquela questão for afirmativa, ele é culpado; caso contrário, não o é (13).

(13) Em sentido sensivelmente diverso, Galvão Telles, Direito das Obrigações, V Ed., 1986, pags. 324 e 325: «Com esta maneira de dizer quer-se visar o homem de diligência normal, encarado não apenas no âmbito das relações familiares mas nos diversos campos de actuação. Pode mesmo conceber-se um tipo abstracto de pessoa, independentemente da qualidade de chefe de família, que não é essencial...».

Posição que, no nosso ponto de vista, (Cfr. ob. cit., pag. 325, nota 1) nos aproxima da sua opinião, sem que daí retire as consequências que julgamos preferíveis: «Entende-se geralmente que existe culpa mesmo que o agente não use a diligência normal em razão de carências pessoais — por falta de conhecimentos ou de forças físicas ou intelectuais ou de perícia ou de recursos económicos, numa palavra, por falta de aptidão própria. Tal conclusão pelo menos parece impor-se dentro do critério da apreciação da culpa em abstracto. Mas não se deve abstrair das atenuações que resultam de ter de se atender às circunstâncias de cada caso».

Já Pessoa Jorge, ob. cit., pags. 336 e segs., embora considerando que a questão da apreciação da diligência psicológica exigível é mal enquadrada em sede de culpa, afirma nomeadamente: «(...) ... Se a culpa exprime a voluntariedade do facto, ela terá necessariamente de ser apreciada *em concreto*, o que parece contrariar, não só as disposições de lei (art. 487.º-2 e 799.º-2), como o que acima dissemos (pags. 98 e segs.) acerca da determinação in abstracto da diligência.

Mas não há nenhuma contradição porque os problemas são completamente distintos, (...)

O segundo respeita à delimitação do comportamento devido: quando esta se faz em termos de diligência, toma-se, na verdade, como critério ou padrão a diligência psicológica do *bonus pater familias*; se o agente não agiu como este agiria, omitiu o comportamento devido, quer tenha actuado com dolo, quer com simples culpa.

(...) O que o legislador quis foi excluir, como critério de definição do comportamento devido, a diligência psicológica habitual do agente».

Note-se que se não pergunta se ele habitualmente usa de maior zelo ou esforço de vontade, mas que *zelo ou esforço de vontade* lhe é exigível em função da sua imputabilidade.

Como principais consequências destas tentativas de postulados sobre os conceitos de *diligência normativa*, *diligência psicológica* e *culpa*, encontramos reflexos importantes principalmente em três sedes: a *gradação da culpa*, a *prova da culpa* e a *medida da indemnização*. Examinemo-las.

III PARTE

BREVE ENUNCIADO DE ALGUMAS CONSEQUÊNCIAS DA POSIÇÃO ADOPTADA

9. *Gradação da Culpa*

A distinção tradicional entre *dolo* e *negligência ou mera culpa* conduz normalmente a que se entenda que o primeiro ocorre quando, prevendo como certos, necessários ou prováveis os efeitos danosos da sua conduta, o agente os aceita ou não evita intencionalmente (*dolo*); enquanto a mera culpa se verificará, quer quando o agente actua prevendo como prováveis os efeitos danosos da sua conduta, mas confia na sua não verificação (*negligência consciente*), quer quando, sendo imputável e portanto capaz de prever os danos e de conhecer o dever, ignora a possibilidade de produção dos prejuízos resultantes do acto que pratica (*negligência inconsciente*).

Pensamos que a asserção que propusemos como critério de apreciação da culpa fará com que a gradação desta se faça com base na *avaliação das causas* do afrouxamento da tensão de vontade ou diminuição do zelo exigível em função da imputabilidade do sujeito.

Ou seja, determinando-se que existe culpa com base no critério de apreciação enunciado, é de procurar saber-se a que se deve a verificação de um grau de diligência psicológica inferior ao exigível daquele sujeito.

9.1. *Dolo*

Se a diminuição do esforço de vontade exigível para evitar o dano foi pré-concebida, deliberada ou intencional — ainda que o tenha conduzido transitoriamente a uma situação de inimputabilidade (cfr. art. 488.º-1, «in fine») — existe dolo.

9.2. *Mera Culpa*

Se esse relaxamento da tensão de vontade exigível não foi intencional, então existe mera culpa: consciente, se ele previu os prejuízos provavelmente emergentes desse relaxamento; inconsciente, se não previu essa possibilidade devendo prevê-la de acordo com o seu grau de imputabilidade.

9.3. *Exclusão da Culpa*

Se, finalmente, esse relaxamento foi devido a *erro de facto* inevitável (cfr. art. 338.º), medo invencível (cfr. art. 337.º-2) ou circunstâncias exteriores à sua vontade que não podia prever, evitar ou vencer (caso fortuito ou de força maior) — então a sua culpa pode mesmo ficar excluída, uma vez que é o próprio pressuposto desta (a imputabilidade, ou nexó psicológico) que se atinge.

9.4. *Concurso de Culpas*

No caso de concurso de várias condutas culposas para a produção dos danos, cremos que a questão tanto se pode colocar em sede de graduação de culpas, como de repartição do dever de indemnizar pelos vários responsáveis. Talvez mais nesta sede que naquela.

Com efeito, as situações previstas, nomeadamente nos arts. 490.º, 497.º-2, 500.º-3 e 570.º, não constituem verdadeiramente casos em que a culpa de cada um dos co-responsáveis é limitada pela culpa dos restantes.

Se *A* ferir intencionalmente *B* numa rixa que este provocara tendo-o agredido previamente, não fica diminuída a culpa de *A* ou de *B*.

Do que se trata, na nossa opinião, é de uma limitação da medida da indemnização devida, em função da co-responsabilidade de outrém pelos danos.

Isto é, apreciadas e graduadas *separadamente* as culpas de cada um dos co-responsáveis, a cada um caberá indemnizar na proporção das respectivas culpas: *é a quota-parte da medida da indemnização devida que se limita, não a medida da indemnização global devida, nem a culpa de cada um* (14).

10. Prova da Culpa

Nos estritos termos do art. 487.º-1 cabe ao lesado a prova da culpa, presumindo-se esta nomeadamente nos casos previstos nos arts. 491.º, 493.º e 799.º-1.

Devemos considerar esta aparente dualidade de critérios compatível com o conceito de culpa defendido?

Uma interpretação estrita e literal do preceito do art. 487.º-1, conduziria a que se entendesse que ao lesado cumpriria provar que a conduta do lesante patenteia um afrouxamento da tensão de vontade exigível, face à sua imputabilidade, para evitar o facto danoso.

Será assim? Pensamos que não.

Na nossa opinião bastará ao lesado provar que o lesante era capaz de conhecer o comportamento devido e de prever os prejuízos resultantes da sua conduta não os tendo evitado.

(14) Contra, Pessoa Jorge, ob. cit., pags, 359 e segs.: «A culpabilidade do agente pode achar-se *diminuída* por o resultado ilícito ter sido provocado não só pela sua actuação, mas também pelo comportamento de outras pessoas, incluindo o próprio lesado».

Ora, conforme explicámos, o que o concurso de culpas produz é a diminuição da medida da indemnização, em consequência da co-responsabilização de vários sujeitos pelo resultado danoso, e não a limitação das respectivas culpas.

Esta demonstração permitir-lhe-á reunir a prova da verificação dos pressupostos da culpa que tornam o lesante imputável e, portanto, susceptível de ser considerado culpado.

A este último, competirá, outrossim, demonstrar que o esforço de vontade empregue na sua conduta não foi inferior ao que a sua imputabilidade exigia ⁽¹⁵⁾.

Neste sentido, julgamos mais próximos, do que à primeira vista resultariam, os regimes dos arts. 487.º-1 e 799.º-1, fugindo a uma tentadora dualidade de critérios de prova.

Na verdade, pensamos que, nos termos do regime consagrado no art. 487.º-1, a prova que se exige ao lesado não é da culpa do lesante — entendida como a prova de que o comportamento efectivamente adoptado por este no caso concreto revela um relaxamento ou deficiência da tensão da vontade exigível, tendo em conta a capacidade de entender o dever e querer o facto e de prever o dano (imputabilidade) — mas, outrossim, *a prova dessa mesma imputabilidade*.

Provando que o lesante é imputável, face às circunstâncias concretas do caso, faz o lesado prova suficiente, transferindo para aquele o ónus de provar que o não era, ou que, sendo-o, não lhe era exigível conduta diferente da que adoptou ⁽¹⁶⁾.

⁽¹⁵⁾ Neste sentido — embora sem reconhecermos uma presunção de culpa do imputável — nos aproximamos de Pessoa Jorge, ob. cit., pags. 339 e segs., quando afirma nomeadamente: «Na responsabilidade obrigacional (art. 799.º-1) e nalguns casos de responsabilidade delitual (arts. 491.º a 493.º), a lei estabelece a presunção de culpa.

Querirá isto dizer que nos restantes casos, que caem sob a alçada do n.º 1 do art. 487.º, o lesado terá de provar a existência do nexó psicológico do agente ao acto?

A resposta é negativa: aliás, tal prova seria extremamente difícil ou mesmo impossível.

Nas situações a que se aplica o n.º 1 do art. 487.º — (...) — o que o lesado tem de provar é que, em termos de diligência, o lesante não adoptou a conduta que era devida (...).

O nexó psicológico de culpa *presume-se sempre que haja imputabilidade*. (...)

Mas nos casos em que a lei estabelece uma presunção de inimputabilidade (art. 488.º-2), já passa a caber ao lesado provar que o menor de sete anos tinha discernimento suficiente para praticar o acto».

⁽¹⁶⁾ Recorde-se o que Gomes da Silva afirma e por nós já citado supra, ob. cit., pág. 123: «É evidente que, se é difícil averiguar directamente se alguém está, em determinado momento, em situação de relaxamento das faculdades

E então o que ocorre estabelecido nos arts. 799.º-1 e 491.º a 493.º é *apenas a presunção dessa imputabilidade* — decorrente de uma particular exigibilidade de conhecimento do dever de vigilância especialmente assumido — e não uma verdadeira presunção de culpa.

11. *Mera Culpa e medida da indemnização*

O art. 494.º *limita* a medida da indemnização «quando a responsabilidade se fundar em mera culpa». Esta uma das mais importantes consequências da apreciação e graduação da culpa.

Pensamos, porém, que a fixação da indemnização segundo critérios de equidade e a restrição da possibilidade dessa limitação às hipóteses em que «a situação económica deste (lesante) e do lesado e as demais circunstâncias do caso o justifiquem», tem precisamente por efeito acentuar a função reparadora da responsabilidade civil em detrimento da sua função repressora ou punitiva que a consideração da culpa indiciária.

Na verdade, estamos convencidos de que o que aqui se faz é considerar: para que, em obediência aos valores enunciados (que não o grau de culpa) a indemnização possa ser reduzida, é necessário que sobre o lesante não impenda um juízo de censurabilidade social demasiado negativo (resultante de uma conduta dolosa).

Não é o grau de culpa que limita a medida da indemnização, é a *ausência* de uma culpa «grave» (dolo) o que, verificados certos outros condicionalismos, permite atenuá-la.

espirituais, é quase impossível decidir, *a posteriori* (...) se alguém se encontrava com culpa quando procedeu de forma ilícita.

Mas nem sequer é necessário tentar essas análises psicológicas: desde que o agente seja dotado das faculdades necessárias para compreender e cumprir o dever que devia ter observado no momento em que agiu e desde que se verifique que o dano causado era para ele previsível (...) é lícito afirmar-se que ele, se o não fez, foi porque quis (dolo), ou porque, por actos voluntários anteriores se havia colocado em situação de não poder tomar conhecimento do dever ou das circunstâncias que o impunham, ou tinha permitido o enlanguescimento da vontade, que o levou a cometer conscientemente, mas sem intenção, uma infracção à norma jurídica».

Veja-se, de resto, que igualmente (art. 489.º-1) «por motivo de equidade» o próprio inimputável pode ser obrigado a reparar danos, o que — além da atenuação (ou mesmo negação) do carácter dual dos pressupostos das chamadas responsabilidade obrigacional e extra-obrigacional que, no que respeita à culpa, ressalta da nossa exposição — nos leva a duvidar ser a culpa do lesado ou do devedor faltoso, esta por maioria de razão face à «presunção» a que aludimos no número anterior, o principal fundamento da responsabilidade civil.

Mas esta última questão, que exigiria de resto a análise detida dos fundamentos da chamada responsabilidade objectiva ou *pelo risco* (art. 483.º-2), deverá ser deixada para estudo autónomo.

Alberto de Sá e Mello

BIBLIOGRAFIA

- ANDRADE, Manuel A. Domingues de — «Teoria Geral das Obrigações» — I, Coimbra, 1958
- «Teoria Geral da Relação Jurídica», I e II (4.^a Reimp.), Coimbra, 1974
- COELHO, José Gabriel Pinto — «A Responsabilidade Civil baseada no Conceito de Culpa», Coimbra, 1906
- COELHO, Pereira — «O Nexo de Causalidade na Responsabilidade Civil», in Bol. Fac. Direito de Coimbra, Suplemento IX, Coimbra, 1951
- CORDEIRO, António Menezes — «Da Boa Fé no Código Civil» — 2 vols., Coimbra, 1984
- «Direito das Obrigações» — I e II, AFDL, 1980
- JORGE, F. Pessoa — «Ensaio sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil» — in Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, n.º 80 — Lisboa, 1972 (Reedição)
- «Lições de Direito das Obrigações» (Policopiadas) AAFDL, 1975-76
- Pires de LIMA e Antunes VARELA — «Código Civil Anotado», I, 4.^a ed., 1987 e II, 3.^a ed., 1986, Coimbra
- «Noções Fundamentais de Direito Civil», 6.^a Ed., Coimbra, 1966
- SERRA, A. Paes da Silva Vaz — «Culpa do Devedor ou do Agente» (Estudo para a reforma do Código Civil) — in Boletim do Ministério da Justiça n.º 68, Julho de 1957 «Págs. 13 a 151)
- «Responsabilidade Contratual e Extra-Contratual», in Boletim do Ministério da Justiça n.º 85
- SILVA, Manuel Gomes da — «Conceito e Estrutura da Obrigação», Lisboa, 1943
- «O Dever de Prestar e o Dever de Indemnizar» — I, Lisboa, 1944
- TELLES, I. Galvão — «Direito da Obrigações», 6.^a Ed., Coimbra, 1989
- «Manual de Direito das Obrigações» — Tomo I, Coimbra, 1957
- VARELA, Antunes — «Das Obrigações em Geral», I, 6.^a ed., 1989 e II, 3.^a ed., 1985.