

JOSÉ DE AGUIAR DIAS

DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Volume II

10ª edição

revista e aumentada

FORENSE
Rio de Janeiro
1995
UFRRJ
FACULDADE DE DIREITO
RUA MATEUS

3ª edição - 1954
 4ª edição - 1960
 5ª edição - 1973
 6ª edição - 1979
 7ª edição - 1983
 8ª edição - 1987
 9ª edição - 1994
 10ª edição - 1995

© Copyright

José de Aguiar Dias

D532

Dias, José de Aguiar.
 Da responsabilidade civil / José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro:
 Forense, 1995.

Bibliografia

I. Responsabilidade (Direito) I. Título

CDU — 347.51

/342.151/

Proibida a reprodução total ou parcial, incluindo a reprodução de apostilas a partir deste livro, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópia e de gravação, sem permissão expressa do Editor. (Lei nº 5.988, de 14.12.1973.)

A violação de direito autoral constitui crime, passível de pena de detenção de três meses a um ano ou multa. Se houver reprodução, por qualquer meio, da obra intelectual, no todo ou em parte, sem autorização expressa do autor, com intuito de lucro, a pena será de reclusão de um a quatro anos, e multa. Incorre na mesma pena quem vende, expõe à venda, aluga, introduz no país, adquire, oculta, empresta, troca ou tem em depósito, com intuito de lucro, obra intelectual, importando assim violação de direito autoral. Na prolação de sentença condenatória, o juiz determinará a destruição da produção ou reprodução criminosa. (Art. 184 do Código Penal brasileiro, com nova redação dada pela Lei nº 8.635, de 16.03.1993.)

A EDITORA FORENSE não se responsabiliza por conceitos doutrinários, concepções ideológicas, referências indevidas e possíveis desatualizações da presente obra. Todos os pensamentos aqui exarados são de inteira responsabilidade do autor.

23089

desta edição pela
 FORENSE

33373

120-000 - Rio de Janeiro-RJ
 -001 - São Paulo-SP
 01 - Belo Horizonte-MG

347.51

D541D

1995

V.2

DIR

1995/121493-2

SUMÁRIO

Título IV - RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL	373
Capítulo I - Responsabilidade por fato próprio	373
Capítulo II - Responsabilidade pelo fato da coisa	389
Capítulo III - Responsabilidade por fato de animais	443
Capítulo IV - Os atos abusivos	449
Capítulo V - Responsabilidade por fato de outrem	508
Título V - RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO	555
Capítulo I - Teorias. Críticas. Doutrina do risco administrativo	555
Capítulo II - Responsabilidade do Estado na ordem internacional	617
Capítulo III - Exceções ao princípio da responsabilidade do Estado	627
Capítulo IV - Responsabilidade civil do Estado e governo de fato	669
Título VI - OS MEIOS DE DEFESA. CLÁUSULAS E CAUSAS DE IRRESPONSABILIDADE	671
Título VII - O DANO E SUA LIQUIDAÇÃO	713
Capítulo I - Dano patrimonial e dano moral	713
Capítulo II - A liquidação do dano no direito brasileiro	765
Título VIII - SUJEITOS E EFEITOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL	789
Capítulo I - Sujeitos ativo e passivo da responsabilidade civil	789
Capítulo II - Efeito do julgamento criminal sobre a ação cível	814
Capítulo III - Garantias de indenização	833
<i>Índice Onomástico e Bibliográfico</i>	859
<i>Índice Alfabético</i>	869
<i>Índice Analítico</i>	881

reiteradas, incapacidade funcional, mau desempenho do serviço, em relação ao público e em relação à organização interna. Arrolam-se como casos típicos de responsabilidade a tomada de deliberações reservadas ao Poder Legislativo, salvo verdadeira necessidade jurídica; a expedição de atos em contradição com os direitos e leis existentes etc., em tais casos, o prejudicado pode sempre recorrer aos tribunais ordinários e até mesmo perante os tribunais de fato. Como princípio geral, afirma-se a mais ampla responsabilidade dos funcionários de fato: "Simples particulares, antes da instalação do governo revolucionário, entram de repente na esfera das relações de direito público e pelas especiais circunstâncias em que se desenvolve a atividade do governo de fato sua responsabilidade deve ser exigida com particular rigor". Recomenda, assim, a doutrina, que se proceda com maior energia contra os funcionários de fato que violem com ou sem intenção os seus deveres, com vista às proporções do dano e da culpa. Acentua que dentro de suas funções e atividades, devem os governos revolucionários restringir tanto quanto possível suas atribuições e faculdades, e é por isso que devem começar por exercer o maior controle disciplinar sobre os funcionários. Daí ressalta a conclusão de que, para salvar seu conceito, devem os governos de fato manter-se fiéis às normas jurídicas. Por serem governo de fato, não estão dispensados de observá-las. Salvo o caso de direito novo, estão mesmo no dever de acatá-las com maior escrúpulo, dados os fins essenciais e básicos em que se dizem inspirar.⁴

Título VI

OS MEIOS DE DEFESA, CLÁUSULAS E CAUSAS DE IRRESPONSABILIDADE

Sumário: 216. Cláusulas de irresponsabilidade. Seu desprestígio em face do nosso direito. 217. O estado de necessidade. Arts. 19, nº 1, e 20 do Código Penal. Art. 65 do Código de Processo Penal. Caracterização jurídica do estado de necessidade. 218. O fato de terceiro como causa de irresponsabilidade. 219. Caso fortuito ou de força maior. 219-A. O conceito de força maior. Tendência a sua restrição. Influência da culpa na sua negação. 220. O vício próprio da coisa. 221. A chamada culpa exclusiva da vítima. Verdadeiro sentido da expressão. 222. A prescrição. A ação do dano é pessoal. Prazos especiais de prescrição. 223. A crítica do sistema de prescrição da ação de reparação do dano.

216. Tratamos longamente do direito que compete ao prejudicado, autor na ação de reparação do dano. Vejamos como se pode defender o indigitado responsável, réu na demanda. Em outros termos, examinemos as causas de isenção ou exoneração de responsabilidade.

Podemos dividi-las em cláusulas e causa de exoneração propriamente ditas, estas mais caracterizadamente as contempladas na lei, aquelas as peculiares ao contrato.

A cláusula ou convenção de responsabilidade consiste na estipulação prévia por declaração unilateral, ou não, pela qual a parte que viria a obrigar-se civilmente perante outra afasta, de acordo com esta, a aplicação da lei comum ao seu caso. Visa a anular, modificar ou restringir as consequências normais de um fato da responsabilidade do beneficiário da estipulação.¹

Não se admite cláusula de exoneração de responsabilidade em matéria delitual. Seu domínio se restringe à responsabilidade contratual e nele mesmo sofre restrições. Para saber da validade da cláusula de irresponsabilidade, o processo mais simples é investigar se a norma de direito comum que estabelece a responsabilidade e que por essa convenção ficará afastada atende a interesse de ordem pública ou é destinada a mera tutela do

1 Pontes De Miranda ensina que a cláusula de responsabilidade só pode ser prévia porque posteriormente ao dano qualquer limitação, alteração ou supressão da responsabilidade pode ser obtida segundo as regras gerais de direito (ob cit., nº 315, p. 492)

— Os conceitos aqui expendidos foram desenvolvidos em nossa monografia *Cláusula de não indenizar, chamada cláusula de irresponsabilidade*, Ed. Revista Forense, Rio, 1947. Devemos reconhecer que aí estão retificadas opiniões aqui esposadas.

4 Leonardo Viola, "Responsabilidad administrativa de los gobiernos revolucionarios", na *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, outubro de 1934, ps. 331 e segs.

interesse individual. O direito que a lei confere tão-somente em contemplação do interesse privado pode ser afastado pela convenção de irresponsabilidade. Isso não pode acontecer, entretanto, com as normas que visam à proteção da ordem pública e dos bons costumes, porque as convenções particulares não as podem deixar sem efeito.²

O exímio Pontes de Miranda explica o alcance desse princípio: “O critério da ordem pública é o único que pode servir, enquanto não se procede a estudo profundo das relações sociais, a fim de serem induzidas, cientificamente, as regras concernentes à possibilidade e à impossibilidade das cláusulas de exoneração”.³

“Compreendem-se entre as cláusulas lícitas as que limitem a responsabilidade, encurtem o prazo do exercício do direito do prejudicado, em termos razoáveis, excluam a responsabilidade pela falta de aparelho de salvamento ou salvaguarda não obrigatório por lei.”⁴ Mais um exemplo: É obrigação do locador manter a coisa locada em estado de servir ao seu destino. Suponha-se, porém, que o contrato contém uma cláusula pela qual se estabelece que o locador não se obrigará, em hipótese alguma, pelas reparações ou consertos. Ora bem. Se vier o locatário a sofrer danos consideráveis em virtude da falta de reparos, deteriorações de bens móveis etc., atingidos pelas chuvas, por exemplo, responde o locador por esses prejuízos? Parece-nos que não. A cláusula é aí perfeitamente lícita. Não ofende a nenhum princípio de ordem pública e a obrigação afastada pela cláusula não é da essência do contrato.⁵

São cláusulas ilícitas: a de transferência de obrigações essenciais do contratante, as que exonerem de responsabilidade pelo dolo ou culpa grave e, em geral, todas as que interesse à proteção da vida, da integridade física e da saúde do contratante.⁶

Nosso direito não simpatiza com as cláusulas de irresponsabilidade. O Decreto Legislativo nº 2.681, de 1912, só admite cláusula de não garantia das mercadorias e prévia determinação do máximo a pagar como correspondente de uma diminuição de tarifas. Considera nulas quaisquer outras cláusulas que tenha por objetivo a diminuição da responsabilidade das estradas de ferro.⁷ O critério da lei é acertado. Em face do transportador todo-poderoso, o viajante não tem outra coisa a fazer senão *aderir* às suas

estipulações. É preciso que o legislador intervenha, oferecendo a proteção que ao transportador não interessa oferecer e que o viajante não tem meio de assegurar por si mesmo. No Código do Ar, art. 9º, são consideradas de ordem públicas internacionais as normas que vedam as cláusulas de irresponsabilidade. A nulidade da estipulação infringente dessas normas não acarreta, porém, a nulidade do contrato de transporte.⁸ A cláusula de irresponsabilidade desprestigia o transporte aéreo perante o viajante, a quem produz má impressão. Um serviço precisa sempre ser e parecer seguro. Editando a nulidade das cláusulas de irresponsabilidade, o legislador atende a essas considerações e garante ao público o zelo e diligência do transportador, assim como o rigor na escolha do material e pessoal empregados na execução dos serviços. Desse critério, bem se pode dizer que consagra a obrigação de segurança do transportador.⁹

A responsabilidade do transportador aéreo é excluída em face do erro de navegação, a exemplo do que ocorre no direito marítimo. Mas a extensão dessa regra do transporte aéreo é justamente censurada, porque, no direito marítimo, a cláusula se inspira nas peculiaridades da navegação marítima e as grandes distâncias retiram ao responsável qualquer controle sobre o navio ou, no mínimo, dificultam grandemente, o que não acontece no transportador aéreo. Considera-se quase unanimemente perigosa a exoneração fundada nesse motivo.¹⁰

Na França, a cláusula de irresponsabilidade tem melhor sorte. A respeito, tem sido constantemente decidido que a cláusula impressa no bilhete de transporte ou passagem, com o objetivo de isentar o transportador aéreo de qualquer responsabilidade por qualquer acidente, deve ser reconhecida válida. Nenhuma razão de ordem pública impede o transportador de limitar convencionalmente sua responsabilidade às conseqüências de sua culpa pessoal, excluindo os riscos inerentes a um meio de transporte excepcional e ainda imperfeito.¹¹

Em nosso direito, não há cogitar de tais princípios. A cláusula de irresponsabilidade não pode ser convencionalizada senão quando se lhe não oponha um princípio de ordem pública. E, no transporte aéreo, a incolumidade do passageiro é digna dessa proteção. Aliás, fundando-se a responsabilidade do transportador aéreo na presunção de culpa, fica de todo afastada a possibilidade de cláusula exonerativa, que seria contrária àquelas normas de ordem pública.

2 Henocho D. Aguiar, ob. cit., p. 689; H. Lalou, ob. cit., nºs 506 e segs., ps. 278 e segs.

3 Ob. cit., nº 323, p. 500.

4 Pontes de Miranda, ob. cit., nºs 322 e segs.

5 Pontes de Miranda, ob. e loc. cit. É o mesmo autor que lembra a nulidade das cláusulas de exoneração de responsabilidade unilateralmente estipuladas e afixadas em veículos das empresas de transportes.

6 O caso da ruína do edifício, entretanto, não pode ser considerado pelo mesmo prisma. O proprietário não se pode considerar exonerado, nem perante o inquilino nem perante terceiros. O princípio é de ordem pública e portanto, inderrogável, por meio de cláusula de irresponsabilidade.

7 Pontes de Miranda, ob. e loc. cit.

8 Decreto Legislativo nº 2.681, art. 12.

8 Art. 92 do Código Brasileiro do Ar, arts. 23 e 32 da Convenção de Varsóvia.

9 Coquoz, ob. cit., p. 74.

10 Le Goff, ob. cit., p. 621. Assim, não se justifica a isenção do transportador que mantém comunicação radiofônica ininterrupta com o piloto. Se fica provado que o acidente ocorreu em conseqüência da ordem dele, por esse meio recebida, mais afastada se torna a aplicação da cláusula. O que justifica a isenção é a independência total em que fica o piloto, fora do poder de direção do transportador. Se este a mantém, não lhe é lícito invocar a cláusula (Le Goff, ob. cit., p. 623).

11 Cassação, 11.02.31, *Sirey*, 1932, p. 121, com o aplauso de F. Gény.

É interessante notar que, julgando o transportador aéreo por essa forma, no que diz atender à imperfeição do meio de locomoção empregado, o que não é inteiramente exato, a jurisprudência francesa encara com a maior severidade as cláusulas de irresponsabilidade em outras atividades. Assim, por exemplo, considera como de nenhuma eficácia jurídica os avisos com que o proprietário de um lugar destinado a divertimentos públicos declare não responder pelos acidentes que se verifiquem pelo uso de vários aparelhos aí existentes. Sobre a integridade pessoal dos freqüentadores não lhe é permitido transigir. Em caso de acidentes, o proprietário é responsável.¹² De igual modo, decide-se na Alemanha que o organizador de uma corrida de motocicletas é responsável perante os espectadores que tenha pago bilhete de entrada. Os corredores se consideram dependentes dele.¹³

217. O estado de necessidade releva de responsabilidade no crime, conforme os arts. 19, nº I, e 20 do Código Penal. O último dispositivo define o estado de necessidade como a situação do agente que "... pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se".¹⁴

Nenhuma contestação sobre o princípio aí estabelecido: não é criminoso quem pratica o ato em estado de necessidade.

Ocorre, porém, séria dúvida em relação aos efeitos do reconhecimento do estado de necessidade no juízo da reparação do dano, porque o art. 65 do Código de Processo Penal estabelece que: "Faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhece ter sido o ato praticado em estado de necessidade..."

Câmara Leal, interpretando esse artigo, sustenta, precedentemente, depois de censurar o uso da expressão *coisa julgada*, que, se a sentença absolutória se funda em reconhecimento do estado de necessidade, o juiz do cível é obrigado a isentar o réu da obrigação de reparar.¹⁵

Somos de opinião que o sistema do Código de Processo Penal aberrava da tradição do nosso direito, além de fugir ao critério moderno da reparação do dano. Não há argumento capaz de convencer-nos de que o direito que temos de lesar a outrem em estado de necessidade seja mais forte e mais merecedor de proteção do que o que assiste ao prejudicado de se ver repostos na situação anterior ao dano. Nem se diga que pelo Código de Processo Penal o ato praticado em estado de necessidade só isenta o agente em face de quem é culpado do perigo. Para isso, não era necessário dispor. Nossa convicção é que o Código de Processo Penal isentou em qualquer caso de reparação o prejuízo causado em estado de necessidade. Assim o terceiro inocente, atingido pelo ato necessário, não se pode, à luz desse Código, voltar contra o causador do dano, mas somente recorrer à talvez problemática responsabilidade de quem criou a situação de necessidade. Isso estabelece uma doutrina que não pode merecer os aplausos dos juristas informados dos princípios atualmente observados em relação à responsabilidade civil, tanto mais que o ato necessário, admitido como escusa no crime, sempre foi, todavia, em qualquer das correntes de opinião, afastado como motivo de isenção do dever de reparar. É o que se pode ver de um sumário estudo do assunto.

Chironi, por exemplo, encara-o como ato ilícito,¹⁶ mas seu critério não corresponde à realidade, porque ao agente de ato necessário falta a vontade, elemento animador do dolo ou da culpa. Quem age por necessidade, assim como quem exerce a legítima defesa, não quer o mal, nem estaria em condições de evitá-lo, mediante maior atenção, prudência ou diligência. O dano é o único meio de que dispõe para escapar do perigo.¹⁷

Ünger o considera ato fora do direito: "A necessidade não conhece lei".¹⁸ Rompe todo vínculo jurídico.¹⁹ Mas também essa opinião é inexata. O direito nunca deixa de existir, mas impera sempre. O ato não pode fugir à qualificação: ou é permitido ou é reprovado pelo direito; jamais pode ser estranho a ele.²⁰

12 *Recueil Dalloz*, 1935, nº 4, parte 2ª, p. 219.

13 *Reichsgericht*, 03.08.36, em *Responsabilità Civile e Previdenza*, 1937, p. 345, nº 15.

14 Von Liszt define o estado de necessidade como a situação de perigo atual dos interesses protegidos pelo direito, na qual não há outro remédio senão a violação de interesses de outrem, por igual protegidos juridicamente. Caracteriza-se, pois, como colisão de interesses, em que o ato praticado em estado de necessidade aparece como providência de proteção ou salvaguarda dos interesses próprios - excepcionalmente alheios também - que se encontram em perigo imediato, providência que só se pode efetivar mediante lesão de interesses legítimos de outrem (*Tratado de Derecho Penal*, trad. espanhola de Asúa, Madri, 1927, p. 341).

15 Ob. cit. vol. 1º, p. 250. Igual contradição se encontra com relação ao art. 1.540 do Código Civil, que só considera isento de reparação o crime cometido em legítima defesa. Cumpre notar que, entretanto, o estado de necessidade não se confunde com a legítima defesa. Esta é a espécie, aquele o gênero. A legítima defesa é um estado de necessidade qualificado. Mas, enquanto o ato necessário tem essencialmente o caráter de ação, a legítima defesa

representa caracteristicamente uma reação. Se outros conceitos se requerem para aperfeiçoar a distinção, diríamos, também, que a legítima defesa trata de fazer prevalecer o direito em face da injustiça, ao passo que no estado de necessidade se procura salvaguardá-lo à custa de outro direito (*Mezger, Tratado de Derecho Penal*, trad. espanhola de José Rodríguez Muñoz, Madri, 1935, t. 1º, p. 381; Carrara, *Programma*, ps. 285 e segs.; Von Liszt, ob. cit., p. 342).

O art. 65 do Código Penal entra em conflito ainda com o art. 155 do Projeto do Código de Obrigações, que consagra à reparabilidade do dano causado em estado de necessidade, embora, como é lógico, dê ao agente a ação regressiva.

16 Ob. cit., t. 2, nº 522 bis.

17 A. Acuña Anzorena, na *Revista Forense*, maio de 1940.

18 Ünger, repete, assim, famoso conceito de Goethe: "A lei é poderosa; mais poderosa, porém, a necessidade".

19 Contardo Ferrini, *Delitti e quasidelitti*, no *Digesto Italiano*, Turim, 1887, vol. 9, p. 788.

20 A. Acuña Anzorena, ob. e loc. cit. Parece-nos exagerada a asserção. Há fatos que escapam a esse dilema: o concubinato não é reprovado pelo direito, nem é conforme a ele. Mas, para o que aqui nos interessa, a discussão não tem maior proveito.

Prevalece, como doutrina prestigiada pela maioria dos doutores, a opinião de que o ato necessário é um ato ilícito. Anzorena expõe as condições em que se configura e que vêm a ser as estabelecidas no art. 20 do nosso Código Penal: a) ausência de culpa do agente; b) impossibilidade de escapar ao perigo, ou seja, sua indispensabilidade como meio de afastar o perigo, o que mostra que não basta que o dano seja provável, mas é preciso que seja iminente e inevitável por outra forma; c) relevância do dano evitado sobre o dano imposto ao prejudicado.²¹

Para caracterizar, pois, o ato necessário, não basta o perigo hipotético, eventual, possível ou remoto, porque, então, ao indivíduo assustado se deparariam mil e uma ocasiões de invocá-los, conforme imaginasse sua fantasia o estabelecimento de uma situação desse gênero. É preciso que o mal a evitar se apresente com o duplo caráter de certo e iminente.

Entre os que admitem a obrigação de reparar o dano causado em estado de necessidade, não são menores as divergências da doutrina. Chironi a filia ao princípio do enriquecimento sem causa.²² Ugo Cedrangolo é da mesma opinião. Sustenta que o ato praticado em estado de necessidade não fundamenta, de si só, a reparação civil, mas reconhece, em face da alteração do direito do agente, que se traduza em vantagem para ele e prejuízo de terceiro, a procedência da ação de *in rem verso*.²³

Esta teoria se considera insuficiente para a justificação do ressarcimento do dano causado pelo ato necessário, porque será impossível falar em enriquecimento no caso em que esse ato não tenha alcançado bom êxito.²⁴

Para Demogue, a reparação se funda em expropriação privada.²⁵ Esta doutrina, se bem que mais feliz que as outras, satisfaz como explicação da reparação do dano causado pelo ato necessário, praticado em proveito

do agente. Não consegue, porém alcançar a hipótese do ato necessário em proveito de terceiro que, porventura, o obrigue, porque não se admite delegação deste para a expropriação.²⁶

Giorgi e outros podem ser incluídos em terceira corrente, que funda a reparação na equidade, na solidariedade ou na assistência social.²⁷

Esse nos parece o critério mais acertado e coincide, aliás, com o nosso ponto de vista sobre a responsabilidade civil em geral: a obrigação de reparar surge da simples violação injusta do *statu quo*. Ora, não é justo que o terceiro, em quem recai o resultado do ato necessário, sofra o prejuízo, para permitir que dele se livre aquele a quem o dano foi dirigido. A jurisprudência tem decidido nesse sentido, e no Tribunal de São Paulo foi proferido aresto que constitui verdadeiro padrão no assunto. Para não ficar comprimido entre um bonde e um caminhão, um motorista atirou seu carro sobre a calçada, onde feriu gravemente um pedestre. Na primeira decisão, o Tribunal isentou o motorista e assentou que o art. 160, nº II, só se refere a coisa e não a pessoas. De modo que concedia proteção às coisas e negava à personalidade humana, bem de valor inestimável, anomalia salientada em seu voto pelo ilustre desembargador Leme da Silva.

Essa decisão foi, porém, acertadamente reformada, invocando-se no julgado definitivo o límpido ensinamento de Peretti-Griva: "Se é humano que cada um procure salvar-se, é também humano que aquele que sofre por fato nosso, o dano, em vez de nós, tenha direito de reclamar a converção patrimonial do sacrifício que lhe tenhamos causado. O estado de necessidade, considerado como força maior na determinação do dano, se fosse deixado a si, haveria imposto suas conseqüências danosas sobre nós: nós o desviamos de seu mecanismo, para fazê-lo atingir um terceiro inocente. Somos, assim, responsáveis pelo evento".²⁸

26 Anzorena, ob. e loc. cit.

27 Giorgi, ob. e loc. cit., autores em Anzorena, ob. e loc. cit.

28 Ac. do Tribunal de São Paulo, em 29.02.36, na *Revista dos Tribunais*, vol. 100, p. 533; cf. Peretti-Griva, *Responsabilità civile attinente alla circolazione dei veicoli*, 3ª ed., ps. 14 e segs.

A jurisprudência francesa tem expressivos exemplos nesse sentido. O mais eloqüente é este: no conflito entre o direito à vida do agente e o direito idêntico do seu semelhante, aquele não pode sacrificar impunemente o segundo. Assim, os reféns tomados pelos inimigos e colocados na penosa contingência de indicar "ou mais companheiros para o fuzilamento não podem isentar-se da obrigação de reparação perante a família das vítimas, invocando o estado de necessidade (Tribunal Civil de Rocroy, em 16 de janeiro de 1873; Corte de Nancy, em 7 de março de 1874, *apud* Lalou, ob. cit., nº 305, p. 180).

Nos tribunais belgas, não se decide por outra forma. Há um julgado que mostra o cuidado com que se decide a questão. Para evitar colisão com um barco de passageiros, cujo patrão tornara o desastre iminente, por seus erros grosseiros, o capitão de um navio se viu obrigado a praticar certa manobra, de que resultou a destruição de um embarcadouro. Não havendo conseguido reparação integral do patrão do barco causador do perigo, o dono do navio reclamou o restante de seu capitão. A Corte de Apelação de Bruxelas reconheceu que, na contingência de afundar o barco, causando a morte de numerosos passageiros, ou destruir a propriedade material, o capitão do navio não podia hesitar e havia escolhido a

21 A. Acuña Anzorena, ob. e loc. cit.; Giorgi, *Obbligazioni*, vol. 5, nº 165; Demogue, vol. 3, nº 240; Enneccerus, vol. 2, p. 240; Joseph Rutsaert, p. 40, Mazeaud et Mazeaud, ob. cit. nº 494, p. 530; Câmara Leal, ob. e loc. cit. O critério do Código Penal, para identificação do estado de necessidade é rigorosamente acertado, tanto mais que remete a apreciação da possibilidade do sacrifício do direito às circunstâncias de fato, que são o melhor meio de reconhecer a sua relevância.

O douto Amézaga também caracteriza oitivamente o estado de necessidade, quando mostra que não pode haver culpa no exercício da defesa da pessoa ou dos bens do agente contra o perigo oferecido por uma coisa animada ou inanimada (*Culpa Aquiliana*, p. 161). Exige a prevalência do bem defendido sobre o interesse lesado e mais a ausência de culpa do autor do ato necessário na produção do perigo (ob. cit., p. 162).

22 Ob. e loc. cit.

23 *Sulla risarcibilità del danno dipendente dall'atto necessitato*, em *Il Nuovo diritto*, Roma, 1935, p. 397.

24 Anzorena, ob. e loc. cit.

25 *Obligations*, vol. 3, nº 399. Marton também considera o ato necessário caso de expropriação privada (ob. cit., nº 96, ps. 298 e segs.).

Motorista que, para salvar a própria vida, causou dano a terceiro, foi absolvido da obrigação de indenizá-los, por acórdão do Supremo Tribunal Federal, relatado pelo ministro Temístocles Cavalcânti (RTJ, vol. 49, p. 802), para quem o art. 1.519 do Código Civil só se aplica às coisas e não às pessoas, o que seria confirmado pelo seu art. 160. O erro do julgado ora referido começa pelo fato de considerar os bens materiais mais dignos de proteção que os bens extrapatrimoniais. E resulta de não se haver atentado para a justificação do dispositivo, produzida por Justiniano de Serpa e adotada pelo grande Clóvis Beviláqua e segundo a qual a idéia dominante na construção jurídica do art. 160 é a de que todo dano desse gênero deve ser reparado, independentemente de culpa ou dolo (Clóvis, Comentário ao art. 160). Se o ato é lícito, por se ter como legítimo a defesa da sua vida, não é lícito fazê-lo em detrimento da vida de terceiro, que não criou o perigo.

Não pode ser objeto de discussão a isenção do agente que pratica o fato danoso em legítima defesa. Mas essa isenção só vale, para ele, em relação à vítima que provocou a repulsa. O terceiro, não participante da provocação, tem pleno direito à reparação.

Caso interessante, nessa ordem de princípios, foi julgado pelo Tribunal Federal de Recursos. Agindo em legítima defesa, certa pessoa matou terceiro, que não concorrera para a agressão. O Tribunal, baseado na legítima defesa, repeliu a ação proposta pela viúva da vítima. Não nos parece acertada a decisão. A legítima defesa, que é, afinal, espécie do gênero estado de necessidade, não autoriza senão a isenção no crime, porque não se considera ato ilícito. Não estabelece exoneração no cível senão em relação ao agressor. Em relação à vítima inocente, há obrigação de reparar, com direito de regresso contra o causador da situação em que a legítima defesa foi imposta.

218. O fato de terceiro pode, também, constituir motivo de isenção da responsabilidade civil.

O exemplo da abalroação, provocada por outrem e em virtude da qual venham a sofrer danos os passageiros do veículo abalroado, é o mais expressivo de quantos se oferecem, para distinguir entre o fato de terceiro exonerador de responsabilidade e o que não consegue esse fito.

melhor solução. Não devia indenização alguma (Leon Graubich e Paul Laloux in *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1931, p. 689). Este aresto não negou a reparabilidade do dano praticado em estado de necessidade, mas apenas isentou o agente de reparação em face da tremenda desproporção do dano causado em relação ao que resultaria, se não deliberasse por aquela forma. Assim, a decisão se conformou precisamente ao espírito do Projeto do Código Franco-italiano de Obrigações, que diz, no seu art. 77: "Aquele que causa um dano a outrem, para se preservar ou para proteger a terceiro de um dano iminente e muito mais grave, não é obrigado à reparação senão na medida que o juiz estime razoável."

O contrato de transporte envolve, como universalmente se aceita hoje, a obrigação de conduzir o viajante são e salvo ao lugar de destino. Quando, pois, ocorre o fato impeditivo de inadimplemento, está no interesse do transportador demonstrar que ele se deve a circunstâncias imprevistas ou imprevisíveis, a fim de beneficiar-se com a isenção de responsabilidade que se reconhece ao contratante que prove a ocorrência do motivo de exoneração.

Em relação ao fato de terceiro, que figura, ao lado do caso fortuito ou de força maior, como fundamento de isenção, naquela expressão genérica de causa estranha, usada pelo art. 1.382 do Código Civil francês, há uma certa corrente de opinião que a reconhece sempre e sempre, como excludente de responsabilidade, como sucedeu em certo acórdão do Tribunal de São Paulo.²⁹ Outros, porém, só em determinadas condições lhe atribuem tal efeito. Para dar, em fórmula sintética, o pensamento da segunda corrente, a que aderimos, podemos dizer que o fato de terceiro só exonera quando realmente constitui causa estranha ao devedor, isto é, quando elimine, totalmente, a relação de causalidade entre o dano e o desempenho do contrato. A questão é essencialmente ligada ao problema do nexo causal e parece-nos que não tem sido estudada desse ponto de vista. Em última análise, todo fato que importe exoneração de responsabilidade tira esse efeito da circunstância de representar a negação da relação de causalidade.

No antigo direito francês, o fato de terceiros era considerado causa de exoneração em acepção ampla. Nesse teor era a lição de Pothier.³⁰ Tal lição deve ser interpretada, conforme a opinião dos escritores modernos, no sentido de que a solução pressupunha a condição de não haver culpa do agente, em concorrência com o fato de terceiro, porque sempre se reconheceu, em presença de culpa do contratante, que concorresse para o prejuízo, o direito de reclamar dele a reparação integral.³¹

Os Códigos filiados ao sistema francês não mencionam especialmente o fato de terceiro. Nosso Código também não o faz, limitando-se à clássica referência ao caso fortuito ou de força maior. Pelo contrário, o que nele encontramos é precisamente um sinal adverso ao reconhecimento amplo dos efeitos do fato de terceiro sobre a responsabilidade, no art. 1.520, onde se consagra tão-somente a ação regressiva contra ele, o que supõe, logicamente, a responsabilidade ou, melhor, a obrigação de reparar, por parte do sujeito desse direito regressivo.

Se tivermos em vista o Decreto Legislativo nº 2.681, de 1912, tampouco encontraremos referência ao fato de terceiro como causa de isenção de responsabilidade. E por aí já se devia repelir a defesa fundada em abalroação, no caso de transportes urbanos, a que se aplica essa lei, por voto de

²⁹ *Revista Forense*, vol. 94, p. 501.

³⁰ *Obligations*, nº 544.

³¹ Mazeaud et Mazeaud, ob. cit., nº 1.623, p. 577.

torrencial jurisprudência. De forma que, perante esse regime, o fato de terceiro há de revestir as características de caso fortuito ou de força maior, para servir de escusa ao devedor.

No Código de Obrigações, em projeto, tampouco encontramos a consagração do fato de terceiro como categoria separada da força maior. Já o projeto franco-italiano o admite, como categoria distinta, entre as causas de irresponsabilidade, em relação aos danos produzidos por animal ou coisa inanimada.³² Em nosso direito positivo, salvo erro, só podemos identificar o fato de terceiro como motivo de escusa de maneira indireta nos arts. 1.285, que alude a roubo ou escalada noturna, e 1.528, do Código Civil, quando alude a provocação de animal por outro, o que se pode considerar fato de terceiro, por via de repercussão, e no art. 100, letra c, do Código Brasileiro do Ar, quando se refere ao fato de pessoa estranha à tripulação. As referências insuladas, porém, a nosso ver, não prejudicam a tese de que, para o nosso legislador, não foi especificamente considerada a hipótese do fato de terceiro, senão quando se encontre equiparado, para todos os efeitos, ao caso fortuito ou de força maior.

A questão, entretanto, não é tão simples, do ponto de vista doutrinário. O fato de terceiro precisa, antes de mais nada, ser caracterizado. Isto se faz mediante a exigência destes pressupostos: a) causalidade: escusado dizer que, se não é causa do dano, nenhuma influência pode o fato de terceiro exercer no problema da responsabilidade; b) inimputabilidade: com efeito, se o fato danoso pode ser imputado ao devedor, fica fora de questão apurar em que medida terá influído, no resultado, o fato de terceiro, porque não foi este, mas aquele, o produtor do dano; c) qualidade: terceiro é qualquer pessoa além da vítima e do responsável. Ressalvam-se as pessoas por quem o agente responde, tanto no regime delitual (filhos, tutelados, prepostos, aprendizes etc.) como no campo contratual (encarregados da execução do contrato em geral), porque essas não são terceiros, no sentido de estranhos à relação que aqui nos interessa; quando muito, algumas de tais pessoas podem ser consideradas terceiros para efeito do direito de regresso, mas esta matéria não influi nas relações entre a vítima e o responsável;³³ d)

32 Arts. 81 e 82.

33 Decidiu-se em tribunal italiano que a estrada de ferro não é responsável pelo acidente ocorrido a um automobilista que, ao tentar atravessar a via férrea, foi colhido por um trem, sob o fundamento de que a barreira que lhe vedava o acesso havia sido levantada criminosamente por terceiro. Esta intervenção constituía a causa única eficiente do evento. Como se não podia impor à estrada a adoção de um tipo de cancela resistente à intervenção estranha, nem a obrigação de mantê-la fechada, sua responsabilidade se restringia ao momento do fechamento da porteira. Esse aresto foi vivamente criticado em comentário de Giovanni Gisci, que reclamou melhor contemplação pela sorte da vítima (*Sulla sorveglianza dei passaggi a livello custoditi*, nota à sentença da Cassação italiana de 21.06.34, em *Responsabilità Civile e Previdenza*, Milão, 1934, p. 390). Aos precedentes reparos do comentador acrescentamos que sobre a estrada e não sobre a vítima devem recair as consequências da imperfeição do seu aparelhamento. No caso, aliás, sua responsabili-

idade: o fato de terceiro há de poder ser atribuído a alguém, o que não quer dizer que se imponha, necessariamente, a sua identificação. Sem dúvida, o fato de poder identificar o terceiro contribui para melhor caracterização do fato que se lhe atribui. Mas isso não é condição essencial para tal configuração, como sucede, por exemplo, no dano produzido por terceiro que fugiu e não foi encontrado, tendo sido visto, entretanto, a praticar o ato de que resultou o prejuízo. Se o dano não pode ser atribuído a alguém, nesse sentido de que se deva a ação humana, estranha aos sujeitos da relação vítima-responsável, não há fato de terceiro, mas caso fortuito ou de força maior. Recorde-se, entretanto, que é muito difícil e delicado precisar a diferença entre o fato de terceiro e o produzido pelas forças naturais. O mau estado do caminho, por exemplo, será fato de terceiro, isto é, da pessoa, física ou jurídica, a que incumbe a sua conservação, se provier de negligência desta obrigação. Não o será, entretanto, se de chuvas intensas; e) ilicitude: se o fato de terceiro é causa exclusiva do dano, não há que indagar se é ou não ilícito, para considerar-se como causa de isenção; se, porém, concorre com o do responsável, este não pode alegá-lo senão quando seja culposos.³⁴

Quanto aos efeitos do fato de terceiro sobre a responsabilidade civil, torna-se indispensável distinguir os casos em que há, ou não, presunção de responsabilidade contra o devedor. Se não se invoca nenhuma presunção de responsabilidade, é preciso saber: a) se o dano se deve a uma só causa. Neste caso, o fato exclusivo de terceiro não pode deixar de exonerar. Falta de todo em todo o laço de causalidade entre a atividade do agente e o dano. Desnecessário se considera dizer que, se o fato se deve exclusivamente a fato do agente, nem se pode cogitar de fato de terceiro, que porventura tenha intervindo, ainda que culposamente, nos acontecimentos; b) ou tem mais de uma causa, o que constitui, aliás, o caso mais freqüente. Esta hipótese ainda pode ser desdobrada: ou se trata de contrato, em relação a ambos os devedores, e neste campo a solidariedade não se presume, pelo que cada um responde pela sua cota viril e só por ela, o que quer dizer que a intervenção do terceiro exonera apenas em parte o agente, em face da vítima, que é obrigada a dirigir a ação contra ambos; ou se trata de devedores não contratuais, e neste caso cada um é obrigado pelo todo (Código Civil, art. 1.518), o que resulta em responsabilidade integral do agente, isto é, inocuidade do fato de terceiro em relação à responsabilidade daquele que a vítima escolhe para pedir a reparação, se bem que, entre os autores da ofensa, se reconheça o direito de regresso. Esta doutrina está consagrada no Projeto do Código Franco-Italiano de Obrigações.³⁵

dade se agravava, pois se tratava de passagem de nível guardada. Neste caso, o fato do terceiro interveniente só fora possível em face da evidente negligência dos prepostos da estrada.

34 Mazeaud et Mazeaud, ob. cit., nos 1.622-1.623, ps. 576 e segs.

35 Mazeaud et Mazeaud, ob. cit., nos 1.635-1.642, ps. 583 e segs.

Ocorre lembrar, à margem dessas considerações, que, na hipótese de inexecução do contrato por fato de terceiro, o contratante responde integralmente perante o credor, mas tem ação contra o terceiro também pelo todo, de forma que, se o fato de terceiro não constitui causa liberatória, no sentido de defesa do contratante, pode, indiretamente, assumir essa função, quando, no caso de ser o terceiro solvável, dele obtenha o responsável contratual pleno alívio do ônus da indenização, mediante a ação de regresso.³⁶

Se há presunção de responsabilidade, três hipóteses podem ocorrer:

a) presunção de responsabilidade somente contra o devedor. Este exemplo se desdobra em vários casos: 1) responsabilidade do preponente. Recai na situação de direito comum, o que se percebe quando recordado que tal responsabilidade se funda na assimilação do fato do preposto ao do principal, isto é, que é a culpa do dependente que configura a responsabilidade do comitente; 2) responsabilidade pela ruína de edifícios. A culpa, neste terreno, é sempre presumida. Nos casos raros em que não ocorre a presunção, há como no primeiro caso, a substituição da pessoa cujo fato tenha produzido o dano pelo proprietário. As regras de direito comum têm, pois, plena aplicação; 3) responsabilidade dos pais, e outros de presunção *juris tantum*. Uma vez que demonstrem que o fato de terceiro é a causa única do dano, não poderão ser perseguidos pela vítima; 4) responsabilidade do contratante e do guardião das coisas inanimadas. Este caso merece apreciação diferente, porque a presunção contra o devedor não cede ante a simples ausência de culpa de sua parte, salvo casos especiais. O problema, em suma, consiste em saber se o fato de terceiro é, ou não, causa exclusiva do dano, isto é, se houve, ou não, de qualquer forma, intervenção do devedor, na produção do prejuízo. Cumpra-se o dever de fazer esta prova, que, como ficou dito, não se limita a simples demonstração de ausência de culpa, mas ao estabelecimento de sua estraneidade ao acontecimento. A este propósito, surgem as maiores dificuldades. Pretende certa opinião que o fato de terceiro só pode ser causa de exoneração, a saber, só se considera prestada a prova de que foi causa exclusiva do dano quando apareça como determinante única do resultado prejudicial.³⁷ Outros autores, porém, são menos exigentes. Para eles, não é necessário que o fato de terceiro se apresente com os atributos da força maior, para ter efeito exonerativo.³⁸

Mazeaud et Mazeaud, pronunciando-se pela primeira opinião, explicam que, à primeira vista, parece realmente demasiado exigir que o fato de terceiro seja imprevisível e irresistível. Mas deve ser observado que essa

exigência é tão-somente a consequência necessária da obrigação estrita que tem o devedor de impedir, no caso de responsabilidade como guardião, que a coisa escape ao seu poder de direção, e de cumprir, no caso de contrato, a obrigação determinada que nele assumiu. Se o guardião, ou o devedor contratual, podia prever o fato de terceiro, falta à sua obrigação quando permite que ele ocorra. Numa palavra, só quando se apresente com os característicos da força maior é que o fato de terceiro pode constituir causa de isenção.³⁹

b) Presunção de responsabilidade de terceiro, hipótese exatamente oposta à anterior. É o caso do viajante vítima de agressão, que demanda o agressor, em lugar de acionar o transportador, ou da pessoa ferida em desastre de automóvel, que pede reparação ao pedestre ou ao automobilista que provocou o acidente, em vez de mover ação contra o dono do veículo que o atingiu, na sua qualidade de guardião.⁴⁰ Aqui, o fato de terceiro exonera integralmente.

c) Presunção de responsabilidade tanto contra o agente como contra o terceiro. Seu exemplo mais freqüente é o da colisão de veículos. A vítima pode agir indiferentemente contra um ou outro, o que importa em dizer que o fato de terceiro não influi na responsabilidade, em relação ao prejudicado. Em face do co-responsável, entretanto, a equidade não admitiria a solução contrária ao que satisfaz a indenização, porque os danos se repartem na proporção da respectiva influência para a sua produção.⁴¹

d) A questão chega ao seu ponto máximo de dificuldade quando o dano resulta da conjugação de três atividades: a da vítima, a do indigitado responsável e a de terceiro. A solução não pode ser outra senão a que decorre da proporção das respectivas culpas. Mas a vítima pode, pela parte a que tem direito, exigir, à escolha, de qualquer dos dois outros intervenientes, a indenização correspondente aos dois terços.⁴²

Essas noções, que deixam já claro o problema da influência do fato de terceiro na reparação do dano, podem ainda ser compreendidas por via de outros princípios. Ao lado da obrigação que incumbe a todos os homens de proceder na medida de sua capacidade pessoal, existe, em certos casos, a de agir sem interesse próprio, em virtude de um dever público. A pessoa é, assim, obrigada, malgrado seu, a desenvolver certa atividade em proveito de outras, fazendo frente a situações inesperadas, criadas por acontecimentos imprevisíveis e imprevisíveis, como a atividade de outra pessoa, ou de um animal, ou o fato da natureza, que intervém na atividade desenvolvida

36 Por isso convém, em face do fato de terceiro, que o juiz, ao impor a obrigação de reparar ao autor do dano, lhe ressalve o direito à ação de regresso contra o culpado.

37 Jossierand, *Les transports*, nº 898, p. 940; Besson, *La faute dans la garde*, ps. 161 e segs.; Liebmann, *La responsabilité de faits des choses*, p. 116.

38 Lalou, ob. cit., nºs 310 e segs., ps. 183 e segs.; Gardennat et Salmon-Ricci, ps. 393 e segs.

39 Os mesmos autores atestam, ainda, que a jurisprudência francesa acata esse critério (ob. cit., nºs 1.644 e segs., 589 e segs.).

40 Mazeaud et Mazeaud, ob. cit., nº 1.656, p. 600.

41 Mazeaud et Mazeaud, ob. cit., nº 1.659, p. 601.

42 Mazeaud et Mazeaud, ob. cit., nº 1.622, ps. 604 e segs.

pelo agente em seu próprio interesse e ameaçam fazê-lo instrumento de resultado danoso. Contra este, deve essa pessoa lutar, quer queira, quer não. Exemplo de tal atitude encontra-se nas situações que defronte o automobilista que, circulando regularmente na via pública, vê atirar-se à frente do carro o louco, a criança, o transeunte imprudente, o candidato ao suicídio ou o animal e, procurando evitar o dano a esse, vem a causá-lo a outro. A atividade do automobilista concorrerá, sem dúvida, para o complexo de fatos que redundará no dano, paralelamente à atividade estranha, que interfere com a sua, sem excluir outros fatores igualmente influentes para tal resultado. É conveniente, e até de exigir, que o agente surpreendido por essa intervenção estranha reaja contra ela, para fazer claro que a não endossa, que a quer manter afastada de sua atividade. Esse é quase o seu dever legal. Ora, para investigar sobre a sua responsabilidade em tal situação, tornar-se necessário precisar a medida, desse dever. E ela só pode ser dada em função do princípio de que cada um só responde na proporção das suas próprias ações. De forma que, para responder pelo fato danoso resultante da atividade estranha ou de acontecimento natural que desvia do seu curso regular a atividade do agente, é preciso que o esforço por ele empregado em repeli-la satisfaça o dever que ele tem de afastá-la. Isso quer dizer que a responsabilidade do agente não pode emergir senão da atitude que envolva uma censura moral. Com efeito, nada se lhe pode exigir além do que pode dar, no limite de suas faculdades.⁴³

De posse desses dados, que explicam o sentido e a razão íntima da expressão *causa estranha*, do art. 1.382 do Código Civil francês, é possível estabelecer a distinção entre caso fortuito ou de força maior e causa estranha.⁴⁴ A força maior assinala o limite extremo do princípio da prevenção, ao mesmo tempo que o do princípio de interesse ativo, na sua função positiva; a causa estranha assinala a ausência de interesse por parte

do agente; determinando a entrada em jogo da função negativa do princípio de interesse ativo.⁴⁵

Não há confundir, pois, *causa estranha e força maior*. A assimilação de uma figura à outra decorre do fato de se deixarem alguns autores impressionar pelos efeitos que ambas exercem sobre a responsabilidade, a saber, fazer cessar a responsabilidade do agente. Mas a força maior atua de maneira absoluta e a causa estranha de maneira relativa, no sentido de que aquela influi para a nulificação total da responsabilidade e esta para a sujeição do caso à responsabilidade adequada às qualidades ou capacidade e aos deveres do agente. As duas noções são, portanto, independentes: Nada impede, porém, que coincidam no mesmo fato, caso em que o efeito mais forte absorverá o mais brando, tornando-o sem objeto.⁴⁶

Associando os princípios expostos, concluímos que não se pode confundir a causa estranha ou fato de terceiro com a força maior, não obstante seus pontos de contato e a possibilidade de sua coincidência no mesmo fato; que a causa estranha é, em sentido relativo, o que a força maior representa em sentido absoluto, que, portanto, para exonerar o devedor, a causa estranha deve revestir o caráter de imprevisibilidade, não em termos abstratos, mas apreciada em função de dever que incumbe ao agente.

Tratando-se, portanto, de transportes, que constituem o caso padrão para exata ponderação do problema, a causa estranha aparece, em face do transportador, como interferência na sua atividade contratual, que é submetida ao dever de levar o passageiro são e salvo ao lugar de destino. Se essa interferência representa impossibilidade ou imprevisibilidade em relação à diligência que deve ser desenvolvida pelo transportador, no cumprimento da obrigação de incolumidade implícita no contrato, constitui causa de exoneração. Se não apresenta esse caráter, não pode ser invocada como motivo de isenção. Numa palavra, e reduzindo a teoria ao exemplo prático: a abalroação não exonera, mas o homicídio praticado, v. g., por um passageiro contra outro ou por pessoa que se mantenha de fora, não pode deixar de exonerar, pela perfeita imprevisibilidade ou irresistibilidade da interferência que representa na atividade do transportado.⁴⁷ Para que se equipare

43 Marton, ob. cit., ps. 369 e segs.

44 A expressão *causa estranha* é preferível a *fato de terceiro*, porque não se pode chamar *fato*, por exemplo, a intervenção do animal. Caso muito expressivo, a falar em favor da preferência, foi um desastre ocorrido no Distrito Federal. Uma árvore, carcomida pela ação do cupim, desabou sobre dois bondes que passavam pelo local. Chamar *fato de terceiro* a isso é impropriedade de expressão. Trata-se de *causa estranha*, se bem que determinada por omissão de terceiro, a saber, as autoridades encarregadas da guarda da árvore, que procederam negligentemente e assim permitiram o doloroso evento. Apesar de sua obrigação de levar os passageiros são e salvos ao lugar de destino, a empresa de transporte se nos afigura, no caso, isenta de responsabilidade, porque o acontecimento representou para ela um fato imprevisível e inevitável. Quando, por acaso, seja obrigada a compor os danos aos passageiros, não há dúvida que tem ação de regresso, pelo todo, contra a Municipalidade.

No sentido de nossa opinião, o bem elaborado aresto do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, relator o desembargador Serpa Lopes, no Recurso de Revista número 743, no *Diário da Justiça* de 22.06.48, p. 1.673. Veja-se ainda a *Revista Forense*, vol. 102, ps. 475 e 478, que tratam de hipótese idêntica.

45 Marton, ob. cit. nota 3 da p. 373.

46 Marton, ob. e loc. cit.

47 Decidiram, pois, acertadamente, em nossa opinião, os acórdãos do Tribunal de Apelação do Distrito Federal de 10.01.42 e 19.05.44, na *Jurisprudência do Tribunal de Apelação*, Imprensa Nacional, vol. 11, ps. 110 e 99, respectivamente. Ainda nesse sentido, a brilhante sentença do ilustre juiz Martinho Garcez Neto, na *Revista Forense*, vol. 96, p. 142.

Em espécie diferente, mas subordinado ao mesmo critério, o Tribunal de Apelação de São Paulo assentou que o ato culposo de terceiro, que acendeu um isqueiro em um posto de gasolina, e aí causou um incêndio, não isenta de responsabilidade o dono ou explorador do negócio, porque o incêndio foi favorecido pelo fato de haver inflamável no chão e também por haver sido a guarda do posto confiada a menor de 16 anos (ac. de 06.11.40, na *Revista dos Tribunais*, vol. 129, p. 809).

à força maior, é preciso que o fato de terceiro exclua a causalidade em relação àquele que o invoca.

A alegação de quebra da barra de direção não isenta o motorista ou seu preponente da responsabilidade pelos danos resultantes de colisão, se não há contribuição do outro veículo para o acidente, foi o que decidiu, por unanimidade, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 59.990.

A decisão nos parece acertada, principalmente, no caso em que se tratava de colisão entre bonde e veículo oficial, o que induz, de um lado, a consideração de que o coletivo, conservando-se nos trilhos, não concorreu para o dano, e, de outro, a de que a responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público independe de culpa.

219. O caso fortuito ou de força maior desperta debate tão agitado como o travado a respeito do fundamento da responsabilidade civil.

Consideramos o problema de suma importância, mas renunciemos a tratá-lo com a extensão que merece: tanto porque nos obrigaria a alterar o plano desta obra, como porque até certo ponto ocioso se tornaria discutir o assunto, depois do trabalho do professor Arnaldo Medeiros,⁴⁸ uma vez que estamos de acordo com a quase totalidade de suas conclusões. Não deixaremos, contudo, de dar, sumariamente, nosso ponto de vista sobre a matéria.

Como é sabido, dois são os critérios que se propõem a explicar o conceito de caso fortuito ou de força maior: a corrente objetiva e a corrente subjetiva. Na exposição de Arnaldo Medeiros podem ser encontradas todas as noções capazes de esclarecer o problema. O que primeiro ressalta do consciencioso estudo desse escritor é a inutilidade da distinção entre caso fortuito e força maior. As expressões são sinônimas.⁴⁹

No Código Civil, art. 1.058, pará. único, adotou-se noção objetiva da força maior.⁵⁰ Não obstante, as divergências doutrinárias não cessa-

ram. Clóvis Beviláqua,⁵¹ João Luís Alve,⁵² Carvalho de Mendonça (J. X.),⁵³ Lacerda de Almeida,⁵⁴ Tito Fulgênio⁵⁵ e Carvalho Santos⁵⁶ *filiam-se* ao critério objetivo.

A corrente subjetiva conta com a prestigiosa opinião de Espínola⁵⁷ e Spencer Vampré.⁵⁸

Na minuciosa investigação a que procedeu, Arnaldo Medeiros dá testemunho de que a jurisprudência se manteve sempre fiel ao conceito clássico do caso fortuito, procurando caracterizá-lo pela imprevisibilidade ou inevitabilidade.⁵⁹

Segundo a autorizada lição de Arnaldo Medeiros, a noção de caso fortuito ou de força maior decorre de dois elementos: um interno, de caráter objetivo, ou seja, a inevitabilidade do evento; outro externo ou subjetivo a ausência de culpa. Adota, pois, um conceito misto e não há senão aceitar-lhe a lição, no sentido de que "... não há acontecimentos que possam, *a priori*, ser sempre considerados casos fortuitos; tudo depende das condições de fato em que se verifique o evento. O que é hoje *caso fortuito*, amanhã deixará de sê-lo, em virtude do progresso da ciência ou da maior previdência humana".⁶⁰

Temos, pois, assentada, mais uma das causas de isenção da responsabilidade. De tudo quanto ficou dito, podemos, em fórmula prática, dizer que um fato poderá, ou não, ser classificado como de força maior, e isentará, ou não, de responsabilidade, conforme se possa caracterizar, ou não, em face do critério misto de Arnaldo Medeiros, pelo pressuposto da inevitabilidade e da ausência da culpa do agente. Isso, para nós, pode ser simplificado ainda mais radicalmente: o que anima as causas de isenção no seu papel de dirimentes é, em última análise, a supressão da relação de causalidade. Desaparecido o nexos causal, não é mais possível falar em obrigação de reparar. Esta noção atende melhor ao que se procura expressar com a noção de caso fortuito ou de força maior e prova, do mesmo passo que a ausência de culpa não satisfaz como critério capaz de caracterizar essas causas de isenção. Para completar as noções que aí esboçamos, em apertada síntese, julgamos conveniente recordar as mais interessantes soluções jurisprudenciais a respeito do caso fortuito ou de força maior: a) a força maior se verifica em face da impossibilidade absoluta da prestação

O insigne desembargador Vieira Braga impugna o critério pelo qual se distingue o fato de terceiro identificado à força maior do que não lhe pode ser assimilado, sob o fundamento de que importa confundir *previsibilidade* e possibilidade (ac. na Apelação nº 1.612, *Diário da Justiça* de 15.07.48, p. 1.813). O reparo tem procedência, mas é preciso não exagerar-lhe o alcance, como sucedeu na hipótese julgada, pois era de abalroação que se tratava e tal fato não constitui causa estranha à exploração. Acresce que, accitando a aplicação do Decreto nº 2.681 à responsabilidade no transporte urbano, S. Ex.^a desprezava a regra do seu art. 19 (direito regressivo).

48 Arnaldo Medeiros, *Caso fortuito e teoria da imprevisão*, Rio, 1943.

49 Ob. cit., nºs 83 e segs., ps. 115 e segs. É a orientação que se identifica no Código Civil, também a adotada no Projeto do Código de Obrigações, que, entretanto, julga solver a dificuldade com a assimilação do caso fortuito à ausência de culpa, critério de cuja eficácia duvidamos em que pese ao nosso acatamento aos eminentes membros da comissão redatora do projeto.

50 "O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir."

51 *Código Civil Comentado*, vol. 4, p. 216.

52 *Código Civil Anotado*, p. 711.

53 *Treatado de Direito Comercial*, vol. 6, parte 1^a, nºs 406 e 407.

54 *Efeitos das Obrigações*, ps. 346 e segs.

55 "Do Direito das Obrigações", no *Manual do Código Civil*, vol. X, p. 58.

56 *Código Civil Brasileiro Interpretado*, vol. 14, ps. 213 e segs.

57 *Sistema do Código Civil Brasileiro*, vol. 2, ps. 360 e segs.

58 *Revista dos Tribunais*, vol. 37, ps. 146 e segs.

59 Ob. cit., p. 135.

60 Ob. cit., p. 147.

ou do cumprimento ao dever que incumbe ao agente e não quando essa prestação se torna mais difícil ou mais onerosa. Assim, a estrada de ferro não pode alegar, para escusar-se a responsabilidade por um desastre, o fato de uma epidemia, que dificulte os serviços mas os não impossibilita;⁶¹ b) a derrapagem não constitui força maior;⁶² c) ingresso de animal no leito da estrada de ferro, onde determina um desastre, não se pode alegar como caso fortuito ou de força maior, porque os regulamentos o prevêm, tanto que estabelecem, uniformemente, a obrigação, para as estradas de ferro, de vedar a passagem de animais;⁶³ d) a produção de um fenômeno natural nem sempre pode ser capitulado como força maior. Um temporal, por exemplo, constitui fenômeno da natureza, a que se não pode obstar, mas que se pode prevenir, nos seus efeitos possíveis, mormente em cidade sujeita a periódicas inundações em conseqüências de chuvas torrenciais;⁶⁴ e) caso de força maior não se pode considerar o esmagamento de um passageiro que viaja no estribo de um bonde, por um caminhão que passa entre o meio-fio e a linha. Não se compreende que o transportador cobre passagem dos que viajam no estribo, como os demais, e pretenda que não está obrigado a prestar também a eles a garantia de incolumidade;⁶⁵ f) o estouro de pneumático não é caso fortuito. O automobilista não pode alegá-lo utilmente, para isentar-se de responsabilidade;⁶⁶ g) não pode ser

invocado como caso de força maior a projeção de pedras ou seixos pela roda dos automóveis: questão várias vezes examinada pela jurisprudência francesa, a propósito, quase sempre, de danos causados a vitrinas de estabelecimentos comerciais, foi em grande maioria decidida contra o automobilista.⁶⁷ h) ao ricochete de uma bala, no tiro ao alvo, também se recusa a qualificação de caso fortuito;⁶⁸ i) a peculiar disposição do lugar do acidente foi sempre rejeitada como caracterizadora de caso fortuito;⁶⁹ j) o vício inerente à coisa também não isenta o responsável a título de caso fortuito.⁷⁰

Na jurisprudência estrangeira, há casos menos comuns, e que, por isso mesmo, aproveita conhecer. Assim, julgou-se que a alienação mental do ciclista que se postou em frente da locomotiva e foi por ela atirado à distância não constitui força maior. Também não a consituem o enjôo, desmaios, casos de sonolência, nem sequer o procedimento imprudente de menores, em relação às estradas de ferro. Não se considera, igualmente, caso de força maior a atitude de uma jovem de 15 anos que, para fugir ao perseguidor ébrio, se precipita impensadamente contra um ônibus.⁷¹

O *black-out* trouxe, nos países beligerantes, sensível aumento de acidentes do tráfego. Quem responde pelos danos resultantes? Tudo indica que a administração pública, porque a seu cargo estão os riscos de guerra e por ser certa a relação de causalidade entre a decretação do obscurecimento e o dano. Muitos países, porém, excluem expressamente essa responsabilidade. Na Alemanha, por exemplo, um decreto de 10 de novembro de 1940 negava precisamente a relação de causalidade entre esses acidentes e a guerra. A responsabilidade deve, nessas condições, ser suportada pela empresa de transporte, por aplicação da lei de transporte ferroviário aos transportes urbanos. Ora, essa lei estabelece o princípio da responsabilidade sem culpa. A escusa só se pode fundar em força maior ou em culpa da vítima, o *black-out* não constitui força maior. A empresa deve estar prevenida de que, em caso de guerra, são inevitáveis as medidas de escurecimento. Podendo prevê-las com suficiente antecedência, pode, por isso mesmo tomar as precauções necessárias: seguro, reservas especiais destinadas ao fundo de ressarcimento, dispositivos capazes de orientar no escuro etc. É preciso, porém, reconhecer certa atenuação nessa responsabilidade, porque geralmente intervirá no evento a culpa da vítima, que pode atenuar ou até excluir aquela responsabilidade.⁷²

61 Sentença do ministro Castro Nunes, quando juiz federal, em 04.09.36, na *Revista Forense*, vol. 68, p. 384.

62 Ac. da antiga Corte de Apelação do Distrito Federal, em 04.04.41, na *Revista de Direito*, vol. 36, p. 164. A unanimidade da jurisprudência francesa se expressa nesse sentido (Liebman, ob. cit. p. 109).

63 Pedro Lessa, "Da responsabilidade dos empresários de transportes", na *Revista de Direito*, vol. 10, ps. 235 e segs. O insigne jurista explica: "Há fatos que aos estranhos ao direito parecem casos fortuitos, que isentam de responsabilidade aos que de qualquer modo contribuíram para produção deles, que o próprio legislador patricio chama de *casos fortuitos* mas que, entretanto, não eximem da obrigação de indenizar". Alude à opinião de Ribas e mostra que ele não fez mais do que reproduzir a doutrina das Ordenações, livro 4º, Título 53, §§ 3º e 4º: "... Porém, se a coisa perecesse por caso fortuito não seria o comodatário obrigado a pagar o dano, salvo quando no dito caso fortuito interviesse culpa sua...". Recordá que, em seguida, figura o legislador o caso de pedir alguém emprestada a outrem uma baixela de prata para agasalhar alguns hóspedes e levá-la para o mar, onde os corsários a tomem; o que, em outras circunstâncias, seria um caso de força maior, ou se perde em naufrágio, fato classificado como fortuito, em circunstâncias diferentes. Tanto no primeiro como no segundo caso, o comodatário é obrigado a pagar o preço da baixela, porque, por sua culpa, sucedeu o fato (ob. e loc. cit.).

64 Ac. do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, em 19.12.39, na *Revista de Direito*, vol. 81, p. 211.

65 Ac. do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, em 19.12.39, na *Revista Forense*, vol. 82, p. 108. A espécie envolve três figuras: a do caso fortuito, a da culpa da vítima e a do fato de terceiro. Qualquer que seja o aspecto por que se encare a questão, é indiscutível o acerto do julgado.

66 Esse é o voto unânime da jurisprudência francesa. Veja-se Liebmann, *La Responsabilité des accidents causés par les choses inanimées, notamment par les automobiles*, Paris, 1933, p. 105.

67 Liebmann, ob. cit., p. 110.

68 Liebmann, ob. cit., p. 113.

69 Liebmann, ob. cit., p. 114.

70 Assim decidiu a Cassação francesa, a propósito do dano causado pelo rompimento de uma lâmina da mola anterior de um automóvel, devido a defeito de construção (em 02.05.33, no *Dallaz Hebdomadaire*, 1933, p. 281).

71 *Deutsches Recht*, nº 5, 1941, p. 279, *apud La Ley*, t. 23, revista de revistas, ps. 5 e segs. Parece-nos por demais rigoroso o critério desses arestos.

72 Werner Wissow, mesma revista *La Ley* tomo e páginas desses arestos.

Desprendimento do pino de fixação do feixe de molas do veículo não constitui força maior, para isentar o responsável pelo dever de prestar reparação à vítima do desastre resultante (RTJ, vol. 46, p. 67).

Como caso fortuito foi encarada a abalroação com dano a veículo estacionado em um posto sob estas considerações:

“Seria depósito propriamente dito, se se tratasse de garagem apropriada para a guarda de veículo. No caso dos autos, o que ocorre é a permissão para o estacionamento de carros no pátio aberto dos postos, apenas para o pernoite, o que afasta as características próprias do contrato de depósito, porque as garantias oferecidas são restritas à vigilância durante a noite, pelo guarda noturno do posto contra furtos e danos ocasionados por pessoas inescrupulosas” (RTJ, vol. 46, p. 811).

A decisão fala em garantia e vigilância e, assim, caracteriza a guarda assumida pelo posto, pouco importando que a título de depósito. Havendo dever de guarda, o que é expressamente afirmado, há obrigação de garantir incolumidade e não só restrita a efeito de furto e danos ocasionados por pessoas inescrupulosas, até porque o furto, praticado por perito, é mais capaz de iludir a vigilância que qualquer outro ato. O caso, em nossa opinião, é de responsabilidade decorrente da obrigação de guarda, naturalmente ressalvado ao responsável o direito de regresso contra o causador do dano.

219-A. O conceito de força maior, aparentado ao de caso fortuito, apresentando ambos efeitos liberatórios, não pode ser considerado uma questão de fato ensejando decisões contraditórias sobre um mesmo e único fato.

É claro que dos fatos nasce o direito. Mas a definição jurídica permanece. Tem havido, por outro lado, deslocamento da sua caracterização, que o Código Civil, art. 1.058, parágrafo único, atribui os *efeitos* e não ao *fato necessário*. A inevitabilidade e imprevisibilidade são geralmente atribuídas ao último, quando a lei as fixa nos efeitos. Sem dúvida, o fato necessário pode conter, ele também, carga de imprevisão e inevitabilidade. Ela, porém, não basta à caracterização de caso fortuito ou de força maior.

Parece-nos, assim, que se constitui matéria de fato a apuração da inevitabilidade e imprevisibilidade dos *efeitos*, não há espaço para discutir se ocorreu o mesmo no *fato necessário*, precisamente por ser necessário: o que é necessário, isto é forçoso, pertencente ao que acontece, como fenômeno natural, está na previsão dos responsáveis, sendo até, quanto às chuvas, corrente entre os meteorologistas que a maior chuva é aquela que está por vir.

As chuvas e em consequência as inundações são assunto frequentes no foro da responsabilidade civil. Se as chuvas são fenômeno ou fato natural, as inundações, suas consequências, são quase que em todos os

casos, perfeitamente previsíveis. O clamor dos defensores da ecologia é antigo e, em nosso país permanente. As inundações, salvo caso muito raro, de que uma velha preocupação pelo problema não nos apresenta exemplo, decorrem da funesta e insensata obra de devastação do homem, desmatando a proteção florestal natural e causando ao mesmo tempo a erosão e o desaparecimento das nascentes e a redução dos cursos d'água. Secas e enchentes têm causa comum e essa causa, apontada pelos cientistas, estabelece a previsão de suas consequências.

Por outro lado, como que a procurar a essência da insensatez e da vocação suicida, os administradores agravam a obra predatória dos exploradores das florestas. As cidades, apesar de sujeitas, invariavelmente, às chuvas torrenciais, raramente contam com obras de escoamento de águas pluviais e outras de que a ciência dispõe, para neutralizar a calamidade das inundações. São Paulo, Rio, Belo Horizonte e outras grande metrópoles, em contraste com obras suntuárias que fazem o orgulho derivado de uma falsa aparência, padecem crônica insuficiência no que toca às obras de escoamento. O lixo se acumula nas galerias de águas pluviais, os fundamentos das pontes mostram o efeito da retenção dos despejos de toda a sorte, prejudicando o fluxo das águas e multiplicando o nível de flagelo até em chuvas de mínima duração. Considerar tais acontecimentos como caso fortuito ou de força maior é obsolver o homem dos seus crimes contra a conservação da natureza.

Uma contribuição relevante para o bom entedimento da noção de caso fortuito encontra-se na obra do claríssimo jurista português, Prof. Fernando Pessoa Jorge, para nosso grande proveito definitivamente radiado entre nós.

Segundo ele, o conceito de caso fortuito ou de força maior não é um conceito naturalístico, mas normativo, a imprevisibilidade se reporta ao curso normal dos acontecimentos. Não se cogita de imprevisibilidade absoluta, caso em que dificilmente se poderia determinar a ocorrência do caso fortuito, mas da imprevisibilidade que resulta da improbabilidade.

Não concorda com a afirmação segundo a qual o caso fortuito ou de força maior termina onde a culpa começa, entendimento que resulta da confusão entre a omissão do comportamento devido, definido em termos de diligência, e a culpa, concebida como ausência desta.

Quando fato suscetível de provocar a impossibilitação é previsível, em termos de o devedor o poder evitar com esforço não superior àquele que se exigiria ao homem médio - prossegue o Prof. Pessoa Jorge - os atos necessários para afastar essa impossibilidade passam a constituir objeto do dever. Se o devedor não os pratica, *apenas pode dizer-se que se verifica a omissão do comportamento devido*, mas não é legítimo afirmar, sem mais que haja culpa, aliás, pode até haver dolo, se tal omissão foi intencional. Mas não haveria dolo nem culpa, se a omissão é lícita, nomeadamente por

ocorrer uma causa de justificação." (*Ensaio sobre o pressuposto da responsabilidade civil*, Lisboa, 1972, reedição, 126).

A Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, julgando, em apelação, pedido de reparação de dano contra o Estado, com base em ruína de edifício por ocasião das costumeiras chuvas torrenciais que assolam a cidade, decidiu pela concorrência de causas, a saber: culpa da Administração por omissão de providências pleiteadas por moradores contra erosão da base de um imóvel pela abusiva exploração de uma saibreira à jusante do prédio, culpa da empresa que havia procedido a essa exploração; e força maior, caracterizada nas fortes chuvas que atuaram com detonador do perigo constituído pela erosão.

Considerou, para cálculo da indenização a ser paga às vítimas, que estas deviam receber dos réus vinte por cento da reparação devendo os oitenta por cento restantes serem suportados pelos prejudicados.

A fundamentação do julgado flutua entre o reconhecimento e a desfiguração da força maior, de excludente, que é, para causa concorrente. Invocou a opinião de festejados juristas, que admitem essa fantasiosa combinação.

A força maior, como se sabia até o aparecimento no Brasil dessa doutrina, criticada veementemente por Savatier, não pode ser alegada pelo devedor constituído em culpa (art. 957 e 1.058 do Código Civil). Quando a lei diz que ao devedor culposo não é lícito invocar a força maior, de maneira alguma nega a relação de causalidade, sobre a qual discreto ou longamente o Acórdão.

Pelo contrário, a reconhece, mas transfere ao devedor da obrigação os riscos decorrentes de sua ocorrência, riscos esses que o credor tem que suportar, na caso de ser o devedor isento de culpa.

A força maior, como fato de terceiro, atua como excludente porque é elemento gerador estranho ao desempenho do devedor. Se é assim, não pode ter esse efeito senão em benefício do devedor isento de culpa, pois para aquele que nesta incide ele não aparece como causa estranha, mas causa ligada ao mau desempenho da obrigação.

Não havendo lugar para arguição da força maior como excludente, tampouco pode essa defesa existir em outro plano, como atenuação da obrigação de reparar, porque o fato da natureza ou o fato de terceiro também são causas exteriores: ou continuam estranhas ao desempenho da obrigação ou não podem constituir elisão da responsabilidade, no caso de culpa, que só admite concorrência com a culpa de outro obrigado, sob pena de se atribuir a vítima uma extravagante modalidade de culpa.

No caso concreto, primando nos equívocos, o Acórdão considerou o fato da natureza como *causa predominante* do dano, atribuindo-lhe, como já se disse, oitenta por cento de dedução da reparação devida.

Acontecia, porém, como foi salientado no processo e reconhecido pelo Acórdão proferido em embargos, que nenhum outro edifício, além do que tinha seus alicerces comprometidos por fato de terceiro, tolerado culposamente pela Administração, desabou no bairro em que ocorreu o sinistro. Embora lapidarmente errada, por decidir contra a evidência, a sentença de primeira instância, que deu pela presença excludente da força maior, foi, pelo menos mais coerente.

Resumindo: a ausência de culpa não compõe a força maior. Ainda que esta se configure de fato, ela só pode ser invocada pelo devedor isento de culpa. Em caso de culpa do devedor, a este se transferem os riscos de correntes da força maior. De forma que um mesmo fato da natureza será excludente da responsabilidade conforme esteja ou não o devedor em culpa ou isento dela.

Por último, este definitivo argumento, recordado pelo insigne Mario Moacyr Porto: cada devedor em culpa responde pelo todo da reparação, de acordo com o art. 1.518 do Cód. Civil.

220. Em matéria de transporte de mercadorias, costuma-se exonerar o responsável em face da deterioração da coisa por vício próprio ou em consequência de sua natureza peculiar. Calamandrei ensina que há nesse motivo de exoneração dois casos bem distintos: a deterioração da mercadoria por vício próprio, quando é de má qualidade, e a deterioração do produto de boa qualidade, mas sujeito a alteração pela sua própria natureza delicada, como o vinho, mesmo bom, que azeda, a carne que, embora sã, apodrece rapidamente na estação calmosa. "La responsabilidade del vettore in caso de perdita e di avaria," em *Il Diritto Commerciale*, p. 308. Cumpre notar que essa causa de isenção deve ser apreciada em função do progresso dos transportes. Uma estrada que disponha ou deva dispor de vagões frigoríficos, por exemplo, não pode alegar que o produto se estragou em consequência do calor, coisa que todavia, será tolerada em região onde não se justifique o tráfego, de vagões especiais.

Produz o mesmo efeito o mau acondicionamento da mercadoria. Frequentemente convencionada como cláusula de irresponsabilidade, tal circunstância é na realidade, causa de exoneração, podendo, pois, invocar-se independentemente de convenção. É que elimina, como a força maior, a ligação de causalidade em relação ao contratante que a alega. Quando não o faz de todo, influi para a atenuação da responsabilidade.

221. Admite-se como causa de isenção de responsabilidade o que se chama de culpa exclusiva da vítima. Com isso, na realidade, se alude a ato ou fato exclusivo da vítima, pela qual fica eliminada a causalidade em relação ao terceiro interveniente no ato danoso. É fácil de ver a vantagem que resulta de tal concepção, mais ampla que a da simples culpa, mediante

um simples exemplo. Não responde, decerto, uma empresa de carris urbanos, pela morte do indivíduo que se atira voluntariamente sob um bonde. *Aí, é possível menção à culpa da vítima. Suponhamos, entretanto, que esse indivíduo é louco. Não se pode cogitar de culpa de louco. Mas, por isso, responderá a empresa, quando o fato foi de todo estranho a sua atividade? Claro que não.*

De qualquer forma, entende-se que a culpa da vítima exclui ou atenua a responsabilidade do agente, conforme seja exclusiva ou concorrente.⁷³ Em matéria de contrato em geral, e, em particular, na responsabilidade derivada das relações de transporte, a culpa concorrente da vítima não tem a menor influência em relação à obrigação do responsável.⁷⁴

A condenação criminal, a menos que afirme inequivocamente a culpa exclusiva do responsável, não exclui o exame da concorrência de culpa no juízo cível, decidiu o Supremo Tribunal Federal, no Agravo nº 34.319, publicado na *RTJ*, vol. 33, p. 52.

Também não exclui o exame da questão da concorrência de culpa a absolvição no juízo criminal a menos que afirme a culpa exclusiva da outra parte (STF, na *RTJ*, vol. 34, p. 459).

Não aceitou o STF a concorrência de culpa, em caso de responsabilidade civil de transportador urbano, a que se aplicar o Decreto nº 2.681, de 1912, porque este diploma só cogita da culpa exclusiva da vítima, não contemplando ou regulando os efeitos da culpa concorrente (*RTJ*, vol. 55, p. 429).

O vigia de um sítio, surpreendendo um menor no ato de transpor um muro para furtar uma fruta, desfechou-lhe um tiro, causando-lhe lesão física de natureza grave. O Tribunal de São Paulo, reformando a decisão de primeira instância, que julgara improcedente a ação de reparação proposta pelo pai do menor, apesar de haver contra o desastrado preposto sentença condenatória no crime, reconheceu a concorrência de culpa, reduzindo a indenização de 50 por cento.

O STF confirmou esse julgado, que nos parece justificado na melhor doutrina (*RTJ*, vol. 41, p. 154).

Quanto aos demais domínios da responsabilidade civil, a culpa da vítima, quando concorre para a produção do dano, influi na indenização, contribuindo para repartição proporcional dos prejuízos.

Quando fique precisamente apurada essa proporção em que as respectivas culpas intervieram no evento danoso, é fácil, na liquidação, atribuir a cada um os ônus que decorrem da sua responsabilidade. Muitos casos há, porém, em que a proporção não fica estabelecida, embora se reconheça que houve culpa de ambas as partes. Se o problema não é outro que *precisar o*

grau de culpa, não há senão repartir os prejuízos. Se, entanto, a questão envolve indagação mais importante, como a de saber, por exemplo, se a culpa de determinado agente exclui, ou não a culpa de outro, então, o exame da matéria há de ser feito na ação. E, para nós, não pode obedecer a outro critério se não ao das autonomia das culpas. Se, embora culposo, o fato de determinado agente era inócuo para a produção do dano, não pode ele decerto, arcar com prejuízo nenhum.⁷⁵

Não defendemos a teoria da causa eficiente, como pareceu a Martinho Garcez Neto (*Prática da responsabilidade civil*, p. 48), mas exatamente, a doutrina apoiada pelo eminente autor. Falamos em *oportunidade* melhor e mais eficiente de evitar o dano e não em causa. Consideramos em culpa quem teve não a *last chance*, mas a *melhor oportunidade* e não a utilizou. Isso é exatamente uma consagração da causalidade adequada, porque se alguém tem a melhor oportunidade de evitar o evento e não a aproveita, torna o fato do outro protagonista irrelevante para sua produção. Estamos de pleno acordo com a lição de Wilson Melo Da Silva.

O que se deve indagar é, pois, qual dos fatos, ou culpas, foi decisivo para o evento danoso, isto é, qual dos atos imprudentes fez com que o outro, que não teria conseqüências, de si só, determinasse, completado por ele, o acidente. Pensamos que sempre que seja possível estabelecer inocuidade de um ato, ainda que imprudente, se não tivesse intervindo outro ato imprudente, não se deve falar de concorrência de culpa. Noutras palavras: a culpa grave necessária e suficiente para o dano exclui a concorrência de culpa, isto é, a culpa sem a qual o dano não se teria produzido.

Assim, parece-nos censurável decisão da justiça argentina que, ao julgar o caso de um menor atropelado e morto por um automóvel, quando tentava, aflitadamente, atravessar rua de grande movimento, após assentar que a diminuição da marcha do veículo teria evitado o desastre, concluiu pela concorrência de culpas. (*La Ley*, suplemento diário, de 04.07.42.) É inadmissível cogitar de compensação de culpa, quando a vítima é uma criança

73 O Projeto do Código das Obrigações o adota como forma de atenuar a indenização (art. 172), o que se depreende do seu critério de encerrar a gravidade da culpa como denominador da reparação.

74 O critério acabará por ser abandonado. A tendência é para carregar à vítima as conseqüências de sua culpa.

75 É a teoria norte-americana da causa próxima, *the last clear chance*. Por ela, a parte que teve por último a oportunidade de evitar o dano, não obstante a negligência ou imprudência da outra, é responsável pelo evento. Assim, nega-se, nos Estados Unidos, a indenização reclamada pela vítima que falta ao dever de observar (*duty to look and list*).

Essa doutrina pode ser aperfeiçoada mediante sua transposição do tempo para o espaço. Em lugar de se apurar quem teve a última oportunidade, o que se deve verificar é quem teve a melhor ou mais eficiente, isto é quem estava em melhores condições de evitar o dano, de quem foi o ato que decisivamente influi para o dano. Isso, aliado à indagação da idoneidade da culpa na produção do dano, dará critério seguro para a solução exata ao tormentoso problema da concorrência de culpa ou concorrência de atos produtores do dano. No acórdão do Supremo Tribunal de 05.08.42 mostrou o eminente ministro Orozimbo Nonato que esse é o bom critério, assentando: "Se, apesar da imperfeição dos freios de um bonde, o desastre só se dá por culpa da vítima, não haverá, nessa hipótese, que invocar aquela circunstância desrelacionada com o fato, exclusivamente provado pela vítima; assim, por exemplo, quando esta se põe contra um bonde em disparada" (*Diário da Justiça* de 21.01.43, p. 356).

e pratica ato próprio de sua idade, decidiu o Tribunal de Minas, em 29.04.40, na *Revista Forense*, vol. 83, p. 542.

A responsabilidade é de quem interveio com culpa eficiente para o dano. Queremos dizer que há culpas que excluem a culpa de outrem. Sua intervenção no evento é tão decisiva que deixa sem relevância outros fatos culposos porventura intervenientes no acontecimento. A questão, reconhecemos, não ganhar em clareza, com a aplicação desse critério, isto é, doutrinariamente, esse esquema não satisfaz. Estamos certo, todavia, de que só o exame do juiz de caso a caso, poderá decidir sem risco de injustiça se a culpa concorrente da vítima deve ou não influir na atribuição dos prejuízos.

Entre os casos mais freqüentes de culpa da vítima, está o do viajante que infringe a proibição de viajar no estribo. Como aos transportes em geral se aplica a Lei nº 2.681, de 1912, não tem essa culpa nenhuma influência em relação à obrigação de indenizar, senão quando é exclusiva. A infração à proibição de viajar no estribo, é muitas vezes, pelo menos em relação ao momento do desastre, expressão de culpa exclusiva do viajante: quase sempre há lugares suficientes no interior do veículo e o acidente se deve a causa estranha ao transportador. Em sua invariável jurisprudência, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal tem decidido que o fato de viajar o passageiro no estribo não exclui de modo nenhum a culpa da empresa. Não basta que o empregado desta advirta o passageiro. Tal imprudência não deve ser permitida. Quando o viajante insistir, deve a empresa, por seus propositos, tomar as medidas de polícia necessárias, sob pena de não se eximir da responsabilidade.⁷⁶

Meditamos no assunto muito tempo e a conclusão a que chegamos coincide com o critério adotado pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Não são idênticas, porém, as razões que nos orientam. De observação muito atenta e demorada, convencemo-nos de que os prepostos de uma empresa de transportes, principalmente os das companhias de bonde, não têm meios para fazer respeitar a proibição de viajar no estribo. Pobres operários mal pagos, sujeitos a encontrar, com o objeto de sua observações, precisamente um passageiro capaz de prejudicá-los não se animam a usar daquela autoridade. Quando não seja assim, também hesitam em fazer valer a proibição, porque o passageiro, mais ousado, recalcitra e, como temos visto, a polícia raro dá mão forte ao empregado zeloso, até porque considera coisa de somenos o incidente daí originado. Nunca vimos um só condutor de bonde ser obedecido no pedido ao passageiro para que tomasse lugar no interior do veículo. Para que a suposta negligência desses prepostos constituisse, pois, causa de exclusão de culpa da vítima, necessário seria que a polícia se dispusesse a prestigiá-lo sempre nos pedidos que fazem aos

passageiros. Sem isso, não é possível localizar na sua tolerância a causa de exclusão da culpa da vítima. O que, em nossa opinião, representa verdadeiro motivo de afastamento da culpa da vítima é, antes de tudo, o sistema de carris urbanos ainda adotado entre nós. O passageiro viaja no estribo porque... há estribo. E isso é antiquado para a época atual. Assim, a culpa da empresa vem de mais longe, é de origem. Por que indentificá-la na tolerância de um humilde preposto, que não tem outro caminho a seguir quando se pode, com segurança, encontrá-la no defeituoso aparelhamento da empresa, que não se adapta ao progresso dos transportes e utiliza os mesmos veículos de há 50 anos atrás?⁷⁷ No dia em que, atendendo a esse imperativo de progresso, as empresas de bondes usem veículos fechados, o passageiro que temerariamente, viajar no que sobra do estribo, suportará sozinho as conseqüências de sua imprudência. Portanto, e em síntese, devem as empresas reparar o dano conseqüente de desastre ocorrido como o passageiro que viaja no estribo; não porque seu preposto não tenha feito advertência ao passageiro ou chamado a polícia, armando escândalo em incidente considerado insignificante e com o risco de ser desautorado ou desmentido, mas porque o fato de viajar o passageiro no estribo é conseqüência do defeituoso aparelhamento da própria empresa, que aliás, tira proveito dele.

Nas mesmas condições está o fato de viajar o passageiro ao lado da entrevia.⁷⁸ Isso é pura imprudência, contra a qual os condutores de bondes sempre advertiram os passageiros, sem muito sucesso. Pois bem. Do momento em que, como já se vê no Distrito Federal, as empresas suprima a verdadeira fonte de perigo, adaptando aos veículos dispositivos que impeçam eficazmente a viagem no lado proibido, que insista em tomar o bonde por esse lado não será ouvido em ação de reparação.

No Tribunal de Minas foi julgado caso que oferece, como vários outros de responsabilidade civil, aspectos de diversas figuras de isenção do dever de reparação. Viajante que estava no estribo do bonde foi projetado ao chão, por passageiros que entraram em pânico, em conseqüência de deslizamento do veículo, em rua íngreme. Atribui-se o deslizamento, que ficou provado, à existência, nos trilhos, de sementes de magnólia amarela que, esmagadas pelas rodas, e ricas em substância oleaginosa, lubrificaram a linha e prejudicaram a aderência das rodas em lugar de forte rampa. O acórdão concluiu pela irresponsabilidade da empresa. Foram reconhecidos os fatos acima referidos assim como o de que a empresa dispunha de pessoal

⁷⁷ A objeção do custo do aparelhamento não colhe. Os lucros dessas empresas o demonstram melhor do que qualquer argumento. A verdade, é que as empresas julgam que arriscar-se às indenizações é menos dispendioso do que adquirir material moderno.

⁷⁸ Numerosos arestos condenam, e acertadamente, as empresas de bondes, por desastres ocorridos a passageiros que penetram no veículo pelo lado da entrelinha, se as traves não estavam descidas. Dentre eles, os do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, em 16.02.39, na *Revista Forense*, vol. 77, p. 498; e do Tribunal de Apelação de São Paulo, de 07.11.38, na *Revista Forense*, vol. 77, p. 314.

⁷⁶ Ac. de 07.10.38, na *Revista Forense*, vol. 76, p. 475. No mesmo sentido: ac. de 28.03.39, na *Revista Forense*, vol. 78, p. 511.

encarregado da limpeza das linhas. Mas sustentou-se que tal obrigação incumbia à municipalidade e que tinha havido culpa do passageiro, por viajar no estribo.⁷⁹ Ora, o acórdão tinha dado como provado que o passageiro viajava no estribo porque, no momento do deslizamento, para aí passara, para impedir que, tomados pelo pânico, três menores que viajavam no bonde se atirassem dele. De forma que o caso configurava, como dissemos, vários figuras de isenção: o fato de terceiro (negligência na limpeza), culpa da vítima (viagem no estribo), estado de necessidade (passagem para o estribo para proteger passageiros menores). Temos a impressão de que a decisão não foi acertada. A ser aceita mesmo depois de provado que a empresa mantinha turmas de limpeza de linhas, que a obrigação de fazê-las em bom estado incumbia à municipalidade, nem assim esse fato de terceiro exonerava a empresa, pois havia presunção de culpa contra ela nos termos da Lei nº 2.681, que o relator considerava, expressamente, aplicável aos carris urbanos. A viagem no estribo é condição do aparelhamento antiquado da empresa. Os veículos modernos são fechados e não permitem a superlotação, rendosa à empresa, contra a qual, por aí, milita novo motivo de responsabilidade. Finalmente, a vítima não viajava, precisamente, no estribo, como qualquer imprudente. Passara para aí, prevendo, em face do deslizamento, as conseqüências do pânico sobre passageiros menores. De qualquer forma, tinha direito a ser indenizado.

A concorrência de culpa ou de fatos geradores do evento danoso constitui uma questão de fato, é o que se conclui da opinião de Georges Durry, Professor de Paris, em comentário à decisão da Corte de Cassação, que anulou aresto nos termos do qual o Tribunal de Apelação exonerou um condutor irregularmente estacionado e dado como responsável por uma colisão de veículos, por entender que o acidente se teria verificado, ainda que o estacionamento fosse permitido. O fundamento da decisão da Corte foi o de que a infração da proibição de estacionar havia tornado mais difíceis as condições do trânsito. Embora concordando com a Corte de Cassação, o mestre francês, admite a influência das circunstâncias, entre as quais a de que certas proibições de estacionamento revestem simples caráter artificial, no sentido de dar outra solução ao problema da concorrência de causas de acidente. (*Revue trimestrielle de droit civil*, 1981, 3, p. 636.)

222. A prescrição da ação penal não influi na ação de reparação do dano que tem seus próprios prazos de prescrição.

A regra geral, na matéria, é a da prescrição de 20 anos. A ação de reparação do dano é pessoal, e, com tal, está subordinada ao prazo do art. 177 do Código Civil. Já era assim, no regime anterior.⁸⁰ É preciso recordar,

todavia, que podem, relativamente à ação reparatória, ocorrer prescrições mais curtas, assim expressamente estabelecidas na lei. O eminente comercialista Carvalho de Mendonça, por exemplo, recordando que o Código Comercial, no art. 446, *in fine*, fixa o prazo de dois anos para as ações que tenham por objeto demandar o cumprimento de qualquer obrigação comercial que se não possa provar senão por testemunhas, sustentou a possibilidade da aplicação dessa prescrição curta ao transportes urbanos de pessoas e só não a reconheceu, no caso submetido a seu estudo, porque havia inquérito policial, que o douto tratadista considerou mais do que simples prova testemunhal.⁸¹ Temos dúvida em aceitar o ensinamento, mesmo abstraindo da questão de classificar o inquérito policial como meio de prova superior à prova testemunhal, questão que consideramos de fato. O inquérito policial pode ser uma prova superior, como pode ser menos valiosa do que a prova testemunhal. O que não nos parece sustentável é considerar as obrigações resultantes do inadimplemento do contrato de transporte urbano como sujeitas à prescrição bienal, porque, ao contrário do que sustentava o insigne comercialista, tais obrigações não são de natureza comercial. Clóvis Beviláqua, a quem adere Carvalho Santos, frisou, divergindo daquele parecer, que, se a empresa de transporte é comercial, a obrigação de reparar o dano resultante do desastre provém de culpa ou de risco profissional, matéria eminentemente civil. O grande civilista mostrou, ainda, que, em casos tais, não é o exercício da indústria de transporte que causa o dano, mas a culpa *in eligendo* da empresa ou a imprudência, negligência ou imperícia do preposto incumbido do serviço. Concluiu que é sempre civil a obrigação de reparar o dano, seja o agente comerciante ou não.⁸²

Há, nesses pareceres, pormenor que transforma a questão. É a referência ao dano como resultante de delito. Pode parecer que, não havendo delito a punir, respondendo, ainda assim, a empresa pelo desastre ocorrido em suas linhas, a prescrição será então a de dois anos. Não seria exata a conclusão. A obrigação de reparar o dano é de natureza civil e a ação tendente a obtê-la é pessoal. Há ações pessoais que prescrevem em prazo inferior a 20 anos. Mas é preciso que uma disposição expressa o estabeleça.

Alguns julgados, entre eles o publicado na *Revista Forense*, vol. 107, p. 278, tem decidido que as pensões que se mandam pagar ao prejudicado ou a seus beneficiários prescrevem em cinco anos. A orientação não nos parece digna de aplausos.

É generalizada, entre os nossos juristas, a crença de que a ação para exigir reparação de dano tem fundo alimentar. Essa noção repercute prejudicialmente contra a exata apreciação de problemas, ligados à responsabi-

⁷⁹ Ac. de 24.07.25, na *Revista Forense*, vol. 45, p. 316.

⁸⁰ Art. 36 da Lei nº 261, de 3 de dezembro de 1841.

⁸¹ Parecer, na *Revista Forense*, vol. 48, ps. 352 e segs.

⁸² Parecer, na *Revista Forense*, vol. e p. cit., Carvalho Santos, *Código Civil Interpretado*, vol. 3, p. 467: ac. do Tribunal de Minas, em 01.06.27, na *Revista Forense*, vol. 49, p. 76.

lidade civil, entre eles se salientando o da prescrição e o do deferimento da reparação a pessoas não necessitadas de alimentos ou sem direito a eles.

Nada melhor indicado, pois do que aponta a fonte do equívoco.

A origem do erro está no art. 1.537, nº II, do Código Civil, *verbis*:

...“Na prestação de alimentos às pessoas a quem o defunto os devia.”

Esse dispositivo está subordinado ao Capítulo II (Da liquidação das obrigações resultantes de atos ilícitos), do Título VIII (Da liquidação das obrigações) do Livro III (Do direito das obrigações).

O argumento *ad rubricam* tem valor bem relativo, condicionado que fica ao acerto da colocação do texto na lei. Qualquer censura, porém, que se fizesse à inclusão do artigo em exame no lugar indicado seria impropriedade porque, realmente, o dispositivo trata de liquidação de obrigações por ato ilícito.

A jurisprudência e a doutrina nela informada (entre nós é muito freqüente esse fenômeno de inversão, às vezes até de efeito salutar) consagravam a idéia de que, por apresentar o dispositivo citado essa indicação, estabelecia *fundamento* para a ação de indenização.

Essa violência, não só ao texto e à intenção em que se inspirou, como à ciência jurídica que, a propósito da natureza do direito de reparar, repele esse empirismo, não encontra justificativa nenhuma no Código Civil, que se limitou, ali, a oferecer uma *fórmula*, para que a liquidação tivesse base menos insegura, a debater-se entre os interesses antagônicos do prejudicado e do responsável.

Como se não bastasse a confusão já reinante, o art. 602 e seus parágrafos do Código de Processo Civil estabeleceram mais minuciosa fórmula de calcular a reparação. Evidentemente, teve em mira sujeitar o pagamento da indenização a *garantias* e nada mais. Inspirou-se em reação ao desbarato das compensações em dinheiro, através de florescente indústria, em que a vítima do ato ilícito vinha, afinal, a sê-lo novamente, por causa do desvio do dinheiro a ela destinado. A jurisprudência tem repetidamente reconhecido que o objetivo daquelas normas foi o de resguardar o interesse do prejudicado, até contra a sua leviandade, de forma a assegurar a efetiva percepção do crédito reparatório.⁸³

83 Evidente, pois, que tais regras devem ser aplicadas ao ressarcimento do dano derivado de inadimplemento de contrato, uma vez que a razão política da lei existe também nesse caso. Não nos parece que, além desse fundamento, possa ter outros, como, por exemplo, o de que ato ilícito tanto é o resultado da culpa aquiliana, como o de culpa contratual. Se é exato que a culpa, genericamente, é *una*, e, assim, o ato ilícito tanto pode surgir da falta a dever preexistente como da falta à obrigação contratual, casos há em que a responsabilidade surge sem que se possa atribuir ao sujeito passivo da obrigação de reparar qualquer parcela de culpa.

Toda vez que esta é presumida *de jure* (responsabilidade por lançamento de objetos dos edifícios ou de queda de coisas nele suspensas) ou que se restrinja a defesa aos casos de força maior ou culpa da vítima (responsabilidade pela guarda de animais, do transportador etc.), pode acontecer que ao responsável, em verdade, nenhuma culpa se possa imputar, tanto

Com tal caráter, sumariamente apontado, é fácil de ver que essas disposições não tocam ao fundo do direito. São regras emergentes, de índole secundária, em relação à substância do direito de reparar, de maneira que não podem ter nenhuma influência, nem no reconhecimento da obrigação de indenizar nem para aceitação de qualquer modificativo de fundo ao débito do responsável, como, por exemplo, a prescrição.⁸⁴

No oferecimento de uma explicação à reparação do dano, são inúmeros os pontos de vista em disputa. Quer, porém, se aceite a responsabilidade civil como reação legal contra o ilícito, quer se considere como prevenção do dano, quer, finalmente, como resultado da preocupação de restaurar o equilíbrio por ele alterado, em nenhum autor, desde Chironi a Marton, se encontra quem encare a reparação do dano como obrigação alimentar.

Claro que entre as diversas espécies de prejuízo causado por ato ilícito se inclui a privação de alimentos, através da morte de quem os presta ou a sua diminuição, por força da redução da capacidade para provê-los. Mas, além de não serem esses os únicos casos de dano, variáveis ao infinito, atribuir à sua satisfação o caráter de prestação alimentar seria privar de reparação numerosos prejudicados. O ministro Costa Manso, em voto magistral, demonstrou, à saciedade, quanto de arbitrário há na tese que impugnamos. Com efeito, a jurisprudência entra em irremediável contradição, quando paga indenização ao filho de pai rico, pela morte deste acontecimento que o enriquece e não empobrece, pondo-lhe no patrimônio bens vultosos, em substituição à mesada muitas vezes bem reduzida. A mesma jurisprudência concede indenização com fundamento em auxílio prestado por filho menor, que não deve alimentos e é até credor deles. Deixa de reconhecer o direito a ressarcimento a filhos maiores e irmãos, quando, potencialmente, lhes assiste o de pedir alimentos.

Por outro lado, afora a *vexata quaestio* do dano moral (em que o argumento da índole alimentar é trazido à colocação, esquecendo-se os que o fazem de que o Código Civil, além da fórmula estabelecida no art. 1.537,

que, se fosse permitida, poderia trazer a prova de que não procedeu culposamente. Excluindo-se essa possibilidade, deixa-se sem caracterização o ato ilícito, para estabelecer a responsabilidade em base objetiva.

Logo, o argumento de que o modo de liquidar se aplica indiferentemente, por serem ilícitos todos os atos de que resulte responsabilidade civil, é flagrantemente inexato. Devemos, pois, defendê-lo com invocação ao fim econômico, social e político que ordenou o dispositivo.

Isso quer dizer que, quando se estabeleça, de forma absoluta, a certeza de que, pela qualidade do responsável ou do titular da indenização, não há temer a consequência que a norma procurou coarctar, a liquidação pode ser feita em soma integral, assim como, dada a plena solvabilidade do responsável, o pagamento das pensões pode ser feito sem necessidade de depósito de títulos.

84 A prescrição não é objeto de lei de processo. É matéria de direito substantivo e se subordina à lei que rege o crédito (Von Tuhr, *Code fédéral des obligations*, trad. de Torrenté et Thile, Lausanne, 1934, vol. 2^a, p. 603).

tem outras, entre as quais a do art. 1.553, que dispõe, para todos os casos não previstos, a liquidação por arbitramento), negam os tribunais, freqüentemente, reparação a pessoas que sofrem dano material, pecuniário, concreto, por ausência de laço de parentesco ou obrigação de alimentos.

Tudo isso está a exigir mudança de rumo. A responsabilidade civil, como tal entendida a reparação do dano, se concretiza em qualquer caso, em que, por ato de outrem, ocorre prejuízo que, por sua anormalidade, rompa a estabilidade do equilíbrio entre os homens.

O prejuízo que sofre alguém com a morte de outrem consiste exatamente nessa perda. Esse prejuízo é, em relação à vítima, o dano extremo, que repercute sobre o parente: "... O prejuízo sofrido pelo filho reside efetiva e essencialmente na morte do pai, que o fere com todas as suas penosas conseqüências. Erradamente se diria que o dano sofrido pelo filho tem como causa, não o fato danoso, mas a sua qualidade de filho. Seria confundir causa e condição. Sem dúvida, a qualidade de filho é exigida como condição do dano em ricochete, como, aliás, a qualidade de vivo é requerida como condição do dano de morte sofrida pela vítima inicial.⁸⁵ A esse dano se chama "dano em ricochete" porque se concretiza através de reparação do dano original. É claro que nem todas as espécies de solidariedade ou de repercussão do dano autorizam a apuração, ponto que não interessa investigar aqui, parecendo-nos suficiente o que ficou dito, para concluir que o dano é lesão ao laço de solidariedade, e este, e não o direito de alimentos, é que constitui o fundamento da ação.

Concedamos, porém, como se esquecêssemos tudo isso, que o crédito reparatório tenha caráter alimentar e apreciemos o caso de homicídio.

Ora, a prestação de ressarcimento nada tem que ver, no tocante à natureza, com a prestação a que se substitui. Entender o contrário é subverter toda a teoria das perdas e danos, no sentido de reparação pecuniária, substitutiva da reparação natural. Se a jurisprudência dos nossos tribunais estivesse certa, se não fosse a referência a alimentos mero *índice* para o cálculo da indenização, o critério se imporia nas demais legislações: temos estudado apaixonadamente o assunto e ainda não encontramos legislação ou autor que se filiasse a esse ponto de vista, no estrangeiro.

Acontece que, nessa tese, não se leva em conta que o responsável civil não tem, antes do dano título algum pelo qual seja obrigado a prestar alimentos. É a vítima do homicídio que os prestava e o responsável apenas *indeniza*. A indenização jamais conserva a natureza da prestação a que substitui, tanto que a obrigação de pintar um quadro, personalíssima que é,

corresponde, no caso de inadimplemento, à de pagar certa soma de dinheiro, prestação que não exige habilitação ou dote especial.

Confunde-se, já se vê, nessa orientação, a obrigação de prestar com o dever de indenizar, quando tem função e objeto nitidamente distintos: "... o dever de indenizar, já por ter objeto e fim diverso dos do dever de prestar, já por exercer função diversa da dele, não pode de forma nenhuma identificar-se com este segundo dever,⁸⁶ lição de deslumbrante clareza, seguida desta outra, como que talhada especialmente para crítica a certos julgados de nossos tribunais no referente à prescrição: é inaceitável a opinião que a filia à obrigação de prestar, por ser a indenização continuação daquela, porque os dois deveres são distintos, porque o dever de indenizar é independente e porque este tem por fonte o prejuízo, quando outra é a fonte da obrigação⁸⁷ como, por exemplo, na obrigação alimentar, o laço de parentesco.

Por tudo isso, reputamos inexato negar reparação do dano sob fundamento de que ao autor do pedido não assistia o direito de pedir alimentos (o que é, aliás, implicitamente negado pela mesma jurisprudência, ao indenizar pessoas abastadas, pela morte de parentes próximos, considerando, já então, a reparação como elemento da sucessão), assim como, e principalmente, considerar prescritas as pensões até cinco anos anteriores à ação. Se a indenização não constitui, juridicamente, prestação de alimentos, se a referência a estes só visa dar fórmula para a liquidação, o prejuízo imposto, nesse caso, ao sujeito ativo do crédito reparatório é sumamente injusto e não deve prevalecer.

Em resumo: a indenização do dano, em qualquer caso, tem caráter de reparação, isto é, o título a que são pagas as quantias ao prejudicado é o de ressarcimento, objeto da ação de responsabilidade civil, que prescreve em 20 anos. Só se justificaria, pois, a aplicação do art. 178, § 10, nº I, se o título em que se funda o pedido e a natureza da obrigação de responsável fossem, respectivamente, o que corresponde ao direito de alimentos, e a apresentada pelo dever de alimentante. Como é inadmissível sustentar que o responsável civil seja alimentante e que a ação de reparação do dano tenha base no direito de pedir alimentos, dada a ausência de relação de parentesco que o autoriza, de nenhuma consistência é esse ponto de vista.

Vicente de Azevedo mostra, convincentemente, o equívoco de uma sentença, confirmada pelo Tribunal de São Paulo, ao decidir que a ação para obter reparação do dano resultante de furto, subtração ou apropriação indébita prescreve em cinco anos, contados da prática do crime. Interpretou assim com pouca felicidade o artigo 178, § 10, nº IX, do Código Civil, que se refere, evidentemente, ao crime de dano. O ilustre autor prova a impro-

85 G. Dabin. *Du droit à réparation des parents de la victime d'un accident mortel en dehors du cas spécial des accidents du travail* (ext. de *La Belgique Judiciaire*, Bruxelas, 1935, ps. 25-27).

86 Manuel Gomes da Silva, *O dever de prestar e o dever de indenizar*, Lisboa, 1944, vol. 1^o, p. 375.

87 Aut. e loc. cit.

cedência do critério adotado na decisão, mostrando: a) que o dispositivo tanto se refere ao crime de dano que usa as expressões "ofensa ou dano causado ao direito de propriedade", ora, com toda a certeza empregaria outra linguagem, se se referisse aos crimes contra a propriedade; b) da comparação das prescrições de direito civil e de direito penal resulta, invariavelmente, que esta última é sempre mais curta: pela doutrina do julgado, a prescrição civil ocorreria antes da penal, anomalia que desaparece quando se interprete o texto como relativo ao crime de dano, que prescreve em quatro anos; c) o confronto com as demais ações e direitos enumerados no mencionado art. 178, § 10, do Código Civil desautoriza, de sua parte, aquela interpretação; d) finalmente, um exemplo define o deserto do acórdão: quem empresta cem contos de réis tem o prazo de 20 anos para cobrar a dívida; quem se vê furtado nessa quantia terá prescrito o direito de reaver o seu dinheiro em cinco anos, ainda que o ladrão confesse o crime e seja condenado.⁸⁸

A jurisprudência, devemos reconhecê-lo, sufraga o ponto de vista do Tribunal de São Paulo.⁸⁹ Preferimos, contudo, acompanhar Vicente de Azevedo na opinião acima reproduzida, com argumentação que nos parece irrepreensível.

O art. 1.245 do Código Civil tem despertado também renhida controvérsia. Alguns autores sustentam que é prazo de prescrição o estabelecido nesse dispositivo, enquanto outros⁹⁰ identificam nesse texto um prazo de garantia e não de prescrição.

O debate não é só do nosso direito. Os autores e a jurisprudência franceses se dividem também a respeito. Nos tribunais predomina a concepção de que a ação deve ser proposta dentro do prazo de 10 anos (difere, neste ponto, o direito francês do nosso) seguintes à aceitação da obra. Aubry et Rau combatem essa opinião⁹¹ e tem o apoio de Laurent, Sourdat e outros.⁹²

Mazeaud et Mazeaud, apreciando o assunto, pronunciam-se pela prescrição da ação do dono da obra nos 10 anos seguintes ao seu recebimento. Mas limitam essa prescrição aos vícios aparentes, recordando que

ela foi editada no interesse do proprietário e que, sendo assim, não se compreenderia que, decorridos os 10 anos, ficasse ele desprovido de qualquer ação contra o empreiteiro, também em relação aos vícios ocultos. Quanto a estes, a responsabilidade do empreiteiro subsiste ainda quando definitivo o recebimento da obra e mesmo após o decurso daquele prazo: quem descobre um vício de que não podia ter conhecimento deve a qualquer tempo, obter a respectiva reparação.⁹³

Lalou, referindo-se ao art. 1.792 do Código francês, que é o texto relativo à responsabilidade decenal, dele extrai esta distinção: a responsabilidade do empreiteiro é de pleno direito antes do recebimento da obra. Depois sofre dupla restrição, no espaço e no tempo: limita-se, de um lado, aos vícios de construção ou vício do solo e, de outro lado, ao prazo de 10 anos da recepção dos trabalhos, do que resulta que, no referido prazo de 10 anos, devem surgir os dois acontecimentos que interessam ao problema: o dano e a ação de reparação conseqüente.⁹⁴ Com Carvalho Santos e os autores a que se reporta, consideramos que seria absurdo, na verdade, prescrever a ação ainda não nascida. Se o proprietário não se mover senão quando o defeito ou vício se manifeste, nada mais acertado do que repelir a doutrina que admite como prescricional o prazo do art. 1.245, com início no momento da entrega da obra.⁹⁵

O ensinamento do insigne comentador se ajusta, à primeira vista, à lição de Mazeaud et Mazeaud, que admitem aquele prazo como de prescrição em relação aos vícios aparentes, pois quando demonstra que o prazo do art. 1.245 tem caráter de garantia, o faz no pressuposto do nascimento da ação *quando se manifeste* o vício ou o defeito. De forma que, no art. 1.245, estão simultaneamente previstas as opiniões das duas correntes: há prescrição de cinco anos para os vícios aparentes, porque não se pode alegar, em relação a eles, que não corre a prescrição de ação ainda não nascida, pois ela surge com o recebimento da obra, em que se observem defeitos manifestos; e há prescrição de 20 anos para os vícios ocultos. Nem por isso deixa o prazo de cinco anos de ser de garantia em relação aos vícios encobertos da obra. Desde que se manifestem, a responsabilidade do empreiteiro se estabelece de pleno direito, e nenhuma prova pode ser exigida ao proprietário, que goza, contra o empreiteiro, de presunção, sem possibilidade de prova em contrário, a não ser no caso de haver o empreiteiro prevenido o dono da obra, relativamente ao defeito do solo. Mas esse raciocínio não estaria certo. Nenhuma razão existe para que seja menor a prescrição em um ou outro caso, uma vez que ela se conte da manifestação do defeito. Quer dizer: no vício manifesto, existente desde o primeiro dia da entrega, ela se conta desse dia.

⁸⁸ *Crime-Dano-Reparação*, p. 142. Entretanto, o Tribunal de São Paulo, acertadamente, decidiu que o art. 178, § 10, n° IX, emprega a expressão *propriedade* em sentido restrito, como sinônimo de domínio. O dano causado por desfalque à Caixa Econômica não é crime contra a propriedade. E, mesmo que a expressão fosse entendida em sentido amplo, a prescrição não se aplicaria ao caso, porque a Caixa Econômica não é dona dos dinheiros que recebe (ac. de 13.11.41, na *Revista dos Tribunais*, vol. 139, p. 79).

⁸⁹ Cf. Carvalho Santos, ob. cit., vol. 3, 503.

⁹⁰ Clóvis Beviláqua, *Código Civil Comentado*, vol. 4, p. 428; Carvalho Santos, ob. cit., vol. 17, 349 e segs.; cf. Sobral Pinto, "Responsabilidade dos construtores", na *Revista Forense*, vol. 88, p. 535, com citação de abundante jurisprudência; Emanuel de Azevedo Sodré, *apud* Sobral Pinto, loc. cit.

⁹¹ *Cours*, § 374, nota 30.

⁹² Laurent, ob. cit., vol. 26, p. 58; Sourdat, ob. cit., n° 745.

⁹³ Ob. cit., n° 1.062, p. 41.

⁹⁴ Ob. cit., n° 478, p. 264.

⁹⁵ Ob. cit., vol. 17, p. 349.

Ao Tribunal de São Paulo foi submetido caso de grande interesse, no que toca à prescrição da ação de responsabilidade. Tratava-se de pedido de indenização contra depositário judicial que se conduzia de forma lamentável em relação aos bens entregues à sua guarda e administração, deixando de prover à conservação dos móveis e à manutenção das lavouras, e negligenciando, enfim, os cuidados mais elementares com o objeto do depósito. A ação foi considerada prescrita, porque proposta cinco anos depois de haver o depositário deixado essas funções.⁹⁶

⁹⁶ Ac. de 20.10.42, na *Revista dos Tribunais*, vol. 142, p. 209. Mais uma vez, aplicou-se desautorizadamente a prescrição do art. 178, § 10, n° IX, do Código Civil. A negligência do depositário judicial não pode beneficiar-se da curta prescrição do dano causado à propriedade, em seu sentido restrito. Tanto mais porque envolve desídia no exercício de função pública, em que a responsabilidade é de maior rigor.

- O Tribunal de Apelação de Minas, em acórdão de 3 de maio de 1943 (*Revista Forense*, vol. 96, p. 112), decidiu que prescreve em cinco anos a ação de indenização pelos prejuízos decorrentes do ato ilícito do locador que retira da casa antes ocupada pelo locatário, lançando-os ao tempo, os móveis de propriedade do inquilino. Em comentário a essa decisão, escrevemos, na mesma revista, que, embora reconhecendo poder o acórdão invocar antecedentes jurisprudenciais numerosos e que a doutrina, em geral, compartilha essa orientação, não podíamos dar-lhe nosso desvalioso apoio.

É bem certo que o ato de um fazendeiro, procedendo, sem necessidade, à brutal desocupação do prédio antes ocupado pelo colono, resultando de sua atitude a perda dos móveis atirados ao campo, atesta desprezo pelo direito alheio e pode, até certo ponto, quando a ausência prolongada do empregado fosse a causa da providência do fazendeiro, ser considerado como prática de justiça pelas próprias mãos, punida pela lei penal. Mas, de qualquer forma, o que aí se apresenta de mais importante é o ato ilícito em si, causando dano a outrem.

Atentando nisso, a respeitável decisão considerou a hipótese sujeita à prescrição quinquenal, mas, *data venia*, incorrendo no mesmo equívoco em que têm incidido muitos autores e tribunais.

O dano a que se refere o art. 178, § 10, n° V, do Código Civil, é o dano criminal. Ora, sem embargo do aspecto de que se reveste o ato do locador, passível, talvez, de sanção penal, não acreditamos que o caso seja de crime de dano.

O delito de dano requer o elemento intencional, que se verifica, ainda quando não haja o ânimo de lucro, ou proveito econômico, pela simples presença da vontade dirigida à finalidade de causar prejuízo, da deliberação de vingança ou represália. Assim, o incêndio ateadado aos bens de um inimigo a inutilização de livros, fotografias e móveis, por parte de quem pretende com isso desforrar-se de um agravo recebido do dono dos objetos. Delito de dano é, igualmente, o ato de atirar bombas e pedras contra o edifício de uma embaixada estrangeira (Câmara Criminal e Correccional de Buenos Aires, em 25.11.41, em *La Ley*, t. 25, p. 166).

Parece-nos que isso não ocorria na hipótese, não se encontrando, na decisão, nenhuma referência ao crime de dano, como sucederia, naturalmente, se de fato tivesse sido encarada sob esse prisma.

Afirmamos que o dispositivo invocado pela douta decisão se refere ao crime de dano, e assim pensamos acatando a opinião do ilustre Vicente de Paulo Vicente de Azevedo, que mostrou claramente o erro da interpretação comumente dada a esse artigo do Código Civil: "... o Código se refere ao crime de dano, arts. 326 e 329 (hoje artigos 163 e 167) do Código Penal, e é por isso que se diz: ofensa ou dano causado ao direito de propriedade. Outra teria sido sua linguagem, se se referisse aos crimes *contra a propriedade*... a prescrição penal é incomparavelmente mais breve do que a civil".

**Entretanto, pela interpretação do acórdão, a prescrição civil será de cinco anos e a penal

O art. 9° do Decreto Legislativo n° 2.681, de 1912, suscita questão que foi vivamente discutida no Supremo Tribunal Federal. A liquidação da indenização pela perda de mercadoria em transporte terrestre prescreve no fim de um ano, a contar do trigésimo dia após aquele em que, de acordo com o regulamento, devia ter sido efetuada a entrega. Se, por exemplo, o regulamento fixa o prazo de dois meses, findo o qual se presume perdida a mercadoria, que não tenha chegado a seu destino, só depois de decorridos esses dois meses é que se começa a contar o mês cujo trigésimo dia por sua vez, marca o início do prazo prescricional de um ano. Praticamente, no exemplo dado, a prescrição é de um ano e três meses, contados do despacho da mercadoria. Acontece, porém, que esses prazos regulamentares são estabelecidos com base em presunção *juris tantum* da perda da mercadoria, o que possibilita a prova de haver a parte sido inteirada do sinistro antes de esgotados esses prazos. Nessas condições, parece lógico que, não estando mais a parte obrigada a aguardar o escoamento dos prazos de perda presumida, comece a prescrição a correr da ciência. Até aqui a opinião do ministro Costa Manso, à qual se antepôs a corrente encabeçada pelo ministro Carvalho Mourão, ponderando que pouco importa que se tenha antecipadamente ciência da perda ou extravio. A estrada, independentemente desses fatos, é obrigada a entregar a mercadoria ou indenizar, no prazo de 60 dias. O portador, de seu lado, não pode reclamá-la antes disso. Tem a estrada o direito de recusar a entrega. Assim sendo, a intenção da lei é estabelecer um prazo máximo de entrega, e somente a partir deste é que se considera em mora a estrada. Somente aqui surgiria o direito de ação e, conseqüentemente, por não existir direito sem ação, somente desse ponto é que se poderia contar o prazo de prescrição. A questão cindiu em duas correntes o Supremo Tribunal: acompanharam o ministro Costa Manso os ministros Ataúlfo, Laudo de Camargo e Hermegildo de Barros, tendo apoiado o ministro Carvalho Mourão os ministros Espínola, Artur Ribeiro e Plínio Casado. Decidiu o empate o presidente Edmundo Lins, que se pronunciou favoravelmente à opinião do ministro Costa Manso.⁹⁷

Parece-nos que os argumentos se equivalem, traduzindo bem o equilíbrio verificado na votação, o que aconselharia, por isso mesmo, a apreciação do caso pelo critério proposto pelo ministro Carvalho Mourão, uma

de seis, diferença apenas de um ano!... interpretando como nós entendemos, isto é, aludindo o Código Civil ao crime de dano... fica guardada a proporção. Bastaria o estudo comparativo das outras ações e dos outros direitos enumerados no § 10 para convencer de que o Código alude ao crime de dano e não aos delitos contra a propriedade, cujo montante do dano pode ser avultadíssimo" (*Crime-Dano-Reparação*, São Paulo, 1934, n° 54, *bis*, p. 142).

Assim, não se justificava, no caso, a aplicação da prescrição mais curta, tanto mais que não encontramos justificativa, em uma legislação que permanece retrógrada, em matéria de prescrição, para a distinção feita no citado dispositivo do Código Civil. A hipótese era de ato ilícito em geral, sujeito à prescrição comum, e a solução acertada, em que pesê à autoridade dos juizes do egrégio Tribunal, seria desprezar a arguição da prescrição.

⁹⁷ Ac. de 06.09.34, na *Revista de Jurisprudência Brasileira*, vol. 37, p. 194.

vez que a prescrição deve ter aplicação restrita e a orientação oposta, sem embargo dos brilhantes fundamentos do eminente Costa Manso, dá a impressão de repousar em interpretação dos prazos prescricionais em sentido favorável ao prescribente.

Dispõe o Código Civil, art. 178, § 10, n.º VII, que prescreve em cinco anos a ação civil por ofensa a direitos de autor. O dispositivo diz respeito exclusivamente aos direitos de autor e não a patentes e marcas de fábrica. A Lei n.º 5.988, de 1973 mantém esse prazo.

Prescreve em cinco anos qualquer direito contra a Fazenda Pública (art. 178, § 10, n.º VI, do Código Civil). Diante dos termos peremptórios do texto, reforçado em leis posteriores, não há como discutir. A ação de reparação do dano contra a Fazenda Pública, seja a que título for, prescreve em cinco anos.

A ação de reparação de dano, fundada na responsabilidade civil aérea prescreve, qualquer que seja seu fundamento, em dois anos, cujo início, entretanto, varia conforme a espécie: nas ações por danos causados a passageiros, bagagem ou carga transportada, é a data da chegada ou do dia em que devia chegar a aeronave ao ponto de destino, ou da interrupção do transporte;⁹⁸ nas ações de indenização por assistência ou salvamento, ao contar da data da conclusão dos respectivos serviços;⁹⁹ nas ações de indenização por danos a terceiros na superfície, a partir do dia da ocorrência¹⁰⁰ na ação de indenização por danos emergentes, em caso de abalroamento, a partir da data de ocorrência¹⁰¹ para cobrança de créditos resultantes de contrato de utilização de aeronave, na ausência de prazo diverso no Código, a partir da data em que se tiverem tornado exigíveis¹⁰² na ação regressiva entre transportadores, a partir da data do efetivo pagamento por um deles¹⁰³ para cobrança de créditos de um empresário contra outro, decorrentes de compensação de passagens, a partir de quando se tiverem tornado exigíveis¹⁰⁴ na ação de indenização de danos causados por culpa das administrações dos aeroportos ou da Administração Pública, a partir do dia do fato¹⁰⁵ na ação do segurado contra o segurador, do dia em que tenha ocorrido o fato cujo risco estava garantido pelo seguro¹⁰⁶ contra o construtor de produto aeronáutico, da ocorrência de dano indenizável.¹⁰⁷ Pode ocorrer que o interessado não tenha conhecimento do dano ou da identidade do responsável; nesse caso, o prazo começara a correr da data em que teve

98 CBAer, art. 317, I

99 CBAer, art. 317, IV

100 CBAer, art. 317, II

101 CBAer, art. 317, III

102 CBAer, art. 317, V

103 CBAer, art. 317, VI

104 CBAer, art. 317, VII

105 CBAer, art. 317, VIII

106 CBAer, art. 317, IX

107 CBAer, art. 317, X

conhecimento, mas não poderá ultrapassar de três anos, a partir do evento danoso.¹⁰⁸ O novo Código inova no tocante às providências administrativas previstas nele: prescrevem também em dois anos, a partir da data da ocorrência ou do fato que as autorizou, e seus efeitos, ainda no caso de suspensão, não poderão exceder esse prazo.¹⁰⁹

O Código do Ar estabelece uma dúvida: quando dispõe que, nas ações decorrentes de transporte, o prazo prescricional se conta da data da chegada da aeronave, da em que devia ter chegado ao destino, da interrupção do transporte ou da data da entrega da mercadoria, parece contestar que, embora se trate de ação decorrente de transporte, a que proponha o beneficiário do viajante vitimado em acidente tenha sua prescrição regulada pela letra c do § 1.º do art. 159. Por outro lado, como este último prazo se manda correr do dia do acidente, a interpretação mais razoável aconselharia a parte a se valer da regra contida na letra a, § 1.º, do mesmo artigo, contando o prazo a partir do dia em que a aeronave devia ter chegado ao destino, quando não pudesse estabelecer se houve acidente e se a pessoa de quem é beneficiária foi vitimada nele, o que ocorre, por exemplo, na hipótese de desaparecimento do avião. A hesitação deve desaparecer, em face do § 2.º do art. 159, que manda contar o prazo da prescrição do dia em que o interessado tiver conhecimento do dano, cabendo-lhe provar que só então o conhece, se fora do prazo de dois anos.

Assim entendido, vê-se que o art. 159, § 1.º, letra a, se refere tão-somente às ações decorrentes de perda ou extravio de mercadorias e bagagens e pequenos objetos conduzidos pelos viajantes, atrasos prejudiciais tanto na condução dos passageiros como no transporte de mercadorias e bagagens. Quanto ao art. 159, § 1.º, letra c, quer se referir às ações de reparação dos danos derivados do transporte e traduzidos em lesões ou morte do passageiro, assim como às decorrentes de dano causado a terceiros na superfície. O desaparecimento do direito da parte quanto a bagagens e mercadorias pode dar-se em prazo mais curto, se faz o protesto.

O Código Brasileiro do Ar não tem um dispositivo que mande presumir a morte do passageiro do avião perdido. Quer isso dizer que, embora tudo indique que um acidente fatal se produziu, não pode o interessado propor ação contra o transportador e, ao fim de três anos, vê cair o seu direito à reparação do dano, para, eventualmente, depois desse prazo verificar que realmente eram fundadas as conjeturas de desastre e que o passageiro de quem era beneficiário desapareceu nele? Pensamos que não. Em casos tais, a partir do momento em que fique estabelecido o desastre e que correrá a prescrição.

Mas a morte do passageiro ou tripulante de avião pode ser presumida e a partir do momento em que se estabeleça a presunção é que se contará a

108 CBAer, art. 318.

109 CBAer, art. 319.

prescrição. Isso se dará se for aplicado ao transporte aéreo o Decreto-Lei nº 3.577, de 1º de setembro de 1941, que dá como averiguada a morte do tripulante de navio desaparecido um ano após o dia em que se tenha verificado o desaparecimento.¹¹⁰

O ilustre Tribunal de São Paulo, em face de ação movida pelos beneficiários da vítima de um desastre de avião, fretado pelo Estado, para transporte de enviados do governo, aplicou ao caso a prescrição especial do Código do Ar (embargos no Processo nº 28.133 – Fazenda Estadual *versus* D. Maria de Lourdes Varela de Almeida e filhos). A vítima era representante de autoridade e ia a serviço específico de sua função. O Estado, perante ele, não era transportador. O transporte, na espécie, era incidente. O fato gerador da sua responsabilidade era a ordem dada à vítima para dirigir-se determinado local, em avião. Incivil falar em responsabilidade do transportador, quando não tinha havido, ao menos por parte da vítima, o ânimo de contratar. Como decidir sob critério contratual, considerando o transporte como fato principal, quando as partes não tiveram contrato em vista?¹¹¹

223. A duração do prazo prescricional da ação de reparação do dano é objeto de severas críticas por parte de muitos juristas, que censuram ao legislador conservar, em face do ritmo da vida moderna, critério cabível nos remotos tempos em que as comunicações se resumiam na precariedade e na lentidão das viagens a cavalo.

O sistema atual, além do mais, permite anomalias, de que dá exemplo acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal.¹¹² O autor, vítima de um acidente de bonde, quando contava 10 anos, ajuizou 14 anos mais tarde uma ação contra a empresa transportadora. A sentença concedeu a indenização, mas o Tribunal, em acórdão relatado pelo eminente desembargador Afrânio Costa, a reformou. A decisão alude à precariedade da prova, mas houve opinião divergente a respeito, mostrando o ilustrado juiz dissidente, desembargador Lafayette de Andrada, que ela era bastante para estabelecer o fato, porque consistente em notícia de jornal da época, nota de entrada do autor num posto de assistência pública e certidão de guia para internamento em hospital. Somos dos que aplaudem decididamente o escrúpulo manifestado pelo douto desembargador Afrânio Costa, quando se pronuncia no sentido “de impedir que a sábia proteção legal degenera, como já se vem

notando, em fonte de enriquecimento ilícito”. Mas é o caso de indagar: a prova referida pareceria ao ilustre juiz tão precária, se o desastre se tivesse produzido em época menos afastada do julgamento? A nós se nos afigura que não. Até onde é possível deduzir das expressões do douto julgador, o que nos parece é que se deixou impressionar fortemente pela circunstância de ter sido a ação proposta 14 anos após o acidente, tanto mais que alude ao fato de estarem surgindo nos tribunais ações semelhantes, relativas a “fatos ocorridos há 10 e 15 anos”. Não queremos, de nenhum modo, esquecer que, além dessas considerações, aludiu o relator à insuficiência da prova. O que nos sugere, porém, o acórdão, é que tal circunstância não impressiona tanto como a de ter sido a demanda proposta muitos anos depois do fato. Porque é realmente impressionante fique a vítima tanto tempo inativa, sem pleitear o seu direito. Não é possível, porém, como fez o acórdão questionado, reduzir, indiretamente, o excessivo prazo de prescrição legalmente estabelecido para as ações de reparação do dano. O que o caso vem demonstrar, e foi por isso que o recordamos aqui, é a necessidade de, a exemplo do que vêm fazendo quase todas as legislações, reduzir sensivelmente o prazo de prescrição para que não tenham os juizes, justamente impressionados por tais exemplos, de repetir uma prova que talvez aceitassem em outra oportunidade, só porque não podem decretar a prescrição que *de jure* devia estar consumada, em relação ao direito de ação de reparação fundado em fato ocorrido longos anos atrás.

Parece semelhante à acima exposta a hipótese julgada pela Cassação francesa, ao decidir que o juiz não pode, em face dos textos atuais, rejeitar uma prova, sob o pretexto de que um longo lapso de tempo se havia escoado entre o dano e a ação.¹¹³

Essas razões são suficientes, em nossa opinião, para recomendar a adoção de prazos prescricionais mais curtos, de forma a integrar o sistema de prescrição do direito brasileiro na moderna orientação, já aceita pela maioria das legislações.¹¹⁴

¹¹³ Decisão de 12.12.33, no *Dalloz Hebdomadaire*, 1934, p. 84.

¹¹⁴ O Projeto do Código de Obrigações atendia a essa orientação, conforme declaram seus eminentes autores:

“Considerou-se que, nas condições atuais da vida, é suficiente o período de 10 anos para a prescrição longa ou comum, salvo as exceções expressas; muitos séculos já atravessou a prescrição trintenária para encontrar uma barragem na época da multiplicidade e rapidez das comunicações (art. 370).

“Não comporta a vida atual que se desencavem velhas questões, que conseguiram atravessar gerações em detrimento da segurança social; aliás, com as causas impeditivas ou suspensivas de prescrição, as querelas podem ser guardadas por mais de um decênio, mas os casos são excepcionais e, por isso, não exigem o remédio heróico da supressão daquelas cautelas, reservadas para as hipóteses extremas” (*Anteprojeto do Código de Obrigações*, Parte Geral, Imprensa Nacional, 1941, p. 23).

¹¹⁰ O douto J. de Segadas Viana sustenta que esse decreto-lei não revogou a lei geral, mas apenas excluiu dela a morte presumida em naufrágio para efeito de seguro. Está certo. Mas a ação de reparação do dano merece a mesma proteção de seguro, visa, em última análise, ao mesmo fim. Deve, por isso, ser ampliado a esse caso o Decreto-Lei nº 3.577.

¹¹¹ A boa doutrina estava com a sentença de primeira instância, da lavra do Dr. Lafayette Sales Júnior, publicada na *Revista Forense*, vol. 113, p. 183.

¹¹² Ac. de 16.10.42, na *Jurisprudência do Tribunal de Apelação*. Imprensa Nacional, vol. 13, p. 12.