

INTRODUÇÃO

SUMÁRIO: 1. Importância do problema da responsabilidade civil e suas dificuldades – 2. Evolução do conceito e do fundamento da responsabilidade civil extracontratual – 3. Direito Romano. Conceito primitivo de responsabilidade. A vingança. As composições voluntárias. As composições legais. Ausência de princípio genérico. A Lei das XII Tábuas e sua feição jurídica. *Actio de reipitis* – 4. A lei Aquília. Início de generalização. As partes da lei Aquília. O *damnum injuria datum*. Modificações do Direito anterior. Extensões da lei Aquília. Influência da jurisprudência e do pretor. A culpa – 5. Direito moderno. A culpa como elemento básico da responsabilidade civil aquiliana. O Código Civil francês e as legislações modernas – 6. O Direito inglês e o anglo-americano – 7. O Código Civil soviético – 8. A extensão do conceito da culpa e as presunções de culpa. As teorias modernas. Responsabilidade objetiva.

1. Importância do problema da responsabilidade civil e suas dificuldades

A crença antiga e divulgada de que a teoria das obrigações e do contrato constitui a ilha inacessível à evolução, tendendo à perenidade, à uniformidade e à universalidade, em virtude de seu caráter científico e lógico,¹ não resiste hoje à mais simples análise.

⁽¹⁾ Vide Saleilles, *Étude sur la théorie générale de l'obligation*, 3. ed., n. I.

Diz Savatier: "Alors qu'on s'était longtemps accoutumé à trouver dans le droit des obligations, la partie la plus immuable du droit civil, voici qu'il se révèle profondément ébranlé. Non seulement, on y voit éclater la notion traditionnelle de contrat, mais un empire immense, celui de la responsabilité civile, s'y constitue sous le signe de principes nouveaux, encore entourés de quelque brume.

Progressivement pourtant, et par vagues successives, ce brouillard de crève devant les réalisations de la loi et de la jurisprudence; et l'on croit pouvoir

Tarde já podia dizer, em 1893, quando da publicação de sua notável obra *Les transformations du droit*, referindo-se às disposições legais relativas às obrigações: "Leur survivance est d'ailleurs plus apparente que réelle, ete la permanence trompeuse du Droit formel dissimule ici les mutations du Droit vivant. La théorie légale des obligations semble être restée à peu près la même de l'Empire romain à nous. Mais la substance de ces formes, le contenu de ces formules, a changé du tout au tout".² Com maior força de razão, sua assertiva é hoje indiscutível. Bastaria focalizar, apenas, a incontestável influência dos dados econômicos nas obrigações civis,³ para se verificar, desde logo, que a evolução das obrigações tem sido profunda, estando atualmente, segundo afirmação de Pierre de Harven,⁴ num verdadeiro período de crise, em estado de ebulição. A crença antiga deliu-se ante a verdade dos fatos, e a opinião dominante consagra, atualmente, doutrina diametralmente oposta.⁵

As publicações de Códigos das Obrigações, na Suíça, na Polônia, na Iugoslávia, no Líbano, e a malograda tentativa do projeto franco-

discerner, avec assez de netteté, les grandes lignes de la construction qui se crée" (*Les Métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui* – Dalloz – 1948, p. 182, n. 223).

⁽²⁾ Ob. cit., p. 126, nota I.

⁽³⁾ Vide Virgili Veniamin, *Éssais sur les donnés économiques dans l'obligation civile*, "Introduction", n. V et seq., p. 332, n. XVIII – Sylvio Treitin, *La crise du droit et de l'État*, p. 323 et seq.; Georges Ripert, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, n. 8, 137 et seq.; Pierre Bonnet, *Le droit en retard sur les faits*, p. 23 et seq. e 99 et seq.

⁽⁴⁾ *Mouvements généraux du droit civil belge contemporain*, p. 182 et seq.

⁽⁵⁾ Jossierand, "La transformation du droit des obligations et des contrats depuis la promulgation du Code Civil français", em *Livre souvenir des journées du droit civil français*, p. 29; Demogue, *Traité des Obligations*, vol. I, p. 1; Esmein, *Des obligations*, vols. 2 e 3, no *Traité du droit civil français* de Planiol – Ripert; Gaston Morin, *La loi et le contrat*, p. 57 et seq. e 111 et seq.; Vittorio Polacco, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, 2.^a ed., n. 3; Julien Bonnetcase, *Supplément ao Traité de droit civil* de Baudry, vol. II, n. 272 et seq.; Bochko K. Péritch, *De la responsabilité civile délictuelle du fait d'autrui en droit français et yougoslave*, n. 47 e 48; Eugène Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, p. 9 e 10; Alex Weill, *La relativité des conventions en droit civil français*, n. 8; Stefano Rodotà, *Il problema della resp. civile – 1927* – Milano, p. 1 et seq. (n. 1) e 16 et seq. (n. 3) (p. 25-26); Jean Foyer, "Les obligations" – in *Le droit civil français*, dir. de René David, tomo II, p. 136 et seq. (Paris-1960).

italiano de um Código das Obrigações estão demonstrando a necessidade de se renovarem os conceitos e de se regularem as modalidades diversas das relações obrigacionais. O projeto brasileiro do Código das Obrigações, sobre o qual falaremos oportunamente, confirma o que acabamos de asseverar.

2. Evolução do conceito e do fundamento da responsabilidade civil extracontratual

Essa evolução mais se tem avultado não só no terreno das especulações doutrinárias, mas também em face do Direito Positivo, no capítulo da responsabilidade extracontratual.

Não há, sem dúvida, assunto mais atual, mais complexo e mais vivo, como observa Jossierand,⁶ do que o estudo da responsabilidade aquiliana, centro do Direito Civil, ponto nevrálgico de todas as instituições. René Savatier, estudando a evolução geral da responsabilidade civil, observa que sua expansão é hoje revolucionária.⁷

⁽⁶⁾ "L'évolution de la responsabilité", em *Evolutions et Actualités*, p. 29 et seq. Vide Bochko K. Péritch, ob. cit., n. 51.

⁽⁷⁾ *Du droit civil au droit public*, p. 81. Eis as suas palavras: "À quel point l'expansion de la responsabilité civile est aujourd'hui révolutionnaire, il est facile de le mettre en lumière par une simple constatation: combien existe-t-il d'articles traitant de la responsabilité civile, soit dans le Code de Napoléon, soit dans les codes dérivés de lui par exemple, dans le Code de la Province de Québec? En dehors des contrats, on en compte cinq dans le Code Napoléon: 1382 à 1386, et quatre dans le Code de Québec, 1053 à 1056, sur environ 2.500. Soit, au point de vue législatif, un article consacré à la responsabilité civile sur 500.

Qu'on entre maintenant au Palais!

Sur les affaires civiles, en tenant compte, d'abord, de celles qui portent essentiellement et directement sur des questions de responsabilité civile et aussi, de celles qui, accessoirement et latéralement, mettent en jeu une question de dommages – intérêt, *deux affaires sur trois touchent la responsabilité civile*.

Deux procès sur trois, alors que le législateur n'y avait consacré qu'un texte sur 500! C'est dire quelle amplitude revêt l'expansion de la responsabilité civile".

B. Starck, na introdução à sua monografia *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, começa o seu estudo com estas palavras: "La réparation des dommages que l'activité des hommes cause aux autres hommes constitue le problème central du droit contemporain. Le conflit des idées, des systèmes plus souvent encore le conflit des idéologies a atteint en cette

Inúmeras são as causas que os doutrinadores apontam para justificar aquela asserção; umas de natureza puramente material, como as que decorrem dos novos inventos mecânicos, como o automóvel, o avião, as estradas de ferro, os maquinismos em geral, provocando situações jurídicas novas. Vivemos mais intensamente (Roosevelt) e mais perigosamente (Nietzsche),⁸ e, assim, num aumento vertiginoso, crescente e invencível, de momentos e de motivos para colisões de direitos. A intensidade da vida e a densidade das populações aproximam, a mais e mais, os homens, intensificando as relações de vizinhança, fonte perene de responsabilidade extracontratual.⁹ Os perigos advindos dos novos inventos, fontes inexauríveis de uma multiplicidade alarmante de acidentes, agravados pela crescente impossibilidade, tanta vez, de se provar a causa do sinistro e a culpa do autor do ato ilícito, forçaram as portas, consideradas, até então, sagradas e inexpugnáveis da teoria da culpa, no sentido de se materializar a responsabilidade, numa demonstração eloquente e real de que o Direito é, antes de tudo, uma ciência nascida da vida e feita para disciplinar a própria vida.¹⁰

Ao lado das causas materiais apontadas, fatores econômicos, sociais, políticos e influências de ordem moral¹¹ vieram precipitar a evolução da responsabilidade civil extracontratual, a ponto de se

matière une intensité qui rappelle les plus célèbres controverses de la philosophie". Jean Guyénot, p. 6 et seq.

Bochko K. Péritch, na sua já citada monografia *De la responsabilité civile délictuelle du fait d'autrui en droit français et yougoslave*, p. 49 et seq., ressaltando a importância do estudo da responsabilidade civil, depois de esclarecer que "on touche le coeur du droit, la base de la morale, l'âme de la vie sociale", compara-a a um suntuoso palácio, um verdadeiro tesouro histórico: "Les architectes d'aujourd'hui sont en discussion sur son style: les uns prétendent qu'il apparait classique, celui de la faute; les autres qu'il est moderne, c'est le risque".

⁽⁸⁾ Jossierand, "La transformation du droit des obligations", no *Livre Souvenir*, cit., p. 59.

⁽⁹⁾ Vide Henri de Page, *Traité du droit civil belge*, vol. II, p. 776; Edmond Picard, *Les constantes du droit*, p. 59.

⁽¹⁰⁾ Max Runff, *Le droit et l'opinion*, trad. francesa de Louis Hugueney, p. 131.

⁽¹¹⁾ Vide Veniamin, ob. cit., p. 399 et seq.; Ripert, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, p. 327 et seq. *La règle morale dans les obligations civiles*, 3. ed., n. 112 et seq.

afirmar que, em nenhuma outra matéria jurídica, o movimento de idéias foi tão acentuado nestes últimos dez anos.¹²

Uma verdadeira revolução, como diz Jossierand, opera-se no ataque às idéias antigas, às concepções tradicionais, de maneira tal que "elle est la grande vedette du droit civil mondial; elle fait prime partout".¹³

⁽¹²⁾ Beaudant e Capitant, em Joseph Rutsaert, *Le fondement de la responsabilité civile*, p. 1; Gaston Morin, *La révolte du droit contre le Code*, p. 1 et seq.

⁽¹³⁾ "L'évolution de la responsabilité", em *Evolutions et Actualités - Conférences de droit civil*, p. 29. Vide do mesmo Jossierand, *Le contrat et la loi*, em *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Geny*, vol. II, p. 333 et seq.; B. Starck, na citada monografia *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile*, referindo-se a este movimento, faz as seguintes considerações:

"Cependant ce problème ne s'est posé aux juristes qu'à une époque toute récente. Il n'y a guère plus d'un *demi-siècle*, personne n'en soupçonnait la difficulté. Une heure de cours suffisait au professeur, en ce temps heureux, pour en décrire les rouages; les arrêts relatifs à la responsabilité ne tenaient pas une grande place dans les recueils de jurisprudence.

Non pas que le Prétoire ne connut pas jusqu'à ces temps derniers de procès en responsabilité. La vie en société ne va pas sans heurts et sans dommages, et, malgré une technique rudimentaire, les hommes ne furent jamais à court de moyens permettant de se nuire mutuellement.

S'il n'y avait pas de problème, ce n'est pas parce qu'il était *facilement résolu*. C'est que, indubitablement, on possédait alors l'outil qui convenait aux difficultés pratiques, la clé permettant d'ouvrir toutes les portes du domaine de la responsabilité.

Cette clé, c'était l'idée de *faute*.

Un dommage, survenait-il? Il n'était que se demander par la faute de qui il était arrivé. Le coupable trouvé, la charge de la réparation lui était attribuée et l'équilibre rétabli. Si nulle faute ne pouvait être démontrée ou présumée, c'est que l'accident était l'ouvrage du sort, dont chacun doit supporter l'implacable véredict.

Puis, brusquement, le système ne fonctionne plus, l'outil s'avéra impropre à sa destination.

Que s'est-il donc passé?

La clé s'est-elle usée par deux milles ans d'emploi? Cela n'est guère probable: la faute, c'est l'inobservation des règles de la prudence et de la bonne foi, et on ne voit pas que ces impératifs pussent jamais d'être à la vie sociale.

Est-ce l'accroissement considérable du nombre d'accidents à la suite de la *révolution industrielle qui s'accomplit sous nos yeux*? Mais si une *formule est*

Firmada, assim, a verdade incontestável desse movimento intenso no sentido de se alargar o âmbito da responsabilidade civil extracontratual, vejamos como se operou a sua evolução.¹⁴

exate elle doit pouvoir resoudre aussi facilement un problème que mille problèmes du même type; si, seule est juste la condamnation du défendeur imprudent ou de mauvaise foi, qu'importe qu'à la place des rares victimes d'autrefois nous en trouvions maintenant d'innombrables? La fréquence des accidents peut bien imposer des mesures de précaution supplémentaires, peut bien créer à la charge de la collectivité des obligations de secours, elle ne saurait, à elle seule, fournir une "cause", une "raison suffisante", à la responsabilité individuelle.

Est-ce le progrès du raisonnement juridique qui fit découvrir les failles d'un système qui jusqu'alors semblait sans défaut? Ce serait manquer de modestie et oublier la maîtrise à laquelle était parvenue la jurisprudence romaine et la finesse de l'analyse scolastique.

Le sens moral de l'homme moderne, sa conscience, sa sensibilité sont-ils devenus plus parfaits? On voudrait le croire, si la cruauté et l'indifférence pour malheurs d'autrui ne semblaient, au contraire, les signes sous lesquels vit le monde contemporain.

La crise profonde que traverse la responsabilité civile à l'heure actuelle, vient de ce que les *données fondamentales du problème ont changé*:

Jadis la *faute* et le *dommage* formaient un couple uni. Dans l'immense majorité des cas, l'homme qui agissait prudemment et honnêtement ne causait pas de dommages à ses semblables. Dès qu'un accident se produisait, et à moins qu'il ne fût provoqué par une force majeure, *on cherchait la faute de l'homme et presque toujours on la trouvait*.

Heureuse époque! L'humanité se trouvait en sécurité sous la double protection de la règle de droit et de la règle morale: de la règle de droit, car la seule réalisation du dommage désignait facilement celui qui l'avait causé; de la règle morale, car l'agent du dommage était très généralement l'auteur d'une faute. Sa condamnation à la réparation du préjudice était le signe visible de cette parfaite entente du droit et de la morale. La victime indemnisée, le coupable puni... moralistes et juristes réunissaient leurs voix et notre sécurité matérielle se se doublait d'une sérénité morale.

Et puis qu'advint-il? Le *dommage* brise les liens de cette solidarité qui l'unissait à la *faute* et qui semblait voulue par la Providence même. Le *dommage* se laisse entraîner dans le tourbillon de notre vie matérielle et mécanique, la FAUTE ne l'y suivit pas toujours. De plus en plus nombreux devinrent les accidents qui ne permettent pas de découvrir la faute de l'homme.

Alors le monde juridique devint anxieux. Le ciel protecteur du droit et de la morale se couvrit de nuages.

Obscurité juridique car l'accident, depuis qu'il a pris le parti de devenir "anonyme", ne désignait plus le coupable.

3. Direito Romano. Conceito primitivo de responsabilidade. A vingança. As composições voluntárias. As composições legais. Ausência de princípio genérico. A Lei das XII Tábuas e sua feição jurídica. *Actio de rebus*

Impossível seria não começar, ao tratar da evolução da responsabilidade civil extracontratual, pelo Direito Romano.

A teoria clássica da culpa, que é a armadura da responsabilidade civil extracontratual das legislações modernas, recebeu do direito justinianeu a *culpa mater*, da qual nasceu o princípio genérico daquela responsabilidade, cristalizado no preceito do art. 1.382 do CC de Napoleão.

A responsabilidade civil no direito romano tem seu ponto de partida na vingança privada, forma primitiva, selvagem talvez, mas humana, da reação espontânea e natural contra o mal sofrido; solução comum a todos os povos nas suas origens, para a reparação do mal pelo

Désarroi profond de la morale: est-il juste de condamner un être non-fautif? Mais, est-il juste d'abandonner la victime à son sort?

Moralistes et juristes ne se comprennent plus. Des systèmes s'élèvent, des philosophies apparaissent, des écoles se fondent...

Toutes sortes d'arguments sont jetés dans cette *lutte pathétique*. On fait appel, pour trancher le débat, à toutes les techniques des sciences, économiques, scientifiques ou même politiques, et pardessus tout, des considérations morales. Hélas! La morale elle-même n'est pas, en la matière, un guide bien sûr, et qui ne sait combien différentes sont les voies qu'elle nous propose?

Tel est le drame moderne de la responsabilité civile. Au fond, il découle tout entier de cette *séparation* de fait entre la faute et le dommage" (Ob. cit. p. 5 et seq.).

⁽¹⁴⁾ Henri de Page, notável magistrado e professor da Universidade de Bruxelas, refere-se, com amargura, à anarquia mais completa reinante na matéria e atingindo a um grau que se não encontra em qualquer outra, a ponto de exclamar ao estudioso, usando do célebre verso de Dante: "Lasciate ogni speranza, voi ch'entrate". Tacha a lei de obscura ou insuficiente; a doutrina de violentamente dividida, hesitante, dando curso a vistas pessoais; a jurisprudência é díspar na França e na Bélgica sobre a matéria, apesar de calcada sobre o mesmo art. 1.384, § 1.º, do CC francês. Acentua, ainda, a ignorância do legislador de 1804, não prevenido a solução de matérias importantíssimas, como o dano moral, a solidariedade no dolo e na culpa, a questão de acúmulo das responsabilidades etc. (*Traité élémentaire du droit civil belge*, vol. II, p. 739).

mal.¹⁵ É a vingança pura e simples, a justiça feita pelas próprias mãos da vítima de uma lesão, ou seja, a pena privada perfeita, no qualificativo de Hugueney, porque tudo depende do agressor.¹⁶

De sua aplicação natural e espontânea, fruto de uma reação animal, de um sentimento de vingança ou de explosão do próprio sofrimento, a vingança privada, como forma de repressão do dano, passou para o domínio jurídico, como reação legalizada e regulada; o poder público passa a intervir no sentido de permiti-la ou de excluí-la quando injustificável.¹⁷ É a pena de Talião, da qual se encontram traços na Lei das XII Tábuas (Tábua VIII, 2.^a lei).¹⁸

Dessa primitiva forma de responsabilidade, passou-se à composição voluntária, pela qual o lesado, podendo transigir, entra em composição com o ofensor, recebendo um resgate (*poena*), isto é, uma soma em dinheiro, ou a entrega de objetos.¹⁹ A vingança é substituída pela composição a critério da vítima, subsistindo, portanto, como fundamento ou forma de reintegração do dano sofrido.

(15) Demogue, *De la responsabilité civile des délits*, p. 5; Colin e Capitant, *Curso el. de derecho civil*, trad. esp. de De Buen, vol. III, p. 731. Leonardo Colombo, *Culpa Aquiliana*, p. 82 *et seq.* e 100 *et seq.*, expõe a evolução da responsabilidade extracontratual, referindo-se ao Código de Hammurabi, ao direito hebreu, às leis de Manu, aos direitos chinês e japonês, às leis helênicas, ao direito germânico e ao antigo direito espanhol. Para a evolução do Direito Civil francês, vide Demogue, ob. cit., *Introduction*, p. 5 *et seq.* No primeiro Congresso da "Associação Henri Capitant", em Montreal e Quebec, no Canadá, em 1939, sobre a responsabilidade civil, representantes de vários países apresentaram seus memoriais a respeito da matéria, salientando-se, sob o ponto de vista histórico, os trabalhos do Prof. Henry Ussing, da Universidade de Copenhague; Pierre Lérís, presidente da Corte de apelação de Rabat (Marrocos); Berut Hvinden, da Noruega, publicados sob o título *Premier Congrès International de l'Association Henri Capitant pour la culture juridique française*.

(16) *La peine privée*, p. 3; Emilio Betti, *Diritto Romano*, vol. I, § 81; Girard, *Manuel du droit romain*, p. 391; Péritch, ob. cit., n. 76.

(17) Girard, ob. cit., p. 391; Gaston May, *Manuel du droit romain*, p. 390; Ferrini, *Digesto Italiano*, vol. IX, parte 1.^a, v. "Delitti e quasi delitti", n. 28; Cuq, *Manuel de droit romain*, p. 567 *et seq.*; Demogue, ob. cit., p. 7.

(18) Pirson e Villé, *Traité de la responsabilité civile extracontractuelle*, vol. I, p. 7; Betti, ob. cit., § 81.

(19) Girard, ob. cit., p. 392; G. May, ob. cit., p. 390; Jean Van Ryn, *Responsabilité aquilienne et contrats*, n. 89.

A este período sucede o da composição tarifada, imposto pela Lei das XII Tábuas, que fixava, em casos concretos, o valor da pena a ser paga pelo ofensor. É a reação contra a vingança privada, que é assim abolida e substituída pela composição obrigatória.²⁰ Embora subsista o sistema do delito privado, nota-se, entretanto, a influência da inteligência social, compreendendo-se que a regulamentação dos conflitos não é somente uma questão entre particulares.²¹

A Lei das XII Tábuas, que determinou o *quantum* para a composição obrigatória, regulava casos concreto, sem um princípio geral fixador da responsabilidade civil. A *actio de reiputis sarcienti*, que alguns afirmam que consagrava um princípio de generalização da responsabilidade civil, é considerada, hoje, como não contendo tal preceito (Lei das XII Tábuas – Tábua VIII, lei 5.^a).²²

4. A lei Aquília. Início de generalização. As partes da lei Aquília. O *damnum injuria datum*. Modificações do Direito anterior. Extensões da lei Aquília. Influência da jurisprudência e do pretor. A culpa

Tal era o estado de evolução do Direito Romano sobre a responsabilidade civil delitual, quando surge a célebre lei Aquília, que emprestou seu nome à nova designação da responsabilidade delitual.

Com a lei Aquília, sob a influência da jurisprudência e nas extensões concedidas pelo pretor, constrói o Direito Romano a estrutura jurídica da responsabilidade extracontratual.

Compunha-se a lei Aquília de três capítulos. O primeiro regulava o caso da morte dos escravos ou dos quadrúpedes, da espécie dos que pastam em rebanho; o segundo, o do dano causado por um credor acessório ao principal, que faz abatimento da dívida com prejuízo do primeiro; o terceiro, o dano por ferimento causado aos escravos e animais visados no 1.^o capítulo e a destruição ou deterioração de todas as outras coisas corpóreas. A lei Aquília, embora se referisse, como a Lei das XII Tábuas, a casos concretos, já encerrava um princípio de

(20) G. May, ob. cit., n. 390; Girard, ob. cit., p. 392; Van Ryn, ob. cit., n. 87.

(21) Péritch, ob. cit., n. 78; Leonardo Colombo, ob. cit., p. 91, n. 33.

(22) Ferrini, *Digesto italiano*, vol. IX, parte 1.^a, loc. cit., n. 53; Girard, ob. cit., p. 410, nota 4.

generalização, regulando o *damnum injuria datum*, muito embora estivesse longe de fixar uma regra de conjunto, nos moldes dos preceitos do Direito moderno.²³

O último capítulo da lei Aquília, ou seja, o *damnum injuria datum*, constitui a parte mais importante da lei, porque foi na sua aplicação, cada vez mais extensiva, que os juristas do período clássico, assim como os pretores, construíram a verdadeira doutrina romana da responsabilidade extracontratual.

O *damnum injuria datum* consistia na destruição ou deterioração da coisa alheia por fato ativo que tivesse atingido a coisa *corpore et corpori*, sem direito ou escusa legal (*injuria*).²⁴ Concedida, a princípio, somente ao proprietário da coisa lesada, é mais tarde, por influência da jurisprudência, concedida aos titulares de direitos reais e aos possuidores, como a certos detentores, assim como aos peregrinos; estendera-se também aos casos de ferimentos em homens livres, quando a lei se referia às coisas e ao escravo, assim como às coisas imóveis e à destruição de um ato instrumentário (testamento, caução), desde que não houvesse outro meio de prova.²⁵

O édito do pretor estendeu o âmbito da ação, ainda quando o dano não fosse *corpore* e quando não fosse causado *corpori*, concedendo uma ação útil ao *damnum non corpore datum*, isto é, as ações *ad exemplum legis Aquiliae*.²⁶

A lei Aquília não se limitou a especificar melhor os atos ilícitos, mas substituiu as penas fixas, editadas por certas leis anteriores, pela reparação pecuniária do dano causado, tendo em vista o valor da coisa durante os 30 dias anteriores ao delito e atendendo, a princípio, ao valor

²³ Girard, ob. cit., p. 412; Gaston May, ob. cit., p. 403, n. 180.

²⁴ Girard, ob. cit., p. 412; G. May, ob. cit., p. 403, n. 181; Cuq, ob. cit., p. 570; Ferrini, ob. e loc. cit., n. 84 e 85.

²⁵ Cuq, ob. cit., p. 570; G. May, ob. cit., n. 181; Ferrini, ob. e loc. cit., n. 84 e 85; Leonardo Colombo, ob. cit., n. 39, p. 98; Alfred Coste Floret, *Les problèmes fondamentaux du droit*, p. 193 et seq.

²⁶ Cuq, ob. cit. p. 572. Observa este notável romanista que, no último século da República, se encontra no Édito uma série de cláusulas destinadas a reprimir danos causados pelo dolo, independentemente da ação do dolo: 1.º) as ações *damni hominibus coactis dati*; 2.º) as ações *arborum furtim caesarum*; 3.º) as ações *de servo corrupto*; 4.º) as ações *de sepulcro violato*; 5.º) os interditos *quod vi aut clam*. Vide Leonardo Colombo, ob. cit., n. 39, p. 98.

venal; mais tarde, estendeu-se o dano ao valor relativo, por influência da jurisprudência, de sorte que a reparação podia ser superior ao dano realmente sofrido, se a coisa diminuísse de valor, no caso prefixado.²⁷

Teria a lei Aquília introduzido a culpa como requisito essencial ao direito de reparação do dano causado?

Não faltam sustentadores para ambas as opiniões; no geral, os expositores da matéria incluem o elemento da culpa como indispensável, sem o qual não se caracterizaria o delito – *In lege Aquilia et levissima culpa venit*. Assim ensinam Girard,²⁸ Gaston May,²⁹ E. Cuq,³⁰ Pirson et Villé,³¹ Contardo Ferrini,³² Ihering,³³ Leonardo Colombo³⁴ e outros.

Outros, porém, sustentam a opinião oposta, declarando que a culpa não era elemento constitutivo do delito da lei Aquília; este elemento teria sido introduzido, pouco a pouco, por força de interpretação, à vista das necessidades sociais.

Assim pensam Emilio Betti,³⁵ Mario Cozzi, que declara ser uma interpolação as expressões *in lege Aquilia et levissima*

²⁷ Cuq, ob. cit., p. 572; G. May, ob. cit., n. 181; Girard, ob. cit., p. 411.

²⁸ Ob. cit., p. 412, nota 5.

²⁹ Ob. cit., n. 181.

³⁰ Ob. cit., p. 570 e nota 5.

³¹ Ob. cit., vol. 3.

³² Ob. cit., n. 56.

³³ “De la faute en droit privé”, em *Études complémentaires de l'esprit du droit romain*, trad. de Meulenaere, p. 25 e 28.

³⁴ Ob. cit., n. 36, p. 94. Mario Talamanca, “Colpa civile (storia)” in *Enc. giuridica*, vol. VII, p. 522, n. 8.

³⁵ *Diritto Romano*, vol. I, § 79, p. 421. Em seu recente livro *Teoria generale delle obbligazioni*, Milão-Giuffrè-1954, vol. III, p. 37, n. 7, Emilio Betti assim se pronuncia a respeito: “Una questione accessoria è quella che riguarda il carattere della responsabilità *ex lege Aquilia* in diritto classico e la questione della classicità della *colpa* quale estremo del delitto aquiliano.

Alcuni indizi renderebbero seducente la conclusione per la non classicità della ‘colpa’. Vi è, dall’un lato, una *indubbia tendenza dei bizantini a basare sempre la responsabilità sulla colpa.* Tale tendenza – che abbiamo veduto affermarsi vigorosamente nella trasformazione di taluni casi di responsabilità senza colpa in illeciti colposi fonti di *obligatio quasi ex delicto* – si è fatta valere, com’era naturale, anche nel campo del delitto aquiliano, portando a modificare

culpa venit;³⁶ Leon e Henri Mazeaud,³⁷ Frederico Pezella³⁸ e outros.

A discussão sobre o assunto tem apenas interesse teórico, nenhuma influência podendo exercer sobre os problemas da responsabilidade extracontratual.

una serie di passi nel senso di mettervi in rilievo il requisito della colpa. Dall'altro lato, stà in fatto che tutti i delitti privati dell'antico *jus civile*, prima della *lex Aquilia*, non davano luogo che o ad una responsabilità per dolo (*furtum e injuria*) o ad una responsabilità senza colpa: non mai ad una responsabilità per colpa. Non solo: ma stè anche in fatto, ed è noto, che la stessa *lex Aquilia* non poneva espressamente la colpa come estremo del danneggiamento, bensì conteneva il termine generico per così dire, iridescente di *injuria*.

Sennonchè tutti questi fatti non bastano a giustificare 'la tese che per i giuristi romani la responsabilità *ex lege Aquilia* fosse una responsabilità obbiettiva, in cui si cadeva ogni qualvolta si agisse *non jure*, cioè *contra jus*, e che soltanto dai bizantini venisse fondata sulla colpa dell'agente, intensa non oggettivamente come *injuria*, mas subbiettivamente considerata come mancanza di diligenza'. Prima di tutto intendiamoci bene. Che cosa si vuol dire quando si parla di responsabilità obbiettiva? Quando si afferma che i testi genuini si accontentarono della dimostrazione pura e semplice del nesso causale tra l'azione imputabile e l'evento dannoso, si potrebbe obbiettare: se – affinché quel nesso causale avesse rilevanza giuridica agli effetti della responsabilità – l'azione dovera essere imputabile all'agente, la responsabilità non era più 'obbiettiva'. Azione imputabile significa azione accagionabile, riferibile a un determinato soggetto come sua propria e non v'è nei *delicta* del diritto classico, una imputabilità in questo senso, quale non abbia per base la volontarietà del fatto dannoso. Sennonchè da quanto si chiarisce dai dissenzienti, appare che la parola 'imputabilità' viene intesa in un senso astratto e formale, al quanto diverso da quello comune; nel senso, cioè, di quella subbiettivazione passiva della norma, per cui un determinato fatto (non importa per quale ragione) viene dalla legge posto a carico di un determinato soggetto. Il quale senso non differisce praticamente da quello di 'responsabilità', e perciò non implica colpevolezza.

Orbene, si può concedere che nell'epoca più antica l'applicazione della *lex Aquilia* si attenesse ad una stretta interpretazione della lettera del testo legale e che la imputabilità non venisse identificata con la colpevolezza, bensì concepita in modo alquanto rozzo e primitivo, in quanto si argomentava piuttosto apeditamente la presenza dell'elemento soggettivo del delitto dalla non estraneità del fatto al soggetto. Ma quel che ripugna di credere è che la lettera della *lex Aquilia* abbia gravato come una coppa di piombo sulla giurisprudenza repubblicana e classica durante tutto il suo svolgimento, e le abbia impedito di approfondire comunque il valore soggettivo dell'imputabilità costitutiva del delitto e d'intenderla mai come riferibilità del fatto illecito a una volontà

Seja como for, parece-nos que tem razão Arangio Ruiz, quando diz "che fondamentali innovazioni si possono chiamare giustuniane e soltanto per fare pago il bisogno alquanto puerile di dare ad ogni

colpevole dell'agente. Non è da credere che il secolare lavoro d'interpretazione esercitato dalla giurisprudenza intorno alla *lex Aquilia* non abbia mai portato ad elaborare un concetto della imputabilità più fine e meglio rispondente alla più evoluta coscienza sociale, e che le molteplici e mirabili indagini volte a ricercare caso per caso la presenza o mesmo di una colpevolezza debbano o ascrivere ai compilatori o scindersi a forza da quel criterio direttivo che le giustifica e le illumina. Senza dire che allora non si saprebbe più come spiegare il sorgere delle azioni pretorie *de effusis et dejectis, de posito et suspensio*; autentici casi, questi, di responsabilità senza colpa. Non si vede quale utilità avrebbero avute queste azioni la cui origine è da ritenere posteriori alla *lex Aquilia*, se in base a questa fosse già esistita una responsabilità senza colpa con applicazione generale a qualsiasi danno *corpore corpori datum*. Nel caso normale e di gran lunga più frequente, il danno riparato con codeste azioni è *corpore datum*. L'utilità di riparare un danno non *corpore datum* è quella di far luogo, eventualmente, a una responsabilità di garanzia per danno dato da terzi non sarebbero bastanti a giustificare la creazione di due nuovi rimedi giuridici.

Ma poi è un'altra ragione più intima per ritenere che già sin dall'inizio i romani non potevano concepire la responsabilità aquiliana come una responsabilità meramente obbiettiva. Ed è che, se il *damnum injuria datum* era dalla *lex Aquilia* riconosciuto produttivo di una *obligatio*, questa – come vincolo di una determinata persona – non poteva venire in essere senza un fatto riferibile precisamente alla volontà di quella determinata persona. Questo punto, d'importanza capitale, merita una delucidazione.

Nulla ripugna tanto alla coscienza dei Romani quanto il ritenere possibile che la legge imponga a una data persona un vincolo così grave e, nella sua gravità, così anormale, come è la *obligatio*, senz'averne, per dir così consultato il comportamento e valutato se sia degno di tutela o di sanzione. Affinchè un'obbligazione sorga, per i Romani ci vuole un atto di parte. Sia poi quest'atto rivolto per l'appunto a creare il vincolo o una situazione di fatto cui il vincolo sia congruo, o sia esso invece rivolto a uno scopo difforme, e tale da ledere l'altrui diritto – tutto ciò non fa differenza. Poichè è di esclusiva competenza dell'ordine giuridico apprezzare lo scopo del privato, e valutare se l'obbligazione debba nascere perchè conforme a siffatto scopo, o debba invece nascere nonostante che sia ad esso contraria e appunto perchè esso scopo porta a ledere interessi che lo stesso ordine giuridico stima degni di tutela.

Lo scopo del privato non può vincolare la legge quanto all'indirizzo conforme o difforme, del trattamento giuridico. Ma il punto essenziale e caratteristico del diritto romano a che la legge deve consultare il contegno tipico del privato, prima d'imporgli un'obbligazione; e che questa non può

dottrina un nome; ma che in verità rappresentano il risultato sforzo di pensiero, del quale conoscano approssimativamente il punto di partenza e bene soltanto il punto de arrive".³⁹

É incontestável, entretanto, que a evolução do instituto da responsabilidade extracontratual ou aquiliana se operou, no direito romano, no sentido de se introduzir o elemento subjetivo da culpa, contra o objetivismo do direito primitivo, expurgando-se do direito a idéia de pena, para substituí-la pela de reparação do dano sofrido.⁴⁰

Partimos, como diz Ihering, do período em que o sentimento de paixão predomina no direito; a reação violenta perde de vista a culpabilidade, para alcançar tão-somente a satisfação do dano e infligir

nascere generazione spontanea, ma ha per presupposto insopprimibile un atto, lecito o illecito, di esso privato.

Orbene, a siffatta concezione si riporta una serie di fenomeni cui si accenerà più avanti e così visi ricollega anche la impossibilità, per i Romani, di concepire una *obligatio ex delicto* indipendente dalla volontà del privato, basata cioè sopra una responsabilità oggettiva. Non é — si noti bene — che i Romani non conoscessero casi di responsabilità siffatta. Tutt'altro. Ma è che non potevano riconoscerla sotto forma da *obligatio* dato il concetto caratteristico che avevano di questa perchè essa avrebbe configurato una *obligatio ex lege*: cosa incomprendibile per la mentalità romana. Non bisogna mai dimenticare che, per i Romani, la *obligatio* non era semplice sanzione d'un illecito, ne l'unica forma di sanzione o di coazione giuridica. Accanto alla *obligatio ex delicto* essi conoscevano ben altre forme di sanzione come accanto alla *obligatio ex contractu* essi praticavano ben altre forme di coazione giuridica. E non é un caso che un illecito d'origine pretoria e recente, quale la rapina, abbia potuto essere riconosciuto senza difficoltà come fonte di obbligazione: laddove quegl'illeciti pretori che generavano una vera responsabilità obbiettiva non furono mai recetti nel *jus civile*, ma solo equiparati all'*obligatio ex delicto* per gli effetti processuali dell'azione teneri".

⁽³⁶⁾ *La responsabilità civile per danni da cose*, n. 87, nota 1. Vide G. Venezian, *Opere giuridiche*, I, p. 771.

⁽³⁷⁾ *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile del. et cont.*, vol. I, n. 27.

⁽³⁸⁾ "Il fondamento della responsabilità colposa nella dottrina tedesca e nella tradizione giuridica", na *Rivista de diritto civile*, 1932, p. 531 et seq.

⁽³⁹⁾ *Instituzioni di diritto romano*, p. 353, citado por W. Momigliano, no art. "Il risarcimento del danno extra-contrattuale cagionato priva di discernimento", *Rivista de diritto civile*, 1937, p. 200-205.

⁽⁴⁰⁾ Jean Schmidt, *Faute civile et faute pénale*, p. 28.

um castigo ao autor do ato lesivo.⁴¹ Pena e reparação se confundem; responsabilidade penal e civil não se distinguem. A evolução operou-se, conseqüentemente, no sentido de se introduzir o elemento subjetivo da culpa e diferenciar a responsabilidade civil da penal. E muito embora não tivesse conseguido o direito romano libertar-se inteiramente da idéia da pena, no fixar a responsabilidade aquiliana, a verdade é que a idéia de delito privado, engendrando uma ação penal, viu o domínio da sua aplicação diminuir, à vista da admissão, cada vez mais crescente, de obrigações delituais, criando uma ação mista ou simplesmente reipersecutória.⁴² A função da pena transformou-se, tendo por fim indenizar, como nas ações reipersecutórias, embora o modo de calcular a pena ainda fosse inspirado na função primitiva de vingança; o caráter penal da ação da lei Aquilia, no direito clássico, não passa de uma sobrevivência.⁴³

5. Direito moderno. A culpa como elemento básico da responsabilidade civil aquiliana. O Código Civil francês e as legislações modernas

O Código Civil francês, que é o padrão das legislações modernas e cuja influência nos códigos civis das nações cultas e nas legislações sem codificação, cada vez mais se estuda e se ressalta,⁴⁴ seguindo a

⁽⁴¹⁾ "C'est ainsi que la douleur gouverne souverainement le sentiment juridique de l'homme de la nature. L'injustice est appréciée non d'après sa cause, mais d'après des circonstances qui ont leur siège dans la personne de l'auteur, mais uniquement au point de vue du lésé. La pierre l'a frappé, il sent la douleur, et la douleur le pousse à la vengeance" (ob. cit., p. 10).

⁽⁴²⁾ Gaston May, ob. cit., p. 392.

⁽⁴³⁾ Jean Van Ryn, ob. cit., n. 87 e 88.

⁽⁴⁴⁾ Vide *Le droit civil français — Livre souvenir des journées du droit civil français*, no qual foram publicados vários artigos de notáveis juristas, mostrando a influência do direito civil francês no Canadá, no Japão, nos Códigos Civis suíço, irlandês, argentino, mexicano, italiano, venezuelano e em outros. Vide P. Sholten, "L'influence du droit civil français sur le droit hollandais" e N. Sugiyania, "Les transformations du droit civil japonais et l'influence du droit français", em *Annales de l'Inst. de droit comparé de l'Université de Paris*, p. 177 e 195.

Sob os auspícios e direção da "Société d'études législatives", foi publicado em 1904 *Le Code Civil — Livre du Centenaire*, comemorando-se o centenário do Código Civil francês. No 2.º vol. há um capítulo intitulado "Le Code Civil à l'Étranger",

tradição de seu direito e os ensinamentos de Domat e Pothier, proclamou, no preceito genérico do art. 1.382, a responsabilidade extracontratual, tendo como fundamento a culpa efetiva e provada.

São os ensinamentos e conceitos provindos do direito romano que constituem o fundamento da responsabilidade aquiliana do direito moderno.⁴⁵ O princípio da responsabilidade aquiliana continua, em sua essência, a ser o mesmo em todas as codificações dos povos cultos.⁴⁶

no qual notáveis juristas estrangeiros escreveram sobre a influência do Código Civil francês nas diversas legislações modernas. Destacamos os trabalhos de Carl Crome, professor da Faculdade de Direito da Universidade de Bohn; J. Kohler, da Faculdade de Direito da Universidade de Berlim; J. Van Bieroliet, da Universidade de Louvain; Hanssens, da Universidade de Bruxelas; Pierre Arminjon, da Escola Khédivial de Direito do Cairo; Chironi, professor e reitor da Universidade de Turim; C. G. Dissescu, da Universidade de Bucareste; e outros.

⁴⁵ Jossierand, "La transformation du droit des obligations" em *Le droit civil français - Livre souvenir des journées du droit civil français*, p. 40; L. e H. Mazeaud, *Traité technique et pratique de la responsabilité civile*, vol. I, n. 361.

⁴⁶ No primeiro congresso internacional da "Associação Henri Capitant", realizado em agosto de 1939, em Quebec e Montreal, no Canadá, já referido, foram apresentados e discutidos trabalhos notáveis sobre os temas: "La responsabilité dans les transports", "La responsabilité du fait des choses", "La nécessité d'une faute dans la responsabilité" e "L'abus de droit constitutif d'une responsabilité".

Os trabalhos e o resumo das discussões foram publicados, como já o dissemos, sob o título *Le premier Congrès International de l'Association Henri Capitant*. Sobre a necessidade da culpa na responsabilidade extracontratual, foram apresentados trabalhos dos seguintes juristas: Claude Renard (Bélgica); L. A. Pouliot (Canadá - Província de Quebec); Arturo A. Rodriguez (Chile); Henry Ussing (Dinamarca); M. Zeppos (Grécia); T. Kawashima (Japão); B. Hvinden (Noruega); E. Sandstron (Suécia); G. Plastara (Rumânia); de Berier e Osuchowski (Polónia); Ciley Manley (Estados Unidos - Luisiana); C. Cardahi (Líbano) e Pierre Louis (Marrocos).

Da leitura de todos esses estudos e do relatório geral oferecido por André Rouast, professor da Faculdade de Direito de Paris, chegamos às seguintes conclusões:

a) Em nenhuma parte, o legislador rompeu, completamente, com o princípio da responsabilidade baseada na culpa; este princípio resiste à experiência dos fatos e das idéias novas; a teoria da responsabilidade não se transformou, mas tornou-se mais matizada, mais adaptada às necessidades da civilização contemporânea.

b) O conceito de culpa perdeu aquela rigidez, dentro dos moldes clássicos,

Entretanto, como veremos no estudo dos preceitos legislativos, notáveis e profundas têm sido as modificações adotadas.

Ao lado dos Códigos que se influenciaram diretamente pelo Código Civil francês, ou nele se inspiraram, de preferência, como sejam as legislações latinas, os Códigos Civis alemão e suíço também proclamam, como fundamento da responsabilidade aquiliana, a culpa do autor do ato lesivo.

O Código Civil alemão, embora admita a responsabilidade sem culpa, em determinados casos, proclama, entretanto, no art. 823, o princípio da responsabilidade por culpa.⁴⁷

O Código Civil suíço fixa, também, o mesmo princípio no art. 41, de sorte que, para que haja responsabilidade extracontratual, é imprescindível a presença de culpa, que pode ser querida (*dolus*) ou causada por negligência (*culpa*), cuja gravidade influi no quanto da indenização (art. 43).⁴⁸

6. O Direito inglês e o anglo-americano

Em virtude de sua própria estrutura jurídica, não possui o direito inglês, nem tampouco o anglo-americano, um princípio geral da responsabilidade civil semelhante ao preceito do art. 1.382 do CC francês e de todos os Códigos Civis existentes.⁴⁹

puramente moral, para objetivar-se; confunde-se a culpa com o ato ilícito.

c) A admissibilidade de presunções *juris tantum* e *juris et de jure* da culpa, na proteção cada vez mais crescente da vítima da ação lesiva e danosa.

d) A admissão da responsabilidade objetiva abre inúmeras exceções à responsabilidade baseada na culpa; a idéia do risco fundamenta um sem-número de casos de responsabilidade.

e) A idéia da responsabilidade por equidade, no caso dos atos dos loucos e dos menores, passa a ser acolhida por vários Códigos Civis.

⁴⁷ Vide L. e H. Mazeaud, ob. cit., vol. I, n. 361; Demogue, *Traité des Obligations*, vol. III, n. 299 e 300; L. Enneccerus - Nipperddeck, *Derecho Civil*, Parte Geral - vol. II, §§ 195, 196 e 199; em *Derecho de las Obligaciones*, vol. 2.º, § 226, trad. esp. de Gonzales e Alguer.

⁴⁸ A. Schneider e H. Fick, *Com. du Code fédéral des Obligations*, trad. fr. de Max E. Forret, vol. I, p. 100; vide Demogue, *Traité des obligations*, vol. I, n. 46; A. Von Tuhr, *Tratado de las obligaciones*, trad. esp. W. Rocés, vol. I, p. 264.

⁴⁹ Pierre Arminjon, Barão Boris Nolde e Martin Wolf, *Traité de droit comparé*, vol. III, n. 839, p. 169.

O estudo da evolução histórica da noção do delito civil, em direito inglês, mostra-nos que o desenvolvimento da responsabilidade civil se fez sob o império do formalismo dos antigos *writs*, ou ações judiciais.⁵⁰ A não ser por meio dessas ações judiciais, cujo número era limitado, não tinha a vítima do delito civil (*tort*) um meio judicial para reparação do dano. Os *writs* ou ações judiciais concedidas às vítimas do delito civil (*tort*) eram: o *trespass*, quando a transgressão consistia na violação direta e *vi et armis* da pessoa, das coisas móveis e do fundo de terras de outrem; o *trespass on the case*, abreviadamente *case*, justificativo de um *writ* especial – *in the case* –, conferido em todos os casos em que o dano causado à pessoa e aos bens tenha sido indireto e sem violência.

Mais tarde, no século XV, certas ações *in the case* se transformaram ou se ampliaram em novas ações especiais, com novas denominações próprias; surgem, então, as ações de *trover* ou *conversion e detinue sur trover*, destinadas à reparação dos danos decorrentes da disponibilidade ou detenção ilegal da coisa alheia; a ação para repelir as fraudes – *deceit*; as decorrentes da difamação – *libel* e outras.

Mas, só no século XVII, a denominação de *torts*, até então usada apenas na doutrina, surge nos julgados; a designação *torts* generaliza-se, para designar o conjunto de delitos civis.

Comparando o sistema do direito inglês com o das legislações codificadas, devemos verificar se, no sistema dos direitos inglês e anglo-americano, a culpa constitui elemento essencial para que haja responsabilidade. O caso afirmativo, quais as exceções à regra geral.

É necessário, pois, conceituar o que seja *tort*, a fim de verificarmos se a culpa constitui, em todas as hipóteses, elemento essencial.

O *tort* é a violação de uma obrigação imposta por lei e não por um contrato ou quase-contrato, violação sancionada por uma ação de perdas e danos, visando uma reparação, cujo montante pode ser previamente convencionado pelo autor e sua vítima.⁵¹

⁽⁵⁰⁾ Pierre Arminjon e outros, ob. cit., vol. III, n. 839, p. 167; Mario Sarfatti, *Le obbligazioni nel diritto inglese in rapporto al diritto italiano* – Milão – 1924, n. 95 e 96, p. 282 *et seq.*

⁽⁵¹⁾ Pierre Arminjon e outros, ob. cit., p. 171; Edward Jenks, *Digeste de droit civil anglais*, trad. fr. de Baumann e Coulé, Paris – 1923, vol. I, p. 233, art. 722.

Para existência do *tort* poderá concorrer ou não o elemento culpa; a responsabilidade civil do agente poderá surgir independente deste elemento. Nem por isso deixaremos de estar em face de um delito civil (*tort*).

Existem muitos *torts* em que a responsabilidade é estrita ou absoluta, não implicando nenhuma culpa (*damnum sine injuria*). Essa é a concepção moderna, a partir da metade do século XIX, em oposição à concepção tradicional do direito inglês, estabelecendo que a condição de um delito é a *mens rea* do agente, abrindo poucas exceções.⁵²

Verifica-se, pois, que o conceito de *tort*, delito civil do direito inglês, é muito mais amplo do que o conceito do ato ilícito no nosso direito, no qual a culpa constitui, em regra, o elemento basilar.⁵³

Tanto constitui delito civil (*tort*) o ato, dando direito à reparação do dano, independente de culpa, como aquele em que a culpa é essencial.

⁽⁵²⁾ Pierre Arminjon, ob. cit. vol. III, n. 841; Edward Jenks, *El derecho inglés*, trad. esp. de José Panigua – Madrid – 1930, p. 459, e *Digeste de droit civil anglais* cit., art. 727, p. 225; René David – H. C. Gutteridge – B. A. Wortley, *Introduction à l'étude du droit privé de l'Angleterre* – Paris, 1948, p. 215 *et seq.*; José Puig Brutau, *Fundamentos de derecho civil*, tomo II, vol. II, p. 668, nota 4.

⁽⁵³⁾ Em estudo publicado em *Introduction à l'étude du droit comparé*, Paris – 1938, em homenagem a Eduardo Lambert, vol. II, p. 48 *et seq.*, sob o título “La responsabilité délictuelle, dans le droit civil moderne (plus particulièrement dans de droit français), comparé avec la théorie anglaise de délit civil (*tort*)”, F. P. Walton, depois de afirmar que a questão atinente à responsabilidade por delito civil (*torts*) nada deve, direta ou indiretamente, ao direito romano, tendo sido construída de um modo todo particular na Inglaterra, afirma que, no direito inglês, não existe um princípio geral de responsabilidade. Assim se expressa Walton, resumindo: “Comparée à la théorie anglaise du délit civil (*tort*), qui semble un vieux chêne rabougri, plein de noeuds et d'irrégularités avec quelques unes de ses branches quelque peu pourries, la théorie française de la responsabilité constitue un système simple et cohérent. Dans le système continental, nous partons de principes et les cas n'en sont que des applications. Dans le système anglais d'autre part, nous partons de cas, et, plus tard, si nous pouvons, nous arrivons aux principes, par une méthode d'induction” (ob. cit., p. 54). Mostramos o citado escritor que a responsabilidade delitual tanto pode resultar de culpa, como pode configurar-se independente de culpa (ob. cit., p. 52). Vide Oscar Rabasa, *El derecho anglo-americano* – México – 1944, p. 103 *et seq.*; Arthur Kukn, *Principes de droit anglo-américain*, trad. fr. de Petitpierre, Paris, 1924, p. 287.

Vários são os exemplos de *torts*, independentes de culpa: o *trespass of land*, violação de um fundo de terras de outrem, impondo a reparação, independente de culpa do transgressor; a responsabilidade decorrente do fato dos animais selvagens; a responsabilidade dos patrões por atos de seus prepostos; a responsabilidade decorrente da água, plantas venenosas, pólvora e outras coisas úteis destinadas ao próprio uso, que se escapam ou explodem, ocasionando danos ao terreno do vizinho, ou a seus “ganados” ou edifícios. O dono do terreno, de onde promana a água, ou onde se verificou a explosão, é responsável pelos danos causados, sem necessidade da prova de negligência, salvo se o acidente foi ocasional, “obra de Deus” (“act of God”). A regra foi estabelecida no caso *Fletcher-Rylands*.⁵⁴

Mas, além disso, cumpre salientar uma outra particularidade dos direito inglês e anglo-americano: além do ressarcimento do dano, realmente ocasionado, temos este mesmo ressarcimento independente do dano, mas à vista apenas do direito violado; é a *injuria sine damno*.⁵⁵

Tratando desta singularidade dos direitos inglês e anglo-americano, dizem Pierre Arminjon e outros o seguinte: “En droit anglais et anglo-américain, le tort est tantôt la violation d'un droit qui ne donne naissance à la responsabilité civile que si elle a produit un dommage déterminé, tantôt la violation d'un droit qui entraîne la responsabilité indépendamment de la question de savoir si elle a été suivie d'un dommage. L'existence de torts sine damno est une manifestation de l'énergie de la réaction juridique anglaise en matière de délit civil. Elle constitue une des particularités remarquables du droit anglais et anglo-américain comparé au droit d'autres peuples. Au point de vue anglais une atteinte à la propriété est une atteinte à la personne du propriétaire en vertu de laquelle l'auteur d'un tort qui n'a pas causé des dommages peut, dans certains cas, être condamné à payer une somme au demandeur rappelle les anciens temps où le droit pénal n'était pas encore strictement séparé du droit privé” (ob. cit., vol. III, n. 842, p. 173).

⁵⁴ Pierre Arminjon, ob. cit. vol. III, n. 841; vide F. P. Walton, ob. cit., p. 52.

⁵⁵ Mario Sarfatti, *Le obbligazioni nel diritto inglese in rapporto al diritto italiano*, Pierre Arminjon e outros, ob. cit., vol. III, n. 842; Edward Jenk, *El derecho inglés*, cit., p. 463; Ernst Von Caemmerer, “La responsabilité du fait des choses inanimées et le risque atomique”, in *Rev. Int. de Droit Comparé*, 1957, n. 4, p. 675.

Trata-se, neste caso, de delitos particulares que, por si mesmos, independente da existência de dano, ou de sua prova, autorizam a propositura da ação de responsabilidade civil.

Incluem-se nesses delitos civis particulares, os *trespasses* de várias categorias: *trespass to land*, *trespass to goods* e *trespass to the person* e a *nuisance*, isto é, a intervenção ilegal no uso ou gozo de uma propriedade ou de um direito qualquer em conexão ou sobre a mesma propriedade.⁵⁶

Finalmente, encontramos nos direitos inglês e anglo-americano a *negligence*, isto é, uma violação da obrigação legal de “ter atenção”, de “tomar cuidado” (“to take care”), violação causando um dano,⁵⁷ ou ainda a “ausencia del debido cuidado y pericia que el demandado está obligado a prestar con relación al demandante”.⁵⁸

Esse conceito de *negligence* caracteriza um “fato objetivo”, resultante de uma ação ou omissão e cuja realização justifica, não os *torts* tradicionais qualificados, mas *torts* inominados, consequência da violação do dever de “ter atenção”.

Desde que não haja este dever de “ter atenção” ou de “tomar cuidado”, relativamente à vítima da ação ou omissão, não há responsabilidade, visto como não houve *negligence*. A simples ação culposa contra a vítima do dano pode não caracterizar a responsabilidade, desde que não haja, relativamente à mesma, obrigação legal de “ter atenção”, de “tomar cuidado”.⁵⁹ O caso *Lane-Cox* (1897) esclarece o conceito e a aplicação da *negligence* nos seguintes termos: Um operário influenciado pelo locatário de um apartamento, tendo sido ferido, em virtude do estado defeituoso de uma escada, acionou o proprietário do imóvel. O aresto da corte de apelação, proferido nesta causa, pode ser assim resumido: Alega-se, todavia, que uma *negligence* imputável ao réu foi a causa do acidente, pois a escada se achava num estado defeituoso.

Tem sido muitas vezes alegado que uma pessoa não pode ser responsável de negligência a menos que exista uma obrigação em

⁵⁶ Pierre Arminjon e outros, ob. cit., vol. III, n. 852 e 853; Mario Sarfatti, ob. cit., n. 100, p. 293; Edward Jenks, *El derecho inglés* cit., p. 463 *et seq.*

⁵⁷ Pierre Arminjon e outros, ob. cit., vol. III, n. 856, p. 194.

⁵⁸ E. Jenks, *El derecho inglés* cit., p. 466; *Digesto do dir. civ. ing.*, cit., art. 728; Pierre Arminjon e outros, ob. cit., vol. III, n. 856, p. 195.

⁵⁹ Pierre Arminjon e outros, ob. cit., vol. III, p. 194-195.

relação ao autor e que esta mesma obrigação tenha sido negligenciada. Muitas circunstâncias dão nascimento a este dever. Na espécie, a pretensa negligência é de conservar a casa em estado perigoso. Se não existe este dever, em semelhante caso, quanto ao locatários, não pode existir relativamente a um estranho. Por consequência, se não existe um dever do réu para com o autor, não pode haver *negligence* abstrata.

Como se vê do caso citado e outros, que poderiam ser apontados, a *negligence* não se confunde com a culpa, elemento do ato ilícito, na concepção do nosso direito.

Poderíamos, no caso apontado, chegar à conclusão, em face do conceito genérico e clássico de culpa, que é responsável o proprietário que deixa, em um prédio locado, as escadas sem a devida conservação, expondo os moradores ou terceiros às consequências de um desastre. No sistema do direito inglês, entretanto, a *negligence* só se caracterizaria se houvesse uma obrigação legal de “tomar cuidado”, de “ter atenção”, por parte do proprietário relativamente aos seus inquilinos e terceiros, tendo sido a mesma obrigação violada.⁶⁰

7. O Código Civil soviético

A legislação soviética é apontada como tendo um sistema diametralmente oposto ao direito das nações ocidentais, admitindo a responsabilidade independente da culpa. Assim afirmando, Leon e Henri Mazeaud tiveram oportunidade de proferir este conceito ferino: “... mais n'est-ce pas un motif de plus pour rejeter cette thèse? Ne trouve-t'on pas, dans la consécration par U.R.S.S., la meilleure preuve des tendances politiques funestes qui la gouvernent?”⁶¹

A afirmação dos ilustres juristas não pode ser aceita sem restrições, porquanto, se, na verdade, o art. 403 do CC soviético⁶² fixa na

⁶⁰ Vide Jenk, *El derecho inglés*, cit., p. 466 et seq.; Arminjon, Nolde e Wolff, ob. cit., vol. III, n. 856.

⁶¹ Ob. cit., vol. I, n. 361.

⁶² O art. 403 do CC soviético dispõe o seguinte: “Quem causa um dano à pessoa ou aos bens de outrem é obrigado a ressarcir o dano produzido. É liberado de tal obrigação, se provar que não podia evitar o dano ou que tinha o poder legal de causá-lo ou que o dano resultou de ato intencional ou de grave negligência da própria parte que o sofreu”.

primeira parte o princípio da responsabilidade, independente de culpa, logo na segunda parte do mesmo artigo restringe o mesmo princípio, como veremos.

No *Traité de droit civil et commercial des soviets* (Paris-1930, vol. II, n. 317), de Basile Eliachevich, Barão Boris Nolde e Paul Tager, a matéria das obrigações, decorrentes dos atos ilícitos, é tratada em último lugar.

Começam os ilustres juristas referindo-se às divergências de opiniões relativas ao princípio da responsabilidade extracontratual, que teria sido adotado pelo legislador soviético, citando a opinião de Goichbarg, um dos autores do Código Civil soviético, nos seguintes termos: “Nosso Código Civil não subordina à culpa, a responsabilidade daquele que causou um dano. O princípio da culpa é eliminado do nosso Código Penal; tanto menos poderia ser adotado pelo Código Civil como causa da responsabilidade”.

Entretanto, diz Paul Tager, a teoria do Código Civil não é apenas uma teoria consequente do risco; a noção de culpa aparece, constantemente, ora nos textos legislativos, ora nas decisões judiciais.⁶³

Mais adiante, referindo-se às causas exoneradoras da responsabilidade, contidas na 2.ª alínea do art. 403, diz Paul Tager que, admitindo-se a possibilidade de não responder o autor pelo dano causado, quando prove que não estava em condições de poder preveni-lo, a teoria do risco adotada abrandou-se diante do princípio da culpa. E acrescenta: “Nous ferons la démonstration de cette idée par un exemple connu. Une personne, prise d'un vertige, tombe et brise une glace. Peu importe pour la théorie du risque qu'elle n'ait pu ni prévoir ni prévenir ce vertige; le risque est inhérent à l'acte même. Il n'en est pas de même pour la théorie de la faute: aucun reproche ne pouvant être fait à l'auteur du dommage, ce dernier ne saurait être qu'exonéré de toute responsabilité.

⁶³ Ob. cit., vol. II, n. 317. Textualmente diz Tager: “Suivant en ceci un courant moderne, et particulièrement les développements des jurisconsultes allemands, le Code Civil soviétique substitue à la notion de la faute, la notion du risque: en principe, chacun doit supporter les conséquences de ses actes, fautes ou non. Cependant, la théorie du Code n'est mallement une théorie conséquente du risque; la notion de la faute apparait fréquemment, tantôt dans les textes législatifs (voir à titre d'exemple, supra, §§ 267, 268; ci-après, §§ 319, 322), tantôt dans les décisions jurisprudentielles”.

C'est pourtant cette dernière solution qui est adoptée par l'article 403" (ob. cit., p. 439, n. 319).

No mesmo sentido, Vittorio Martucelli declara que a responsabilidade objetiva constitui a regra geral, mas é substituída, de quando em quando, pela teoria da culpa, referindo-se à exoneração da responsabilidade em virtude de não ter o autor do ato lesivo podido evitar o dano, o que evoca a noção de culpa.⁶⁴

No seu *Traité de droit comparé*, já citado, Pierre Arminjon, Barão Boris Nolde e Martin Wolff, referindo-se ao art. 403, indagam se, em face de seu texto, a culpa é um elemento essencial da responsabilidade civil, no direito soviético.

Os ilustres professores e juristas declaram que uma parte da jurisprudência e da doutrina responde negativamente, ao passo que outros sustentam que não basta o dano causado, mas que este tenha sido causado por um ato voluntário ou por negligência da pessoa, o que a lei presume.⁶⁵

Mas os ilustres escritores julgam que o legislador soviético, redigindo o texto do art. 403, quis seguir a teoria da culpa objetiva, com as atenuações que lhe atribui a doutrina jurídica dos países onde é ela admitida, e concluem: "En effet, la règle est basée sur la présomption de la responsabilité de l'auteur du dommage, présomption qu'il peut détruire s'il prouve soit qu'il ne pouvait prévenir le dommage, soit que la loi lui donnait le droit de l'infliger, soit que la faute incombait à la victime".⁶⁶

⁶⁴ *Il Codice Civile della Russia sovietica* (Milão - 1946) em colaboração com Andrea de Capua e Mario Battaglini, p. 126-127. Eis suas palavras: "Come pero la teoria delle altre legislazioni, così anche la teoria del rischio, nel C. S. e nella giurisprudenza, è sostituita di tanto in tanto dalla teoria della colpa".

⁶⁵ Eis suas palavras: "Le texte extrêmement sommaire de l'art. 403 laisse sans solution diverses questions dont la première est celle de savoir si en droit soviétique, la faute est un élément essentiel de la responsabilité civile. Une partie de la jurisprudence (par exemple: un arrêt de la Cour Suprême, protocole n. 7 du 18 mai 1925) et de la doctrine y répondent négativement; d'autres arrêts et d'autres auteurs estiment, au contraire, qu'il ne suffit pas que le dommage ait pour cause un acte volontaire, ou une négligence de cette personne, ce que la loi présume" (ob. cit., vol. III, p. 360-361).

⁶⁶ Ob. cit., vol. III, p. 361.

No entanto, a regra do art. 403 sofre duas exceções: a primeira está contida no art. 413 do CC⁶⁷ e a segunda no art. 404 do mesmo Código.⁶⁸ A primeira exceção refere-se ao direito da vítima do dano, no caso em que o mesmo é coberto pelo seguro social, mas o montante concedido é inferior ao prejuízo real, de agir contra a pessoa ou empresa que pagou os prêmios do seguro, para obter uma indenização suplementar, desde que o dano seja resultado de um ato ou uma negligência delituosos.

A segunda se refere às empresas ou pessoas que exploram atividades perigosas, cuja responsabilidade decorre exclusivamente do dano, salvo apenas a força maior ou a premeditação ou negligência grosseira da vítima. Não prevalece, pois, a prova de que não era possível prevenir o dano.⁶⁹

O professor John N. Hazard, da Columbia University, nos Estados Unidos, parece sustentar que o princípio da responsabilidade baseada na culpa constitui o fundamento da responsabilidade civil no direito soviético, exceção apenas do caso em que o indivíduo constitua um perigo especial para outrem, decorrente de sua atividade. Para as atividades que não constituem um perigo particular para outrem, o Código adota como princípio geral a regra clássica de que, sem culpa ou negligência, não há responsabilidade. Tal afirmação é baseada no dispositivo do art. 403 do CC.⁷⁰

⁶⁷ Art. 413 do Código Civil soviético: "A pessoa em empresa que paga os prêmios de seguro pelo lesado segundo a norma do seguro social não é obrigada a ressarcir o dano pela verificação do caso do seguro. Se, porém, o dano é ocasionado por uma ação ou omissão criminosa do empresário, o órgão da associação social, depois da indenização do prejudicado, tem o direito de agir contra o empresário nos limites da contribuição paga à vítima (regresso). No caso supra-indicado, a vítima, enquanto não receber o pleno ressarcimento do dano, segundo a norma do seguro social, tem direito a uma ação suplementar contra o empresário".

⁶⁸ Art. 404: "As pessoas ou as empresas cuja atividade causa um gravame de perigo ao *entourage*, como as estradas de ferro, os transportes, as fábricas e usinas, os comerciantes de matérias inflamáveis, os detentores de animais selvagens, as pessoas que edificam construções de prédios ou outras instalações, são responsáveis pelos danos causados por este gravame, a menos que provem que o dano resulta de força maior ou da premeditação ou da negligência grosseira da própria vítima".

⁶⁹ Pierre Arminjon e outros, ob. cit., vol. III, p. 361.

⁷⁰ John N. Hazard, "Le droit et l'évolution de la société dans l'U.R.S.S.", in *Le*

Como se vê do exposto, não há perfeita harmonia dos escritores na fixação do princípio dominante, no direito soviético, sobre o fundamento da responsabilidade extracontratual.

Entretanto, na prática judiciária, em face do disposto no art. 406 do CC,⁷¹ que confere ao tribunal o arbítrio de mandar ressarcir o dano, ainda que não haja responsabilidade de seu respectivo autor, tomando em consideração apenas a situação patrimonial do mesmo autor do ato e da sua vítima, o princípio da culpa deixa de ter significação. A obrigação de indenizar é imposta, portanto, ainda que não haja responsabilidade civil do autor do dano, derogando-se, desta forma, pelo poder arbitral, conferido ao tribunal, os princípios gerais fundamentais.

Os dispositivos dos arts. 406 e 411 do CC⁷² parece que serviram de armas nas mãos dos governantes para atingir as classes

droit soviétique, vol. II, p. 270, em colaboração com o Prof. René David, que é o autor do 1.º volume.

Eis as palavras do Prof. Hazard: "Pour les activités qui *ne constituent pas un danger particulier pour autrui*; le code paraissait, en revanche, adopter comme principe général la *régle classique* qu'il n'y a pas de responsabilité *sans faute ou négligence*, car il édictait: 'Celui qui a causé un dommage à la personne ou aux biens d'un autre est tenu de réparer le préjudice *résultant de son fait*. L'auteur du dommage n'est pas tenu de le réparer s'il prouve qu'il n'a pas *pu empêcher le dommage* ou que le préjudice subi est dû à l'acte volontaire, ou la négligence de la victime elle-même'".

No mesmo sentido se pronuncia Michel Fridieff ("La responsabilité civile en droit soviétique", in *Revue Int. de Droit Comparé* - 1958, n. 3, p. 574 *et seq.*), declarando: "Le droit civil soviétique est basé sur le principe de la faute, qu'il s'agisse de la responsabilité contractuelle ou de la responsabilité délictuelle".

Refere-se, entretanto, ao disposto no art. 406 do CC, segundo o qual a responsabilidade surge desde que haja o laço de causalidade. E conclui: "Par conséquence cet article bouleverse tout le système établi par le législateur en matière de responsabilité délictuelle; le tribunal peut imposer des dommages - intérêts pour n'importe quel préjudice provenant d'un *cas fortuit ou même de la force majeure* s'il estime que la situation matérielle de la victime l'exige" (rev. cit., p. 589).

⁽⁷¹⁾ Art. 406: "Nos casos em que, segundo os arts. 403-405 (regras gerais sobre a responsabilidade civil), o causador do dano não é obrigado a repará-lo, o Tribunal pode obrigar à reparação, tomando em consideração a sua situação de fortuna e a da vítima".

⁽⁷²⁾ Art. 411: "Para fixar o montante da reparação, o tribunal deve tomar em consideração, em todos os casos, a situação de fortuna da vítima e do autor do dano".

ricas, em proveito dos trabalhadores, alcançando os primeiros fins da revolução.

Concentradas no Estado as principais fontes do dano, fontes de energia e transportes, um novo modo de encarar a responsabilidade civil surge, não se admitindo a aplicação do disposto no art. 406 citado.⁷³ Daí a afirmação de que a regra do art. 406 não passa de u'a máxima de política social.⁷⁴

8. A extensão do conceito da culpa e as presunções de culpa. As teorias modernas. Responsabilidade objetiva

O projeto franco-italiano do Código de Obrigações, no art. 74, fixa o princípio universalmente aceito da responsabilidade aquiliana, embora o amplie com a aplicação do abuso do direito.⁷⁵ O Código Civil chinês, promulgado em 23.05.1929 e entrado em vigor em outubro do mesmo ano, em seu art. 183 (traduzido do chinês para o francês por Hotchong-Chan), também consagrou o mesmo princípio da responsabilidade, embora com exceções, que serão oportunamente apontadas. Em síntese, a teoria da culpa vem consagrada, como princípio fundamental, em todas as legislações vigentes.⁷⁶

Estava, todavia, reservada à teoria clássica da culpa o mais intenso dos ataques doutrinários que talvez se tenha registrado na evolução de

⁽⁷³⁾ Pierre Arminjon e outros, ob. cit. vol. III, p. 360, n. 953; John Hazard, ob. cit., vol. II, p. 127.

⁽⁷⁴⁾ Paul Tager, ob. cit., vol. II, p. 442, declara que, de acordo com os arts. 403-405, o autor do dano não é obrigado a ressarcir-lo; o tribunal pode, todavia, obrigá-lo ao ressarcimento, tomando em consideração as situações patrimoniais do autor do dano e da vítima.

⁽⁷⁵⁾ René Savatier, "La responsabilité de delitto nel diritto francese e nel projeto italo-francese di un codice di obbligazioni", em *Annuario di Diritto Comparato* (Galgani, vols. IV e V, 1.ª parte, p. 271).

⁽⁷⁶⁾ Nos trabalhos oferecidos no referido Congresso da Associação Henri Capitant, realizado em Quebec e Montreal, em 1939, a matéria foi amplamente estudada relativamente à França, Bélgica, Suécia, Noruega, Dinamarca, Hungria, Iugoslávia, Grécia, Polônia, Romênia, Egito, Japão, Canadá, Chile, Marrocos, Haiti, Líbano, Síria e Suíça. No relatório geral, o Prof. André Rouast, da Faculdade de Direito de Paris, ressalta o fato de que, apesar das exceções acolhidas, em nenhuma parte o princípio clássico da culpa foi afastado, mas, ao contrário, ele resiste aos fatos e às idéias novas (ob. cit., p. 297); vide Adriano de Cupis, *Il danno*, p. 65 *et seq.*, n. 3.

um instituto jurídico. As necessidades prementes da vida, o surgir dos casos concretos, cuja solução não era prevista na lei, ou não era satisfatoriamente amparada, levaram a jurisprudência a ampliar o conceito da culpa e acolher, embora excepcionalmente, as conclusões das novas tendências doutrinárias.⁷⁷

Vários foram os processos técnicos postos em jogo para atender à praticabilidade da responsabilidade: admissão fácil da existência da culpa pela aplicação da teoria do abuso do direito e da culpa negativa; o reconhecimento de presunções de culpa; a aceitação da teoria do risco; a transformação da responsabilidade aquiliana em contratual,⁷⁸ sobre os quais teremos de estender-nos oportunamente.

O movimento iniciado na França por Saleilles⁷⁹ e Josserand,⁸⁰ julgando estreito o âmbito da culpa para resolver o problema da responsabilidade, pregara a reparação do dano decorrente, exclusivamente, do fato ou do risco criado, com o afastamento do *peché juridique*. Desencadeou-se um movimento intenso, doutrinário⁸¹ que veio influenciar, sem dúvida, a jurisprudência⁸² e encontrou, a princípio, numa legislação especial e de exceção, ampla aplicação,⁸³ assim como forçou os defensores da teoria clássica a ampliar o conceito da culpa.⁸⁴

Eis, em traços gerais, como se operou a evolução do instituto da responsabilidade civil extracontratual: iniciada pela vingança, ascende à composição pecuniária, sem cuidar da culpabilidade, que aparece

(77) Josserand, "L'évolution de la responsabilité", em *Évolutions et Actualités*, p. 29 et seq.; H. De Page, ob. cit., vol. II, n. 932 e 936; René Savatier, *Du droit civil au droit public*, Paris - 1945, p. 81 et seq.

(78) H. De Page, ob. cit., vol. II, n. 932 e 936; Josserand, *Cours de droit civ. fr.*, vol. II, p. 238, n. 488.

(79) A obra de Saleilles, *Les accidents du travail et la responsabilité civile*, em 1897, foi o início do embate doutrinário na França.

(80) A obra de Josserand, *La responsabilité de fait des choses inanimées*, veio logo depois da obra de Saleilles.

(81) A publicação, na França, de um número incalculável de monografias sobre a matéria, é atestada por L. e H. Mazeaud e pelos escritores modernos da matéria.

(82) Ripert, *Le régime démocratique et le droit moderne*, n. 169 et seq.; Paul Durand, *Le droit des obligations dans les jurisprudences française et belge*, p. 41 e 110.

(83) Vide infra n. 51 et seq.

(84) H. De Page, ob. cit., vol. II, n. 932, letra C.

como a expressão máxima da influência da regra moral no direito,⁸⁵ na época clássica do direito romano, para se corporificar em lei no direito justinianeu. E a despeito dos ensinamentos do direito estatutário e da escola jusnaturalista, descambando para a responsabilidade sem culpa,⁸⁶ o Código Civil francês seguiu a tradição de seu antigo direito: proclamava a responsabilidade sob o fundamento da culpa e talhava, assim, no art. 1.382 de seu grande Código Civil, a pedra angular de toda a legislação sobre a responsabilidade decorrente do ato lesivo.

O movimento inovador se levanta contra a obra secular; a luta se desencadeia tenazmente e sem tréguas; Ripert proclama Saleilles e Josserand os "súndicos da massa falida da culpa", e, a despeito das afirmações de que a teoria do risco desfaleceu no ardor de seu ataque, seus defensores persistem na tarefa,⁸⁷ e as necessidades econômicas e sociais da vida moderna intensa obrigam o legislador a abrir brechas na concepção da teoria clássica da responsabilidade.⁸⁸

Ambas, porém, continuarão a subsistir, como forças paralelas, convergindo para um mesmo fim, sem que jamais, talvez, se possam exterminar ou se confundir, fundamentando, neste ou naquele caso, a imperiosa necessidade de ressarcir o dano, na proteção dos direitos lesados.

E não afirmamos, com estas palavras, que a teoria da culpa esteja condenada ao aniquilamento; mas a verdade dos fatos parece demonstrar a sua insuficiência e justificar o conceito de Josserand: "La responsabilité moderne comporte deux pôles, de pôle objectif, où règne le risque créé, le pôle subjetif où triomphe la faute, et c'est autour de ces deux que tourne la vaste théorie de la responsabilité".⁸⁹

(85) Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, n. 112; Ihering, ob. e loc. cit.

(86) Vide Mario Cozzi, ob. cit., n. 81 et seq. e 93 et seq.

(87) Vide Paul Duez, *La responsabilité de la puissance publique*, p. 76 et seq.; Mario Cozzi, ob. cit., n. 112 et seq.; René Savatier, *Du droit civil ou droit public*, p. 81 et seq.; Adriano de Cupis, *Il danno*, p. 67 et seq.; Edoardo Bonasi Benucci, *La responsabilità civile*, p. 19 et seq., n. 6.

(88) No desenvolver do presente trabalho verificaremos a verdade dessa asserção, aliás, reconhecida por Ripert, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, n. 169 et seq.; Julien Bonnecase, *Précis du droit civil*, vol. II, n. 423; "Où en est le droit civil?" em *La cité moderne et les transformations du droit*, n. 4, p. 81.

(89) "L'évolution de la responsabilité", em *Évolutions et actualités*, p. 49.

O que pretendemos demonstrar, no presente trabalho, é a verdade do conceito de Jossierand. A teoria do risco tem conquistado terreno sobre a responsabilidade fundada na culpa, quer na elaboração dos próprios preceitos do direito comum, como em sua interpretação pelos tribunais, quer na legislação especial, resolvendo hipóteses que não o poderiam ser, com justiça e equidade, no âmbito estreito da culpa.

Essa afirmação de Jossierand, a despeito de asserções em contrário,⁹⁰ está presente confirmada na introdução de vários dispositivos legais, consagrando a responsabilidade objetiva, como veremos, no novo Código Civil italiano, no do México, no projeto do Código Civil da Hungria, nos Códigos das Obrigações da Polônia e do Líbano, ao lado de um grande número de leis especiais reguladoras da responsabilidade.⁹¹

⁽⁹⁰⁾ Vide B. Starck, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, Paris - 1947, p. 27; André Rouast, Rapport général ao 1.º Capítulo - "De la nécessité d'une faute dans la responsabilité", publicado nos anais do *Premier Congrès International de l'Association Henri Capitant, pour la culture juridique française* - 1939, p. 197 et seq.

Vide J. Guyénot, ob. cit., p. 44 et seq., n. 45 et seq., p. 158 et seq.

Paolo Forchielli, *Rev. Tr. Dir. Proc. e Civ.*, ano XXI, dez./1967, p. 1383; Rodotá, 6/64.

⁽⁹¹⁾ Vide os citados memoriais apresentados no Primeiro Congresso Internacional da "Associação Henri Capitant para a cultura jurídica francesa", já citado e dos quais destacamos os seguintes: do Prof. M.G. Marton, da Hungria, e do Prof. Choucri Cardahi, do Líbano, na p. 165 et seq.; de Bernt Hvinden, da Noruega, a p. 233 et seq.; dos Professores Roman Longchamps de Berier e Waclaw Osuchowski, da Polônia, na p. 247 et seq. Vide Adam Szpunar, "La responsabilité sans faute dans le droit civil polonais", in *Revue Int. de Droit Comparé*, janeiro/março - 1959. Neste artigo aquele professor da Universidade de Lodz salienta que o Código das Obrigações da Polônia aplicou com grande extensão a teoria da responsabilidade sem culpa. Vide Rodotá, ob. cit., p. 164 et seq. (n. 3); Giusiana, p. 174, n. 63.

I

DA RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL SOB O FUNDAMENTO DA CULPA

SUMÁRIO: 9. A culpa como fundamento da responsabilidade extracontratual - 10. Conceito de culpa - 11. O conceito de culpa na teoria de Leclercq - 12. O conceito de culpa e o ato ilícito - 13. A culpa como elemento específico do ato ilícito - 14. A culpa *in abstracto* e *in concreto* - 15. Teoria da culpa objetiva dos irmãos Mazeaud - 16. Definição da culpa - 17. Processos técnicos de extensão do conceito de culpa - 18. As presunções de culpa - 19. A teoria da culpa na guarda das coisas - 20. Teoria da culpa anterior - 21. Teoria da culpa desconhecida - 22. Teoria da culpa na responsabilidade entre vizinhos - 23. A teoria da culpa coletiva - 23A. A culpa contratual e extracontratual - 23B. A culpa das pessoas jurídicas - 24. Síntese do capítulo.

9. A culpa como fundamento da responsabilidade extracontratual

A teoria clássica da responsabilidade extracontratual, sob o fundamento da culpa, provinda do direito romano clássico, como vimos, consagrada por Domat e Pothier,¹ inspiradores do legislador francês de 1804, encontrou no art. 1.382 do CC francês "a grande lei da sociabilidade humana", como disse Demolombe, a sua forma generalizadora, servindo de padrão às legislações modernas. A despeito das investidas, sem tréguas, dos defensores das teorias da responsabilidade sem culpa; a despeito das leis especiais que vieram derrogar o velho princípio da responsabilidade extracontratual, provada a culpa do agente e a violação do direito de outrem, as legislações modernas, como

⁽¹⁾ *Traité des obligations*, n. 16 et seq.