

CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA
Professor Emérito na Universidade Federal do Rio de Janeiro e na
Universidade Federal de Minas Gerais

CAMPOS SCAFF E PEÑA
ADVOGADOS

**INSTITUIÇÕES
DE
DIREITO CIVIL**

11.^a edição

VOLUME II

Teoria Geral de Obrigações

FORENSE

INSTITUIÇÕES

DE

DIREITO CIVIL

Nº 1052

remédio é substituir a prestação devida pelo seu equivalente pecuniário. Nas obrigações negativas, o credor pode obter um *iudicium*, compelindo o devedor a desfazer o que lhe era vedado, ou realizar o credor o desfazimento a expensas daquele, com a cominação de pena para a hipótese de nova infração, e, se o desfazimento é impossível ou já inútil ao credor, dá-se a conversão.³ Em princípio, a execução direta ou *ad rem ipsam* é o modo normal de execução das obrigações. Mas, quando ela não é mais possível, ou simplesmente não é possível, procura-se a execução pelo equivalente, através de um elemento compensatório, que vem suprir a ausência de execução direta.⁴ Este princípio, doutrinariamente certo, foi convertido em preceito no Projeto de Código de Obrigações, que elaboramos.

175. Dolo e culpa

Como ficou dito acima, o descumprimento que sujeita o devedor às perdas e danos é o originário de uma *falta* sua, entendida a expressão em senso largo, abrangente de qualquer infração de um dever legal ou contratual. Mas, na sua objetividade, a falta do devedor pode percorrer toda uma gama de intensidade, desde a infração intencional e voluntária, dirigida no propósito de causar o mal, até a que provém de uma ausência de cuidados especiais a seu cargo. Daí extremar-se em duas classes a conduta do agente, infratora da norma, denominadas respectivamente *dolo* e *culpa*, às quais já nos referimos no n.º 114, *supra*, e agora retomamos como elemento componente da inexecução da obrigação e seus efeitos.

Dolo é a infração do dever legal ou contratual, cometida voluntariamente, com a consciência de não cumprir.⁵ A vontade do agente pode dirigir-se para o resultado maléfico, e, sabendo do mal que sua conduta irá gerar, quer este resultado, apesar de suas conseqüências conhecidas. Esta é uma noção clássica de dolo que CARVALHO DE MENDONÇA resume no *animus injuriandi*.⁶ Não é modernamente necessária, na sua configuração, aquela preordenada vontade de violar a obrigação (RUGGIERO). Basta, a caracterizá-lo, que o agente tenha a consciência da infração, e

³ Cf., a respeito da execução compulsória do obrigado: VON TUHR, *Obligaciones*, II, pág. 78.

⁴ DE PAGE, *Traité*, III, n.º 93.

⁵ GIROSI, *Obbligazioni*, II, n.º 38.

esteja ciente do dano que se lhe siga. O elemento fundamental de sua verificação, para a concepção tradicional, estava no *animus nocendi*, intenção de causar o mal, de difícil e às vezes impossível objetivação na prática, porque se é fácil provar a transgressão, e se o efeito danoso logo se consigna, a intenção é de evidenciação difícil, em razão da sua extrema subjetividade e seu menor grau de exteriorização. Adotando-se a outra concepção, já se torna mais viável demonstrá-lo, pois que não há mister indagar se o agente quis o efeito maléfico, senão que tinha a percepção da violação ou a consciência dela.⁷

No propósito de espantar dúvidas, SERPA LOPES adverte que a idéia de *dolo* no cumprimento da obrigação não se confunde com o *dolo* defeito do negócio jurídico, cujos extremos já foram por nós apontados no n.º 90, *supra*.

O Direito brasileiro desvencilhou-se das sutilezas na graduação da responsabilidade, que outros sistemas ainda consagram, e afastou as diferenças de tratamento ao transgressor, decorrentes da verificação da causa do descumprimento. Os glosadores, trabalhando sobre os textos, haviam engendrado teorias complexas, em que a apuração do elemento subjetivo se mostrava fundamental na graduação da responsabilidade do agente. Até os nossos dias chegou a convicção de que merece mais rigoroso tratamento aquele que infringe a obrigação visando ao resultado do que o inadimplente que a transgredir por mera negligência. O Código Civil brasileiro, ao assentar o princípio da imputabilidade, e o Código de Processo Civil, ao fixar o direito de ação com tal fundamento, têm em vista o descumprimento objetivamente considerado, a transgressão do dever, para estabelecer que o agente responde pelas conseqüências sem indagar se o resultado danoso entrou nas cogitações do infrator ou se a violação foi especialmente querida. Não quer isto dizer que o Direito pátrio desconheça a diferença. Quer significar que a imputabilidade resulta do dever violado. Em certas circunstâncias, distingue-se entre o inimplemento doloso e o culposos, para definir a responsabilidade em casos especiais. Nos contratos bilaterais, não é necessária a análise subjetiva da transgressão, visto como o contratante inadimplente responde por perdas e danos à simples demonstração de sua culpa. Nos contratos unilaterais é que vem a menção do dolo, para se estabelecer que a responsabilidade do contratante inadimplente é uma função do elemento

anímico: aquele a quem o contrato aproveita responde pela culpa, e só por dolo aquele a quem não favoreça (Código Civil, art. 1.057).

Na culpa encontra-se o fator inadimplemento, porém despido da consciência da violação. A ação é voluntária, no que diz respeito à materialidade do ato gerador das conseqüências danosas. Mas o agente não procura o dano como objetivo de sua conduta, nem procede com a consciência da infração. Daquela ação derivam conseqüências prejudiciais, que não podem ficar livres da reparação. Há, assim, um encadeamento de fatos e conseqüências: uma atuação voluntária, ainda que sem a consciência da transgressão; um dano a alguém; uma obrigação de repará-lo, porque a conduta foi contraveniente à imposição de uma norma. Analisada originariamente esta série de fatos e conseqüências, ressalta que o fundamento da responsabilidade por culpa está na infração mesma de um dever, seja este legal, seja contratual, que o agente devia ter evitado, conduzindo-se de maneira a não faltar a ele. Nela articulam-se dois fatores: o *dever violado* e a *imputabilidade* do agente. O primeiro, presente na atuação da vontade consciente para a ação em contrariedade a uma predeterminação (elemento objetivo), e a segunda na verificação de não ter ele prevenido ou evitado os efeitos, podendo fazê-lo.⁸ Desde que o agente transgrediu a norma, seja ela instituída pela lei geral, seja criada pela convenção que é lei particular entre as partes, e com isto causou dano a outrem, responde pelas conseqüências e sujeita-se à reparação. Mas acha-se fora de sua etiologia a vontade de causar o mal, ou a consciência mesma da violação.

Sendo um dos mais debatidos problemas do Direito Civil, não é de admirar que de culpa haja dezenas de definições. Não iremos agravá-lo, aditando mais uma. Procedendo à análise do fenômeno, como fizemos no n.º 114, *supra* (vol. I), verificamos que as noções formuladas apresentam a semelhança resultante de algumas constantes. Antes de mais nada, inexistiria culpa na inexistência de norma anterior. Moralmente (e a idéia de culpa, antes de ser jurídica já é moral), como juridicamente, há de haver uma predeterminação de conduta. O agente é adstrito a um certo procedimento. Partindo-se da idéia de que a sua conduta é *predeterminada* pela lei ou pela convenção, o primeiro pressuposto ressalta e fica estabelecido. O segundo é a *ação voluntária* do agente em contravenção a essa conduta e em contradição com aquela norma. Ele desviou-se da norma, transgrediu a regra predeterminante. Cometeu, assim, um

erro de conduta. Devendo seguir um rumo condicente com a norma, afastou-se dela, ainda que sem a consciência de violentá-la. Cometeu um desvio ou erro de conduta, por negligência, por desatenção, por imprudência, por omissão da observância de regras — não importa a causa. Podendo evitar ou prevenir, desviou-se da conduta imposta pela norma. E com isto causou um mal ao bem jurídico alheio. Sem a pretensão de definir, fixamos a noção de culpa com este caráter, em que predomina um sentido objetivo de aferição, e é por isto que DE CUPIS deduz ser ela uma noção objetiva.⁹ Não se há de deter, como efetivamente não se detém, o Direito brasileiro na apuração das gradações da culpa. Isto fizeram os glosadores, ao erigirem um padrão abstrato, de homem diligente, *bonus pater familias*, e ao aferirem a conduta do agente, em comparação com a diligência que este homem-paradigma guardaria em relação ao procedimento examinado. Sistemas legislativos ainda abrigam essa teoria, que configura a *culpa levis* na falta de diligência média, que um homem normal observa; a *culpa lata* na negligência mais grave, que poderia ser evitada por um homem inferior ao padrão médio; a *culpa levíssima*, na falta cometida em razão de uma conduta que escaparia ao padrão médio, mas que um *diligentissimus pater familias*, especialmente cuidadoso, guardaria. E, em conformidade com a distinção baseada na intensidade da culpa, vem uma gradação de responsabilidade. O Direito brasileiro, repetimos, afastou estas filigranas, para encarar a existência da transgressão da norma e impor o dever de reparar ao contraventor. Alinhou-se, desta sorte, na escola inaugurada com o BGB, o qual, segundo os mais reputados autores, deu o golpe de morte na teoria da gradação da culpa.¹⁰

A culpa, tendo em vista a categoria do dever violado, diz-se *contratual* ou *extracontratual*. *Culpa contratual* é aquela decorrente da infração de uma cláusula ou disposição de contrato celebrado entre as partes. *Culpa extracontratual*, também, chamada *aquiliã*, em razão de se achar originariamente definida na romana *Lex Aquilia*, é a transgressão do dever legal positivo de respeitar o bem jurídico alheio, ou do dever geral de não causar dano a outrem, quando a conduta do agente não está regulada por uma convenção.

A culpa contratual e a aquiliã partem da mesma idéia ética e induzem para o responsável a mesma conseqüência. Neste ponto, a concepção tradicional choca-se com a noção moderna, já que aquela as diferenciava, enquanto que está as aproxima e identifica, e com toda

razão. É que, se na sua estrutura há uma norma, e a violação desta gera um dano — em nada importa que o preordenamento seja legal ou convencional. Hoje caminha a doutrina civilista no rumo da *unidade de culpa*.¹¹

Não obstante confundirem-se ontologicamente a culpa contratual e a aquiliana, e nos seus efeitos identificarem-se, pois que toda culpa está sujeita a prova, a distinção ainda sobrevive em razão do ônus desta. Enquanto na culpa extracontratual, ao queixoso incumbe demonstrar todos os extremos da responsabilidade, evidenciando a transgressão, o dano e a relação de causalidade, na culpa contratual há uma inversão deste encargo.¹² A razão está em que, quando há contrato, existe um dever positivo específico consistente em prestação definida na relação obrigacional, a que o devedor faltou, o que só por si lhe impõe a responsabilidade, a não ser que comprove a razão jurídica de sua falta, porque os demais extremos derivam do próprio inadimplemento, que pressupõe o dano, e induz a relação de causalidade entre este e a transgressão. Em contraposição a isto, na culpa aquiliana o dado único é o dever negativo, ou obrigação de não prejudicar, e para que se concretize a responsabilidade é necessário que se encontre não uma transgressão temática da norma, porém ainda que a infração percuta na órbita jurídica do queixoso, causando-lhe um dano específico.¹³

Cogita a doutrina de distinguir a culpa, segundo o modo de proceder do agente, dizendo-se: *culpa in vigilando*, quando há uma falta no dever de velar ou uma desatenção de quem tinha a obrigação de observar; *culpa in omittendo*, quando o agente se abstém de realizar o que lhe impõe o dever ou é omissivo no que lhe cabe fazer; *culpa in eligendo*, quando há má escolha da pessoa a quem uma tarefa é confiada. Todas estas espécies de culpa são apenas modalidades que ela pode revestir, sem que a inscrição da conduta sob uma ou outra rubrica lhe altere o

¹¹ COLIN et CAPITANT, *Droit Civil*, II, ns. 368 e segs.; MARIO ROTONDI, in *Rivista di Diritto Commerciale*, 1917, 1ª parte, 282; ALFREDO COLEMO, *Obligaciones*, nº 113; MAZEAUD et MAZEAUD, *Leçons*, II, nº 391; VAN RYN, *Responsabilité Aquilienne et Contrats*, ns. 19 e segs.

¹² Cf., sobre a posição mais vantajosa do credor, na culpa contratual: VON TUHR, *Obligaciones*, II, pág. 98; M. I. CARVALHO DE MENDONÇA, II, nº 449.

¹³ Cf. sobre a culpa: MAZEAUD et MAZEAUD, *Responsabilité Civile*, I, ns. 383 e segs.; VAN RYN, *Responsabilité Aquilienne et Contrats*, ns. 19 e segs.; DE CUPIS, *Il Danno*, págs. 61 e segs.; LEONARDO COLOMBO, *Culpa Aquiliana*, págs. 43 e segs.; AGOSTINHO ALVIM, *Inexecução das Obrigações*, ns. 168 e segs.; EDUARDO BONASI BENUCCI,

tratamento. Uma espécie, entretanto, merece ser destacada: é a *culpa in contrahendo*, dogmaticamente estruturada por RUDOLPH VON JHERING, e desenvolvida por numerosos escritores.¹⁴ Configura-se no fato de o agente, ao contratar, proceder de forma que a outra parte fique lesada com o próprio fato de realizar as negociações contratuais, como no caso de um dos contratantes já ter conhecimento do perecimento do objeto e, não obstante, sonegar a informação ao outro. A doutrina pacificamente aceita esta figura de culpa, mas controverte na sua caracterização, opinando uns que é culpa contratual e outros que é extracontratual. A razão está com a segunda corrente, porque na espécie não se trata de violação da convenção, mas do dever genérico de não prejudicar, que o agente transgride, conduzindo a outra parte ao dano, por uma violação da norma genérica e não do contrato. Ao induzir outrem a um ajuste que não poderia ter validade, procede com culpa aquiliana e responde pelos efeitos. Um aspecto peculiar é ainda a denominada culpa pré-contratual, a qual pode assentar no fato de uma das partes proceder na fase antecedente ao contrato de forma a induzir a outra na crença de que as negociações irão a bom termo, e depois, injustificadamente, cessar entendimentos, provocando prejuízos.¹⁵

Marchando na rota evolutiva da responsabilidade civil e afinando com forte corrente doutrinária, o nosso Anteprojeto, que aceitou a culpa como fundamento da reparação, admitiu-a também independente dela, toda vez que a lei expressamente o mencione, e, ainda, quando o dano provém do risco criado em razão de uma atividade ou profissão (art. 935).

176. Indenização: dano patrimonial e dano moral

Descumprindo a obrigação, absoluta ou relativamente (v. n.º 174, *supra*), nasce, em primeiro lugar, para o credor a faculdade de obter o cumprimento coativo, isto é, o provimento judicial, em virtude de que o devedor seja compelido a execução específica, entregando a *res debita* ou realizando o fato, ou desfazendo o de que se devia abster. Mas, não sendo isto possível, como freqüentemente não é, resta a outra hipótese,

¹⁴ RUDOLPH VON JHERING, *Œuvres Choiesies*, II, cap. V, ns. 1 e segs.; GIORGIO GIORGI, *Obbligazioni*, III, nº 270; VITTORIO POLACCO, *Obbligazioni*, I, nº 118-bis; BALDRY-LACANTINERIE et BARDE, *Trattato*, vol. XII, nº 362; TRABUCCHI, *Istituzioni*, nº 637; M. I. CARVALHO DE MENDONÇA, *Doutrina e Prática das Obrigações*, II, nº 450.

¹⁵ SALEILLES, "Responsabilité Précontractuelle", in *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1907, pág. 697; SERPA LOPES, *Curso*, III, nº 41; ANTÔNIO CHAVES, *Responsabili-*