





ALVINO LIMA

(Livre docente de direito civil da Faculdade de  
Direito da Universidade de São Paulo)

Da culpa  
ao risco



1938

Imprensa Gráfica da "Revista dos Tribunais"  
Rua Xavier de Toledo, 72 - São Paulo

## CORRIGENDAS.

Às páginas :

- 5, 3.<sup>a</sup> linha, leia-se: — Desencadeou-se um movimento *intenso*, doutrinario...
- 24, 1.<sup>a</sup> linha, n. 6, leia-se: — Estudando no Cap. I a culpa, *preocupar-nos-emos*, sobremaneira...
- 25, 7.<sup>a</sup> linha, leia-se: — ... no direito comum e na legislação especial, *reservaremos* o direito...
- 28, 2.<sup>a</sup> linha, leia-se: — Seria enfadonho, inútil, sem significação doutrinária, *si* transcrevêssemos aqui...
- 36, 12.<sup>a</sup> linha, leia-se: — ... que teria o «bonus pater familias», *si* tivesse agido...
- 46, 14.<sup>a</sup> linha, leia-se: — ... a-fim-de que *lhe* possamos pedir contas...
- 55, 14.<sup>a</sup> linha, leia-se: — J. SCHMIDT *declara* que o responsável «n'avait qu'à mieux choisir...»
- 69, 1.<sup>a</sup> linha, leia-se: — ... que se vem operando, *destacando-se* do conceito...
- 77, nota 185, leia-se: — *Mais il se livre forcément à un sorte de expropriation de ses voisins, en leur procurant un air vicié, en leur enlevant leur tranquillité.*
- 83, 1.<sup>a</sup> linha, n. 23, leia-se: — *E'* chegado o momento...
- 95, 21.<sup>a</sup> linha, leia-se: — ... fixado o conceito da teoria do risco *como* fruto inevitável...
- 97, 24.<sup>a</sup> linha, leia-se: — ... de Coim  
*referido* *arresto consagrou integralmente* a teoria do risco.
- 103, 7.<sup>a</sup> linha, leia-se: — ... correm sob a responsabilidade da empresa e só será desfeita...
- 104, nota 243, leia-se: — ... da corrente elétrica, a responsabilidade *decorrente* do risco criado...

- 107, nota 252, leia-se: — VENZI (obr. cit.,  
cluiu a teoria de CHIRONI...
- 108, 2.<sup>a</sup> linha, leia-se: — ... a força maior só prevalecerá *si* excluir  
o vício da construção.
- 109, 14.<sup>a</sup> linha, leia-se: — *Si* as legislações
- 116, 12.<sup>a</sup> linha, leia-se: — ... presunção «*juris et de jure*» e à teoria  
da culpa.
- 119, 8.<sup>a</sup> linha, leia-se: — Mas não se aplica o dispositivo do art.  
833 *si* o animal age...
- 123, 4.<sup>a</sup> linha, leia-se: — ... salvo *si* o estado de alienação é *pas-*  
*sageiro*...
- 123, 13.<sup>a</sup> linha, leia-se: — ... danos das pessoas incapazes de di-  
cernimento, *a* critério do julgador.
- 129, 1.<sup>a</sup> linha, leia-se: — ... porque *lhe* falta a culpabilidade moral,  
*impõe-se-lhe*, no entanto, a obrigação...
- 134, 14.<sup>a</sup> linha, leia-se: — Não se observa a conduta normal ou  
anormal do agente; não se *pesquisa si* *ele* agiu com a *diligên-*  
*cia necessária ou si tomou* as precauções...
- 139, 1.<sup>a</sup> linha, leia-se: — ... ou econômico, de *contornos* mal definidos.
- 143, 24.<sup>a</sup> linha, leia-se: — ... foi em nome do princípio da igualdade  
que RIPERT proclamou privilégio da teoria da culpa...
- 147, 23.<sup>a</sup> linha, leia-se: — ... porquanto, *si* o proveito...
- 152, 8.<sup>a</sup> linha, leia-se: — A criação destas leis não *é* a demonstração  
real...
- 156, 19.<sup>a</sup> linha, leia-se: — Mas antes de *referirmo-nos* às conside-  
rações...
- 174, 10.<sup>a</sup> e 11.<sup>a</sup> linhas (dos §§) leia-se: — Da responsabilidade *nos*  
acidentes de aeronaves. — Da responsabilidade *nos* acidentes nas  
minas.
- 180, 15.<sup>a</sup> linha, leia-se: — A afirmação dos preclaros mestres CLÓVIS  
BEVILÁQUA e SPENCER VAMPRÉ *nos levaria* a consequências...
- 180, 18.<sup>a</sup> linha, leia-se: — ... a reparação integral dos danos, nas mes-  
mas condições em que se *impõe* aos sãos de espírito.
- 189, nota 406, leia-se: — ... responsabilidade por  
sunção *juris tantum*.
- 199, 30.<sup>a</sup> linha, leia-se: — ... a criação dos riscos, como atos vo-  
luntários, *seria ato culposos*.
- 213, 1.<sup>a</sup> linha, leia-se: — ... *pelos direitos* francês e alemão, quando  
tratam...
- 203, 1.<sup>a</sup> linha, leia-se: — ... caracterizam, que a *definam*, surge a  
responsabilidade.
- 214, 15.<sup>a</sup> linha, leia-se: — ... pelo emprêgo da *expressão* — «correm  
por conta»,...



# Da culpa ao risco

*Este livro  
integra a Biblioteca do  
Ministro Raimundo Guimarães  
e foi doado  
ao Supremo Tribunal Federal  
em 1980.*

ALVINO LIMA

(Livre docente de direito civil da Faculdade de  
Direito da Universidade de São Paulo)

# Da culpa ao risco



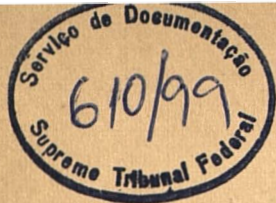
1938

Emprêsa Gráfica da "Revista dos Tribunais"  
Rua Xavier de Toledo, 72 - São Paulo



CMS





DO MESMO AUTOR:

«O direito de retenção e o punidor de má fé —  
S. Paulo — 1936

«Estudos de direito civil» — S. Paulo — 1938.



À memória de meu

*Pai e*

*à minha Mãe.*



## INTRODUÇÃO

1. — Importância do problema da responsabilidade civil e suas dificuldades. 2. — Evolução do conceito e do fundamento da responsabilidade civil extra-contratual. 3. — Direito romano: — Conceito primitivo da responsabilidade. A vingança. As composições voluntárias. As composições legais. Ausência de princípio genérico. A lei das XII Tábuas — sua feição jurídica. *Actio de rebus*. 4. — Lei Aquilia. Início de generalização. As partes da lei Aquilia. *O damnum iniuria datum*. Modificações do direito anterior. Extensões da lei Aquilia: 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. A extensão do conceito da culpa e as presunções de culpa. As teorias modernas: responsabilidade objetiva. 6. — **Divisão da matéria.**

1 — 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 do seu caráter científico e lógico (1), não resiste hoje a mais simples análise.

---

(1) Vide SALEILLES, «Etude sur la theorie générale de l'obligation», 3.<sup>a</sup> ed., n. I.



Si 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, et 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 a sua asserção é hoje incontestável. Bastaria focalizar, apenas, a incontestável influência dos dados econômicos nas obrigações civis (3), para desde logo se verificar que a evolução da teoria das obrigações tem sido profunda, estando atualmente, segundo a afirmação de PIERRE DE HARVEN (4), num verdadeiro período de crise, em estado de ebulição. A crença antiga se deliu ante a verdade dos fatos e a *communis opinio* dominante consagra, hoje, doutrina diametralmente oposta (5). A publicação de Códigos das obrigações,

---

(2) Obr. cit., pag. 126, Nota 1.

(3) Vide VIRGILE VENIAMIN, «Essais sur les données économiques dans l'obligation civile». Introduction, n. Vê a pag. 332, n. XVIII — Vide SYLVIO TRETIN, «La crise du droit et de l'état», pags. 323 e s. GEORGE RIPERT, «Le regime démocratique et le droit civil moderne», n. s. 8 137 e s.; PIERRE BONNET, «Le droit en retard sur les faits», pags. 23 e s. e 99 e s.

(4) «Mauvements généraux du droit civil belge contemporain», pags. 182 e s.

(5) JOSSEERAND, «La transformation du droit des obligations et des contracts depuis la promulgation du Code Civil français», em «Livre souvenir des journées du droit civil français», pag. 29; DEMOGUE,



na Suíça, na Polônia, na Jugoslávia, no Líbano e a malograda tentativa do projeto franco-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.

2 — Esta evolução mais se tem avultado, não só no terreno das especulações doutrinárias, mas também em face do direito positivo, no capítulo da responsabilidade extra-contratual.

Não há, sem dúvida, assunto mais atual, mais complexo e mais vivo, como observa JOSSERAND (6), do que o estudo da responsabilidade aquiliana, centro do direito civil, ponto nevrálgico de tôdas as instituições.

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, estradas de ferro, os maquinismos em geral, etc., provocando situações jurídicas novas. Vivemos mais in-

---

«Tr. des obligations», vol. I, pag. 1; ESMEIN, «Des obligations», vol. VI, ns. 2 e 3, no «Tr. du droit civ. fr.» de PLANTOL-RIPERT; GASTON MORIN, «La loi et le contrat», pags. 57 e s., 111 e s.; VITTORIO POLACCO, «Le obbligazioni nel diritto civile italiano», 2.<sup>a</sup> ed., n. 3; JULIEN BONNECASE, «Supplement» ao «Traité de droit civil» de BAUDRY, vol. II, ns. 272 e segs.

(6) «La évolutim de la responsabiliti» em «Evolutions et Actualities», pags. 29 e s. Vide BOCHKO PÉRITCH «De la responsabilité délictuelle du fait d'autrui en droit français et yougoslave», n. 68.

tensamente (ROOSEVELT) e mais perigosamente (NIETZSCHE) (7), e, assim, pois, num aumento vertiginoso e invencível de momentos e de motivos para colisões de direitos. A intensidade da vida aproxima os homens, intensifica as relações de vizinhança, fonte perene de responsabilidades extra-contratuais (8). Os perigos advindos de novos inventos, fontes inexauríveis de uma multiplicidade alarmante de acidentes, agravados p

se provar a causa do sinistro e a culpa do autor do ato ilícito, forçaram as portas do templo considerado sagrado e impenetrável da teoria da culpa, no sentido de materializar-se a responsabilidade, numa demonstração eloquente e real de que o direito é, antes de tudo, uma ciência nascida da vida e feita para governar a vida (9).

Ao lado das causas materiais, fatores econômicos, sociais, políticos e influências de ordem moral (10), vieram precipitar a evolução da teoria da responsabilidade civil extra-contratual, ao ponto de se afirmar

---

(7) JOSSE RAND «La transformation du droit des obligations», no «Livree Souvenir», cit., pag. 41.

(8) Vide De PAGE «Tr du droit civil belge», vol. II, pag. 776; EDMOND PICARD, «Les constantes du droit», pag. 59.

(9) MAX RUMPF, «Le droit et l'opinion», tr. fr. de LOUIS HUGUENEY, pag. 131.

(10) Vide VENTAMIN, obr. cit., pag. 399 e segs.; RIPERT, «Le régime démocratique et le droit civil moderne», pag. 327 e segs.; JOSÉ AUGUSTO CARDOSO DE GOUVEIA, «Da responsabilidade contratual» n. 1, pag. 12.



que em nenhuma matéria jurídica o movimento de idéias foi tão acentuado, nestes últimos dez anos (11).

Uma verdadeira revolução, como diz JOSSE<sup>R</sup>AND, 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*" (12).

Firmada, assim, a verdade incontestável dêste movimento intenso, no sentido de se alargar o âmbito da responsabilidade civil extra-contratual, vejamos como se operou a sua evolução (13).

3 — Impossível seria não começar, ao tratar da evolução da responsabilidade civil extra-contratual, pelo direito romano.

A teoria clássica da culpa, que é a armadura da responsabilidade civil extra-contratual das legislações

---

(11) BEAUDANT e CÂPITANT, em JOSEPH RUTSAERT, «Le fondement de la responsabilité civile», pag. 1.

(12) «L'évolution de la responsabilité» em «Evolutions et Actualités — Conférences de droit civil», pag. 29; Vide do mesmo JOSSE<sup>R</sup>AND, «Le contrat et la loi», em «Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Geny», vol. II, pags. 333 e s.

(13) HENRI DE PAGE, notável magistrado e professor da Universidade de Bruxelas, refere-se com amargura, à anarquia ma's completa reinante na matéria e atingindo a um grau que se não encontra em qualquer outra, ao ponto de exclamar ao estudioso, usando do célebre verso de Dante: — «Lasciate ogni speranza, voi ch'entrate». Taxa a lei de obscura ou insuficiente; a doutrina de violentamente dividida, hesitante, dando curso a vistas pessoais; a jurisprudência é dispar na França e na Bélgica sobre a matéria apesar de calcada sobre o mesmo art. 1384 § 10 do Código Civil francês. Acentua, ainda, a ignorância do legislador de 1804, não prevendo a solução de matérias importantíssimas, como do ano moral, a solidariedade no dolo e na culpa, a questão do cúmulo das responsabilidades, etc. («Traité élémentaire du droit civil belge», vol. II, pag. 739).

modernas, recebeu do direito justiniano a célula mater, da qual nasceu o princípio genérico daquela responsabilidade, cristalizado no preceito do art. 1382 do Código civil de Napoleão.

A responsabilidade civil no direito romano tem o 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 mal (14). 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 HUGUENÉY, porque tudo depende do agressor (15).

Da sua aplicação natural e espontânea, fruto de uma reação animal, de um sentimento de vingança ou de uma explosão do próprio sofrimento, a vingança privada, como forma de repressão ao dano, passou para o domínio  
gulada; o poder público passa a intervir no sentido de permiti-la ou de excluí-la, quando injustificável (16).

---

(14) DEMOGUE, «De la responsabilité civile des delits», pag. 5: COLIN E CAPITANT, «Curso el. de derecho civil» esp. de DE BUEN, vol. III, pag. 731.

(15) «La peine privée», pag. 3; EMILIO BETTI, «Diritto Romano», vol. I, § 81; GIRARD, «Manuel du droit romain», pag. 391; PÉRICHT, obr. cit., n. 76.

(16) GIRARD, obr. cit., pag. 391; GASTON MAY, «Manuel de droit romain», pag. 390; FERRINI, «Digesto Italiano», vol. IX, parte 1.<sup>a</sup>, v. Delitti e quasi delitti, n. 28. CUQ, «Manuel de droit romain», pags. 567 e s. DEMOGUE, obr. cit., pag. 7.



É a pena de Talião da qual se encontram traços na lei das XII Tábuas (17).

Desta primitiva forma de responsabilidade civil 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 entrega de objetos (18). A vingança é substituída pela composição a critério da vítima, subsistindo, portanto, como fundamento ou forma de reintegração do dano sofrido.

A êste 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 (19). Embora subsista o sistema do delito privado, nota-se, entretanto, a influência da inteligência social, compreendendo-se que a regulamentação dos conflitos não é sòmente uma questão entre particulares (20).

A lei das XII Tábuas, que determinou o *quantum* para a composição obrigatória, regulava casos concretos sem um princípio geral fixador da responsabili-

---

(17) PIRSON E VILLÉ, «Traité de la responsabilité civile extra-contractuelle», vol. I, pag. 7; BETTI, obr. cit., § 81.

(18) GIRARD, obr. cit., pag. 392; G. MAY, obr. cit., pag. 390; JEAN VAN RYN, «Responsabilité aquilienne et contracts», n. 87.

(19) G. MAY, obr. cit., pag. 390; GIRARD, obr. cit., 392; VAN RYN, obr. cit. n. 87.

(20) PÉRITCH, obr. cit. n. 78.

dade civil. A *actio de rebus*, que alguns afirmam que consagrava um princípio de generalização da responsabilidade civil, é considerada, hoje, como não contendo tal preceito (21).

4 — Tal era o estado de evolução do direito romano sobre a responsabilidade civil delitual quando surge a célebre lei Aquília que emprestou o 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 extra-contratual.

Compunha-se a lei Aquília de três capítulos: O 1.º regulava o caso da morte dos escravos ou dos quadrúpedes da espécie dos que pastam em rebanho; no 2.º, o dano causado por um credor acessório ao principal que faz abatimento da dívida com prejuízo do primeiro; no 3.º, 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 generalização, regulando o *damnum injuria datum*, muito embora estivesse longe de fixar uma regra de

---

(21) FERRINI, no «Digesto italiano», vol. IX, parte 1.ª, loc. cit., n. 53; GIRARD, obr. cit. pag. 410, nota 4.



conjunto, nos moldes dos preceitos do direito moderno (22).

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

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 (injúria) (23). 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 (24).

O edito 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 *dam-*

---

(22) GIRARD, obr. cit., pag. 412; GASTON MAY, obr. cit., pag. 403, n. 180.

(23) GIRARD, obr. cit., pag. 412; G. MAY, obr. cit., 403, n. 181; CUQ, obr. cit., pag. 570; FERRINI, obr. e loc. cit., ns. 84 e 85.

(24) CUQ, obr. cit., pag. 570; G. MAY, obr. cit. n. 181; FERRINI, obr. e loc. cit. ns. 84 e 85.

*num non corpore  
legis Aquiliæ* (25).

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 venal; mais tarde se estendeu o dano ao valor relativo por influência da Jurisprudência, de sorte que a reparação podia ser superior ao dano realmente sofrido, si a coisa diminuísse de valor, no caso prefixado (26).

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 —

*venit.* Assim ensinam GIRARD (27), GASTON MAY

---

(25) CUG, obr. cit., pag. 572.. Refere este notável romanista, que no último século da República se encontra no Edito uma série de cláusulas destinadas a reprimir danos causados pelo dolo, independente da ação de dolo: — 1.º As ações *damni hominibus coactis dati*; 2.º As ações *damni in turba dati*; 3.º As ações *arborum furtim casarum*; 4.º As ações de *servo corrupto*; 5.º As ações de *sepulcro violato*; 6.º Os interditos *quod vi aut clam*.

(26) CUG, obr. cit., pag. 572; G. MAY, obr. cit. n. 181; GIRARD, obr. cit., 411.

(27) Obr. cit., pag. 412, nota 5.



(28), E. CUQ (29), PIRSON ET VILLÉ (30), CONTARDO FERRINI (31), IHERING (32) e outros.

Muitos, porem, sustentam a opinião oposta, declarando que a culpa não era elemento constitutivo do delito na lei Aquília; êste elemento teria sido introduzido, pouco e pouco, por fôrça de interpretação, à vista das necessidades sociais.

Assim pensam EMILIO BETTI (33), MARIO COZZI, que declara serem uma interpolação as expressões — *In lege Aquilia et levissima culpa venit* (34); LEON E HENRI MAZEAUD (35), FREDERICO PEZELLA (36) e outros.

A discussão sôbre o assunto tem apenas interêsse teórico, nenhuma influência podendo exercer sôbre os problemas da responsabilidade extra-contratual.

Seja como fôr, parece-nos que tem razão ARANGIO RUIZ quando diz “*che codeste fondamentali inno-*

---

(28) Obr. cit., n. 181.

(29) Obr. cit., pag. 570 e nota 5.

(30) Obr. cit., vol. I, n. 3.

(31) Obr. e loc. cit. n. 56.

(32) «De la faute en droit privé», em «Études Complementaires de l'esprit du droit romain», tr. de MEULENAERE — Paris — 1880, pag. 25 e 28.

(33) «Diritto Romano», vol. I, § 79, pag. 421.

(34) «La responsabilità civile per danni da cose». n. 87, nota 1. Vide G. VENEZIAN, «Opere giuridiche», I, pag. 771.

(35) «Tr. theorique et pratique de la responsabilité civil del. et contr.», I, n. 27.

(36) «Il fondament della responsabilità colposa nella dottrina tedesca e nella tradizione guiridica romana», na «Revista de dir. civile» 1932, pag. 531 e segs.

*vazioni si possono chiamare giustiniane e soltanto per fare pago il bisogno alquanto puerile di dare ad ogni dottrina un nome; ma che in verità rappresentano il risultato sforzo di pensiero, del quale conosciamo approssimativamente il punto di partenza e bene soltanto il punto de arrivo” (37).*

É incontestável, entretanto, que a evolução do instituto da responsabilidade extra-contratual 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 (37 bis).

Partimos, como diz IHERING (38), do período em que o sentimento da paixão predomina no direito; a reação violenta perde de vista a culpabilidade para alcançar tão somente a satisfação do dano e infligir um castigo ao autor do ato lesivo. Pena e reparação se confundem; responsabilidade penal e civil não se distinguem. A evolução operou-se, consequentemente,

---

(37) «Instituzini de diritto romano», pag. 353, citado por W. MOMIGLIANO, no artigo «Il risarcimento del danno extra-contrattuale cagionato da persona priva de discernimento», na «Rev. de diritto civile» — 1937, pag. 200-205.

(37 bis) JEAN SCHMIDT, «Faute civile et Faute penale», pag. 28.

(38) «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 son effet, non 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» (obr. cit., pag. 10).



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 mixta ou simplesmente reipersecutória (39). A função da pena se transformou, tendo por fim indenizar, como nas ações reipersecutórias, embora o modo de calcular a pena ainda fosse inspirado na sua função primitiva de vingança; o caráter penal da ação da lei Aquília, no direito clássico, não passa de uma sobrevivência (40).

**5 —** 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 ressaltta (41), se-

---

(39) GASTON MAY, obr. cit., pag. 392.

(40) JEAN VAN RYN, obr. cit., ns. 87 e 88.

(41) Vide «Le droit civil français-Livre souvenir des journées du droit civ. 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, no argentino, no mexicano, no italiano, no venezuelano e em outros. Vide P. SHOLTEN, «L'influence de droit civ. fr. 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», II, pags. 177 e 195.

guindo a tradição de seu direito e os ensinamentos de *DOMAT* e *POTHIER*, proclamou, no preceito genérico do art. 1.382, a responsabilidade extra-contratual, tendo como fundamento a culpa efetiva e provada.

São os ensinamentos e conceitos provindos do direito romano que constituem o fundamento da responsabilidade aquiliana no direito moderno (42). O princípio da responsabilidade aquiliana continua, na sua essência, a ser o mesmo em tôdas as codificações dos povos cultos (43).

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 civís alemão e suíço também proclamam, como fundamento da responsabilidade aquilana, a culpa do autor do ato lesivo.

O primeiro, embora admita a responsabilidade sem culpa em determinados casos, proclama, entretanto, no § 823 o princípio da responsabilidade por culpa (44).

O Código Civil suíço fixa também o mesmo princípio no art. 41, de sorte que, para que haja responsabilidade extra-contratual, é imprescindível a presença

---

(42) *JOSSEERAND*, «La transformations du droit des obligations» em «Le droit civil français-Livre souvenir des journées du droit civ. fr.», pag. 40.

(43) *L. e H. MAZEAUD*, obr. cit., I, n. 361.

(44) Vide *L. e H. MAZEAUD*, obr. cit., I, n. 361; *DEMOGUE*, «Tr. des obligations» vol. III, ns. 299 e 300; *L. ENNECCERUS-NIPPERDEV*, «Derecho Civil» — Parte Geral, — vol. II, §§ 195, 196 e 199 e «Derecho de Obligaciones», vol. 2.º § 226, trad. esp. de *GONZALEZ E ALGUER*.



de culpa, que pode ser querida (*dolus*) ou causada por negligência (*culpa*), e cuja gravidade influi no quanto da indenização (art. 43) (45).

No direito inglês, o princípio da responsabilidade extra-contratual também repousa sobre a culpa, muito embora sofra exceções, que constituem a originalidade daquele direito. Um ato ou omissão, em regra geral, dão nascimento à ação de *tort*, desde que haja intenção de cometer o ato ou negligência, isto é, ausência de precauções ou do cuidado que se devem empregar (46). O mesmo se verificou no direito norte-americano (47).

A legislação soviética é apontada como tendo adotado uma solução dominada pela teoria do risco, segundo L. e H. MAZEAUD, oferecendo oportunidade, aos notáveis juristas franceses, para este conceito ferino: — “...mais n'est-ce pas un motif plus pour rejeter cette these? Ne trouve-t-on pas, dans sa consécration pela U. R. S. S. la meilleure preuve des tendances politiques funestes qui la gouvernent?” (48).

---

(45) A. SCHNEIDER e H. FICK, «Com. du Code fed. des obligations», trad. fr. de MAX E. PORRET, vol. I, pag. 100; vide DEMOGUE, «Tr. des Obligations», vol. III, n. 300; A. VON THUR, «Tr. de las obligaciones», trad. esp. de W. ROCES, vol. I, n. 46.

(46) EDUARD JENKS, «Digest de droit civ. anglais», tr. fr. de BAUMANN e GOULÉ, 2.<sup>a</sup> ed., vol. I, pag. 727 e 723; ARTHUR CURTI, «Manuel de droit civil e commercial anglais» vol. I, pag. 125; MARIO SARFATTI, «Le obbligazioni nel diritto inglese in rapport al diritto italiano», pag. 289 e segs.

(47) ADTHUR K. KHUR, «Principes de droit anglo-américain», tr. fr. em colaboração com o autor, de MAX PETIT PIERRE, pags. 276 e segs.

(48) Obr. cit., vol. I, n. 361.

A afirmação dos ilustres juristas não pode ser aceita sem restrições, pois si, na verdade, o art. 403 do Código Civil Soviético eliminou a culpa como elemento da responsabilidade aquiliana, o certo, porém, é que, em vários outros dispositivos do mesmo Código Civil, a culpa aparece como elemento necessário e, assim, se tem orientado a jurisprudência. A teoria do risco não é aplicada em suas últimas consequências no direito soviético. Assim, por exemplo, não são responsáveis as pessoas sem discernimento (art. 405 do C. C.); não há responsabilidade quando o dano resulta da imprudência da vítima, ou quando o seu autor não podia prevê-lo ou preveni-lo, hipótese que compreende a fôrça maior ou o caso fortuito. Ora, adotando tais exceções, evidentemente, não há a consagração absoluta da teoria do risco (49).

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 da teoria do abuso do direito (50). O Código Civil chinês, promulgado em 23 de Maio de 1929 e entrado em vigor em Outubro do mesmo ano, no seu art. 183 (tr. do chinês para o francês por Ho-TCHONG-CHAN) também consagrou o mesmo princípio da res-

---

(49) PAUL TAGER e outros, «*Traité de droit civil et commercial des soviets*», vol. II, ns. 317 a 324.

(50) RÉNÈ SAVATIER, «*La responsabilità de delitto nel diritto fr. e nel projeto italo-fr. di un codice de obbligazioni*» em «*Annuario de Dir. Comparato*», (GALGANI), vol. IV e V, 1.<sup>a</sup> parte, pag. 271.



ponsabilidade, embora com exceções, que serão oportunamente apontadas.

Estava, todavia, reservada à teoria clássica da culpa o mais intenso dos ataques doutrinários que talvez se regista na história da evolução de um instituto jurídico. As necessidades prementes da vida, o surgir de 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, muitas das conclusões das novas tendências doutrinárias (51).

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 (52), sobre os quais teremos de estender-nos oportunamente.

O movimento iniciado na França por SALEILLES (53) e JOSSERAND (54), julgando estreito o âmbito da culpa para resolver o problema da responsabilidade,

---

(51) JOSSERAND «L'évolution de la responsabilité», em «Evolutions et Actualites», pags. 29 e segs. H. DE PAGE, obr. cit. II, ns. 932 e 936

(52) H. DE PAGE, obr. cit., vol. II, ns. 932 e 936 bis; JOSSERAND, «Cours de droit civ. fr.», II, pag. 238, n. 488.

(53) A obra de SALEILLES «Les accidents du travail et la responsabilité civile», em 1897, foi o início do embate doutrinário na França.

(54) A obra de JOSSERAND «La responsabilité de fait de choses inanimées» veio logo depois da obra de SALEILLES.



pregara a reparação do dano decorrente, exclusivamente, do fato ou do risco creado com o afastamento do "*péché juridique*". Desencadeou-se um movimento intenso, doutrinário (55), que veio influenciar, sem dúvida, na Jurisprudência (56) e encontrou numa legislação especial e de exceção ampla aplicação (57), assim como forçou os defensores da teoria clássica a ampliar o conceito da culpa (58).

Eis, em traços gerais, como se operou a evolução do instituto da responsabilidade civil extra-contratual: iniciada pela vingança, ascende à composição pecuniária, sem cuidar da culpabilidade, que aparece como a expressão máxima da influência da regra moral no direito (59), na época clássica do direito romano, para se corporificar em lei no direito justiniano. E a despeito dos ensinamentos do direito estatutário e da escola jusnaturalista, descambando para a responsabilidade sem culpa (60), o Código Civil francês segue a tradição do seu antigo direito: proclama a responsabilidade sob o fundamento da culpa e talha, assim, no art. 1.382 do seu grande Código Civil, a pedra angu-

---

(55) 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.

(56) RIPERT «Le regime democratique et le droit civil moderne», ns. 169 e segs. PAUL DURAND «Le droit des obligations dans les jurisprudences française et belge», pags. 41 e 110.

(58) H. DE PAGE, obr. cit. vol. n. 932 letra C.

(59) RIPERT «La règle morale dans les obligations civiles», n. 112 IHERING, obr. e loc. cit.

(60) Vide MARIO COZZI, obr. cit., ns. 81 e segs. 93 e segs.



lar de tôda a legislação moderna sôbre 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 JOSSE RAND os “sindicos da massa falida da culpa”, e a despeito das afirmações de que a teoria do risco destaleceu no ardor de seu ataque, os seus defensores persistem na tarefa (61) e as necessidades econômicas e sociais da vida moderna intensa' obrigam o legislador a abrir brechas na concepção da teoria clássica da responsabilidade (62).

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, certamente, 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 JOSSE RAND: “*La responsabilité moderne comporte deux pôles, le pôle*

---

(61) Vide PAUL DUEZ, «La responsabilité de la puissance publique», pags. 67 e segs.; MARIO COZZI, obr. cit., ns. 112 e segs.

(62) No desenvolver da presente tese verificaremos a verdade desta asserção, aliás, reconhecida por RIPERT («Le reg. démocratique et le droit civ. e moderne», ns. 169 e segs.; JULIEN BONNECASE, «Précis di droit civil», vol. II, ns. 423; «Où en est le droit civil?» em «La Cité moderne et les transformations du droit», n. 4, pag. 81.

*objective, où règne le risque crée, le pôle subjectif où triomphe la faute; et c'est autour de ces deux pôles que tourne la vaste théorie de la responsabilité*" (63).

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

6 — Estudando, no *Capítulo I*, a culpa, preocupamos, sobremaneira, demonstrar, com a extensão do seu conceito, pela aplicação de vários processos técnicos, o desabrôcho de novas teorias, que se vão afastando da responsabilidade subjetiva, repudiando o conceito clássico da culpa fundado na imputabilidade moral, e aproximando-se, nos seus efeitos práticos, da responsabilidade objetiva.

O estudo da responsabilidade sem culpa. em face do direito comum, será o objetivo do *Capítulo II*, no qual, traçando ligeiramente os fundamentos da teoria, nos estenderemos no estudo da sua aplicação nas várias modalidades da responsabilidade extra-contratual, reguladas pelos Códigos civis.

---

(63) «L'évolution de la responsabilité», em «Evolutions et Actualités», pag. 49.



Seguindo o escopo visado, e depois de demonstrarmos que os princípios da responsabilidade sem culpa encontraram guarida no direito comum, passaremos, no Capítulo subsequente, ao estudo da legislação especial, que se afastou da teoria da culpa.

Concluindo o estudo da teoria da culpa e da responsabilidade sem culpa, no direito comum e na legislação especial, reservamos ao direito civil brasileiro o *Capítulo IV*. Seguiremos a orientação traçada, no sentido de demonstrar que o legislador pátrio, embora muito mais prêso à teoria da culpa, dela se afastou em vários dispositivos, quer no Código Civil, quer na legislação especial.

No Capítulo final enfeixaremos as conclusões a que o nosso trabalho nos leva, acentuando qual a situação real, no direito civil moderno, dos dois grandes princípios fundamentais da responsabilidade extracontratual — a culpa e o risco.

## CAPÍTULO I

### DA RESPONSABILIDADE EXTRA-CONTRATUAL SOB O FUNDAMENTO DA CULPA

7. — A culpa como fundamento da responsabilidade extra-contratual. 8. — Conceito da culpa. 9. — O conceito da culpa e o dano. 10. — O conceito da culpa e o ato ilícito. 11. — A culpa como elemento específico do ato ilícito. 12. — A culpa *in abstracto* e *in concreto*. 13. — Teoria dos irmãos Mazeaud. Da imputabilidade moral. 14. — Definição da culpa. 15. — Processos técnicos de extensão do conceito de culpa. 16. — As presunções de culpa. 17. — A teoria da culpa na guarda. 18. — Teoria do procurador Leclercq. 19. — Teoria da culpa anterior. 20. — Teoria da culpa desconhecida. 21. — Teoria da culpa na responsabilidade entre vizinhos. 22. — A teoria do abuso do direito e a responsabilidade civil. 23. — Síntese.

**7** — A teoria clássica da responsabilidade extra-contratual sob o fundamento da culpa, provinda do direito romano clássico, consagrada por DOMAT e POTHIER (64), inspiradores do legislador francês de 1804, encontrou no art. 1.382 do Código Civil francês, a sua forma generalizadora, servindo de padrão às legisla-

---

(64) «Oeuvres complètes» — «Traité des obligations», ns. 16 e s.



ções modernas. A despeito das investidas sem tréguas dos defensores das teorias da responsabilidade sem culpa; a despeito das leis especiais que vieram derogar o velho princípio da responsabilidade extra-contratual, provada a culpa do agente da violação do direito de outrem, as legislações modernas, como vimos (65), não se afastaram da teoria clássica. A culpa continua a ser, em princípio, um dos fundamentos básicos da responsabilidade aquiliana, embora se lhe tenha ampliado o conceito, usando-se de processos técnicos para o alargamento de seu âmbito de ação, como veremos oportunamente.

Os requisitos essenciais para a teoria da responsabilidade subjetiva, que integram a responsabilidade aquiliana, são: 1.º O ato ou omissão violadora do direito de outrem; 2.º O dano produzido por êste ato ou omissão; 3.º A relação de causalidade entre o ato ou omissão e o dano; 4.º A culpa.

Dêstes elementos, o único que nos preocupa é a culpa, em torno da qual não só se dissentem os partidários da culpa, como fundamento da responsabilidade aquiliana, e os seus antagonistas, como, entre si, os seus próprios defensores, no conceituá-la.

O conceito da culpa não tem sido uniforme e da diversidade de conceituá-la surgem consequências quanto à fixação da responsabilidade. É necessário, pois, que passemos em revista vários conceitos propostos, afim de que possamos encarar o problema, que ora nos preocupa, à vista dêstes mesmos conceitos.

---

(65) N. 5.

8 — Seria enfadonho, inútil, sem significação doutrinária, se transcrevêssemos aqui um sem número de definições da culpa, numa falsa démonstração de erudição, porque tudo se reduziria a uma simples transcrição do que já existe nos livros concernentes à matéria.

Preferimos, pois, fixar quais têm sido os critérios orientadores da noção da culpa e os elementos essenciais integrantes da mesma noção para chegarmos, afinal, ao conceito da opinião dominante na matéria.

De início, como fazem os irmãos MAZEAUD (66), ponhamos em relêvo as definições dos que a confundem com o próprio dano e com o laço de causalidade, o que importa em negar-lhe a necessidade.

Para certos doutrinadores a culpa não exprime senão o próprio fato, o laço de causalidade indispensável entre o fato e o dano. É a doutrina sustentada por SALEILLES (67) e por aqueles que, interpretando os dispositivos dos artigos 1.382 e 1.383 do Código Civil francês, vêem nos mesmos dois sistemas diversos. Para êstes doutrinadores o que o artigo 1.382 obriga a indenizar é o fato humano constitutivo do dano; a culpa resulta do ato voluntário, bastando uma relação de causalidade voluntária. Sendo apenas necessária a

---

(66) Obr. cit., vol. I, n. 384.

(67) «Les accidents du travail et la responsabilité civile», pags. 43, 47, 57. em MAZEAUD, obr. e loc. citis. — Vide CHARLES MASSIGLI «Les travaux de RAYMOND SALEILLES sur la théorie objective de la responsabilité extra-contr.», em «L'oeuvre juridique de Raymond Saleilles», pags. 437 e segs.



relação de causalidade entre o fato humano e o dano, a palavra culpa toma o sentido vulgar de causa. É a mesma teoria sustentada por TEISSEIRE (68), VENEZIAN (69) e outros, que ensinam não exigir a responsabilidade a imputabilidade moral, mas tão somente o nexó causal entre o dano e o fato, visto como cada um deve responder a “di quanto emana della sua individualità (Strohal)” (70).

Mas, na verdade, os que negam a existência da culpa para que surja a responsabilidade, julgando como necessário apenas o laço de causalidade entre o fato e o dano, não nos oferecem um conceito de culpa, no sentido empregado pela teoria subjetiva da responsabilidade; sustentam apenas a teoria da responsabilidade objetiva, que estudaremos no capítulo seguinte.

9 — A noção da culpa, que nos oferece a teoria do procurador PAUL LECLERCQ, dizem os irmãos MAZEAUD (71), importa em confundir a culpa e o dano, pois, segundo afirmam os citados escritores, para o procurador LECLERCQ todo atentado à integridade da pessoa ou do patrimônio de outrem constitui culpa.

Em que pese a autoridade dos notáveis juristas e professores, não nos parece incidir na censura formu-

---

(68) Em DEMONGUE, «Traité des obligations en générale», vol. III, n. 272.

(69) «Opere giuridiche», vol. I, ns. 20, 21, 24, 45, 49.

(70) Vide FREDERICO PEZZILLA, «La responsabilità del proprietario di veicoli negli infortuni della strada e dell'aria», pag. 103.

(71) Obr. cit., vol. I, n. 385.

lada a noção de culpa que nos dá o procurador LECLERCQ, confundindo-a com o prejuízo.

Parece-nos, aliás, nos termos formulados por HENRI DE PAGE, que o procurador LECLERCQ confunde a culpa com o atentado ao direito de outrem. A lei nos proíbe lesar o direito de outrem, sem outra condição; o objeto de nossa obrigação é simplesmente uma abstenção — não ofender direitos de outrem. Desde que agimos contrariando esta obrigação, há contravenção e culpa, que outra cousa não é senão a lesão do direito de outrem (72).

Assim sendo, a noção de culpa que nos dá o procurador LECLERCQ incide no erro cometido pelos escritores que confundem a culpa com o fato lesivo do direito de outrem e sôbre a qual passaremos a falar.

**10** — Inúmeras são as definições de culpa baseadas na reunião de dois elementos que a compõe: Um elemento objetivo — a lesão do direito de outrem, o atentado ilegal ao direito alheio — e um elemento subjetivo, psicológico — o fato de prevêr ou ter podido prevêr o atentado ao direito de outrem. Neste sentido se desenvolvem os ensinamentos de DEMOGUE (73), de PIERRE de HARVEN (74), de RAPHAEL BIELSA (75),

---

(72) Obr. cit., vol. II, n. 935. Vide no mesmo sentir ROGER PIRSON e ALBERT VILLÉ, obr. cit., n. 60 e segs.

(73) «Traité des obligations», vol III, ns. 225, 226 e segs. e 242 e segs.

(74) «Mouvements généraux du droit civil belge contemporain», pag. 264.

(75) «La culpa en los accidentes del trabajo», pag. 25 e segs.



de JACQUES BICHOT (76), de J. CHARLES SCHMIDT (77), de JOSEPH RUTSAERT (78), de DEMOFILO DE BUEN (79), de SAVATIER (80), de EDUARDO ESPÍNOLA (81) e outros, que vêem na culpa um ato violador do direito de outrem praticado com negligência e imprudência.

Tal conceito da culpa ultrapassa os limites do sentido técnico dêste elemento integrante da responsabilidade civil; si em sentido amplo, genérico, podemos dizer que a culpa é a lesão imputável do direito de terceiro ou qualquer fato ou violação de um dever jurídico (82), no sentido restrito, como elemento da responsabilidade civil, a culpa é, apenas, como veremos oportunamente, um êrro de conduta, um desvio da normalidade no agir ou abster-se.

A responsabilidade civil se caracteriza e surge um vez que os seus elementos se integram; é um fenómeno complexo oriundo de requisitos diversos intimamente unidos. Ora, um dêstes elementos é o fato vio-

---

(76) «L'auctonomie et la responsabilité du fait des choses et du fait d'autrui», pag. 42 e segs.

(77) «Faute civile et faute penale», pag. 49 e segs.

(78) «Le fondement de la responsabilité civile extra-contractuelle», pag. 9 e segs.

(79) Notas ao «Curso elemental de derecho civil», de COLIN E CAPITANT, tr. espanhola, vol. 3, pag. 800.

(80) «La responsabilità del delitto nel dir. fr. e nel proj. italo-fr. di un codice de obblig.» no «Annuario de Dir. Comparato» (GALGANI, vol. IV e V — Parte 1.<sup>a</sup> pag. 271.

(81) «Sistema de dir. civ. brasileiro», vol. I, pag. 594; II, pag. 713.

(82) Vide CHIRONI, obr. cit., I, pag. 34-35.

lador do direito, considerado em si mesmo e que não pode confundir-se com a culpa, que é um elemento distinto. O fato violador do direito pode vir ou não acompanhado da culpa; si esta acompanha a violação do direito, surge a responsabilidade civil, provados o dano e o laço de causalidade. Si, entretanto, a violação do direito de outrem não vem acompanhada da culpa, estaremos em face de um fato sem significação jurídica no sentido de fixar a responsabilidade extracontratual do seu autor. Viola-se o direito de outrem tôdas as vezes que se fere a sua pessoa ou o seu patrimônio; entretanto, esta violação pode estar protegida por um direito, como a legítima defesa, o estado de necessidade; pode ser consequência da culpa da própria vítima, ou ser o fruto de uma fatalidade, superando a previsão e as cautelas humanas. Consequentemente, não se pode fixar como elemento da culpa a violação de um direito, pois, do contrário, toda violação do direito de outrem seria culposa, o que não é verdade. Por seu lado, a culpa pode ser concebida isoladamente, não constituindo objeto de apreciação jurídica, sob o ponto de vista da responsabilidade extracontratual. Si o condutor de um automóvel sai por uma estrada, sem a devida habilitação, com os freios do veículo mal regulados, em vertiginosa carreira e contra a mão, viola leis regulamentares do trânsito, é um imprudente e um negligente. O seu ato é, sem dúvida, culposo, podendo ser passível de penas regulamentares. Entretanto, a sua conduta, tão imprudente, não lesou um direito, cuja reparação decorre da responsabilidade



extra-contratual. Houve um êrro de conduta, mas sem colisão com o direito de outrem.

Dizem COLIN e CAPITANT (83) que afirmar que a culpa é um ato ilícito é uma tautologia, ou, como dizem os irmãos MAZEAUD (84), é tomar uma palavra por outra e nada definir. Parece-nos que os ilustres escritores, nas suas afirmações, confundem a culpa com o ato ilícito.

O ato ilícito, como denominação genérica, compreendendo o delito e o quasi delito da antiga doutrina (85), é um todo do qual a culpa é apenas um dos elementos; o ato ilícito é um fenómeno complexo, fonte geradora de obrigações, que surge, uma vez reunidos os seus elementos constitutivos (86).

A culpa, pois, como requisito distinto do fato lesivo do direito de outrem, assume o papel de elemento específico, passando para a órbita da responsabilidade civil, a violação do direito de outrem, causadora de um dano. Eis porque diz muito bem CHIRONI: — *La colpa rappresenta dunque il termine per cui il fatto o la omissione si collega alla condotta dell'agente e dà così esistenza al q. delitto*" (87).

---

(83) Obr. cit., vol. 3, pag. 751.

(84) Obr. cit., vol. I, n. 389.

(85) Vide CHIRONI, obr. cit., vol. pag. 40; VENZI, em INST. de dir. civ. it., vol. IV, pag. 345. Notas em *Pacifici*.

(86) Vide M. I. CARIALHO DE MENDONÇA «Doutrina e prática das obrigações» 1.<sup>a</sup> ed., n. 728; L. DE ALMEIDA «Obrigações» § 69; ENNECCERUS-NIPPERDEY «Derecho civil» (Parte geral) tomo 1.<sup>o</sup> vol. 2.<sup>o</sup>, § 195 — II; ENNECCERUS-LEHMANN, «Derecho de obligaciones», tomo 2.<sup>o</sup>, vol. II, § 226 tr. esp. de GONZALEZ E ALGUER.

(87) Obr. cit., vol. II, pag. 104.



Si a culpa, no sentido técnico de elemento integrador do ato ilícito, não pode se confundir com a violação do direito de outrem, nem com o dano, cumpre fixar-lhe o conceito, determinando o seu papel característico, quando procuramos saber si um ato ou omissão gera a responsabilidade extra-contratual do agente.

**II** — A ordem jurídica impõe aos homens, para ser possível a vida social, um certo número de restrições às suas atividades. A ninguém é lícito agir como lhe aprouver, tendo em vista exclusivamente os seus interesses pessoais. A conduta do homem é, consequentemente, disciplinada e restringida, atendendo aos interesses alheios, na justa proteção dos direitos de cada um. Sendo, porém, inevitável o entrechoque de interesses e de direitos, em virtude da multiplicidade cada vez mais crescente das atividades humanas, a lei, na sua missão protetora dos direitos, desdobra-se em medidas reguladoras e acauteladoras dêsse embate inevitável. Daí o grande número de preceitos proibitivos de determinados atos, cuja violação importa em responsabilidade do agente.

Na impossibilidade, entretanto, de uma previsão perfeita de todos os atos humanos para uma especificação completa daquilo que a lei proíbe, o legislador recorre ao preceito generico, que condena o ato ilícito, traçando-lhe os elementos característicos. Na prática, pois, de muitos atos que a lei especificada e taxativamente não enumerou, poderá o agente ferir o direito



de outrem, causando-lhe dano. O mal sofrido impele a vítima à reação através da proteção jurídica. Como fixar a responsabilidade do agente? Só pelo fato lesivo e prejudicial ao direito de outrem? Não, sem dúvida, porque no tumulto das atividades é comum e, muitas vezes, fatal a lesão do direito de outrem. O elemento específico repousa, justamente, em saber si a conduta do agente foi ou não justificada, porque a atividade em si mesma, como força criadora do progresso, como expansão econômico-social imprescindível, encontra apóio na lei. Mas a conduta permitida pela ordem jurídica, de maneira que não se subverta a coordenação de tôdas as atividades, e, conseqüentemente, tôda a ordem econômica e social, é a que comumente se põe em prática, de maneira que não rompa o equilíbrio de interêsses privados e sociais. Há, pois, uma conduta normal, comum, que os homens de bom senso, prudentes, probos e equilibrados seguem, quotidianamente, e que está consagrada nos usos e costumes, nos regulamentos, na lei e que vive na consciência jurídica do povo (88).

Quem se transvia desta conduta normal incide na repulsa da lei e si nesse desvio de conduta lesou o direito de outrem, nada poderá justificar o seu ato. A responsabilidade extra-contratual surge, pois, no momento em que, lesado o direito de outrem, causando-lhe um dano, verificamos que o ato ou emissão lesivos fo-

---

(88) Vide FERRINI, *obr. cit.*, n. 60; CHIRONI, *obr. cit.*, ns. 32 e s.; MAZEAUD, *obr. cit.*, I, ns. 416 e s.; DE PAGE, *obr. cit.*, II, pag. 749 e s.; JOSÉ AUGUSTO CARDOSO DE GOUVEIA, *obr. cit.*, ns. 40 e segs.

ram além dos extremos da conduta normal do homem diligente.

Baseados em considerações desta natureza, escritores notáveis como FERRINI (89), HENRI DE PAGE (90), LEON E HENRI MAZEAUD (91), VITTORIO POLACO (92), CHIRONI (93), ESMEIN (94). CHIRONI E ABELLO (95), SIMONCELLI (96), VENZI (97), PIRSON ET VILLÉ (98) e tantos outros determinam como critério fixador do conceito da culpa — a ordinária diligência do *bonus pater familias*. — Para aqueles juristas a cuja culpa repousa no desvio não intencional da conduta normal, que teria o *bonus pater familias*, se tivesse agido no caso concreto a ser considerado.

Não é possível determinar-se o conceito da culpa, sem verificarmos, previamente, como devemos apreciar este erro de conduta, esta ordinária diligência do *bonus pater familias*.

**12** — Quando a conduta do agente do ato lesivo e prejudicial ao direito de outrem, não se conforma com a determinação específica e taxativa da lei, claro

---

(89) Obr. cit., n. 60 e s.

(90) Obr. cit., vol. II, pag. 794 e segs.

(91) Obr. cit., vol. I, n. 416 e segs.

(92) «Le obbligazioni nel diritto civile italiano», 2.<sup>a</sup> ed., n. 106.

(93) Obr. cit., vol. I, ns. 36 e s.

(94) «Obligations», vol. VI, ns. 517 e s. no «Traité de droit civ. fr.» de PLANIOL-RIPERT.

(95) «Tr. de diritto civile italiano», vol. I, pag. 520 e segs.

(96) «Inst. de diritto privato it.», 3.<sup>a</sup> ed., n. 88.

(97) «Tr. de diritto civile italiano», ns. 200 e segs.

(98) Obr. cit., vol. I, ns. 66 e segs.



está que houve um desvio que se caracteriza por si mesmo. Não obdecer à lei é um erro de conduta (99); é a culpa prefixada pela própria lei (100). Quando, porém, a obrigação violada é genérica de prudência e diligência na prática de todos os atos, o problema da fixação do erro de conduta surge com tôdas as dificuldades que a prática revela, pois, estamos em face da culpa deixada à apreciação do julgador (101).

Surge aquí o debatido problema de se saber si a conduta do agente do ato lesivo deve ser apreciada *in concreto* ou *in abstracto*, isto é, si devemos considerar a consciência do autor do dano, sondar o seu íntimo, ou si devemos apreciar a conduta do agente em face da conduta normal dos indivíduos em geral, colocados nas mesmas circunstâncias em que o ato se desenrolou.

Em geral, os escritores defendem a apreciação da culpa *in abstracto* (102). Temos uma obrigação legal

---

(99) L. e H. MAZEAUD, obr. cit., vol. I, pag. 416; JEAN VAN RYN, obr. cit., n. 17.

(100) SALEILLES, na «Rev. tr. de droit civ.», 1907, pag. 740; PLANIOL, II, pag. 292, n. I.

(101) SALEILLES, na «Rev. tr. de dir.», 1907, pag. 740; L. e H. MAZEAUD, obr. cit., I, n. 416 e s.

(102) L. e H. MAZEAUD, obr. cit., I, n. 418 e s. e 423 e s.; H. DE PAGE, obr. cit., II, pag. 794; COLIN e CAPITANT, obr. cit., vol. III, pag. 190; P. DE HARVEN, obr. cit., pag. 258 e s.; FRANÇOIS GENY, na «Revue trimestrelle de droit civ.», 1902, pag. 838; FRAMAGEOT, «De la faute», pag. 39; PLANIOL-RIPERT-ESMEIN, obr. cit., vol. VI, n. 517; VAN RYN, obr. cit., ns. 13 e 17; SOURDAT, «Traité générale de la resp. civ. ou de l'action en dommages-intérêts en dehors des contrats», 4.<sup>a</sup> ed., vol. I, n. 657.

de agir com prudência e diligência em todos os atos da nossa atividade; seria impossível fixar os princípios ou regras desta conduta, ou determina-los para cada indivíduo particularmente, pois um tal sistema subjetivo de responsabilidade, além de insustentável e deficiente, traria dificuldades práticas insuperáveis.

Na apreciação da culpa *in abstracto* não se tomam em consideração as disposições especiais da pessoa, o seu grau de compreensão das cousas, os seus meios ou possibilidades individuais, mas compara-se a conduta do autor do ato à do homem abstratamente diligente, prudente e circunspecto, não se tendo em conta, particularmente, a sua educação, instrução ou aptidões pessoais (103). Mas este tipo abstrato de comparação é o homem normal, que vive entre nós, que age sempre, em determinadas circunstâncias, de um modo uniforme; é o *homo economicus* (CHIRONI). Não é, pois, como bem acentua FERRINI, um tipo ideal, um super-homem, mas o tipo eminentemente humano do *bonus pater familias* (104).

---

(103) H. DE PAGE, obr. cit., vol. II, ns. 907 e 944; MARCO COHIN, «L'abstention fautive en droit civile e pénal», pag. 109 e segs.

(104) FERRINI, «Delitto e p. delitto», em «Enc. giuridica italiana», vol. IX, parte 1.ª, cit., ns. 60 e 117. Referindo-se a esse tipo de comparação e a atitude a seguir pelo juiz, diz o notável jurista: — «Tutto questo deve tenere presente il giudice, che, scimpita la testa sui libri, non deve dimenticare che cosa è la vita e che cosa essa richiede». Esse tipo, como diz PACCHIONI, não pode ser definido, nem na lei nem na doutrina, porque, só em face de uma dada situação é que poemos julgar se o procedimento de uma pessoa foi o de um *bonus pater familias* («Delle leggi in generale», pag. 347).



Entretanto, não tem faltado sustentadores da apreciação da culpa *in concreto*.

DEMOGUE, com a autoridade do seu nome, ao apreciar o assunto, depois de se referir às decisões de tribunais franceses e italianos, que têm julgado vários casos, tomando em consideração condições pessoais do autor do ato ilícito, declara: — “*Il fait avouer que la responsabilité in abstracto est contraire au point de départ de la théorie subjective de la responsabilité. S'étant placée nettement au point de vue de l'auteur elle se refuse à s'y placer jusqu'au bout fait ici une concession à la théorie objective de la responsabilité. Aussi finalement la responsabilité serait à notre avis mieux appréciée si elle l'était in concreto. En effet l'irresponsabilité dont on bénéficie lorsqu'il y avait impossibilité d'empêcher le dommage ne s'explique plus*” (105).

JOSEPH RUTSAERT estende-se em considerações a este respeito; depois de declarar que os autores não negam a necessidade da culpa, com fundamento da responsabilidade civil, confessa que uma unanimidade desconcertante torna o seu conceito primeiramente objetivo, quando aprecia a culpa *in abstracto*, não toman-

---

Embora o legislador alemão tivesse abandonado a expressão típica de — bom pai de família — referindo-se à diligência requerida nas relações ordinárias da vida, os civilistas tedescos acabam confessando não haver diferença entre o critério do Código e o do direito romano. Vide POLACCO, obr. cit., pag. 412 e nota 7; ENNECCERUS-NIPPERDEY, obr. cit., tomo 1.º, vol. II, § 197 e nota 3.

(105) «*Traité des obligations en général*», vol. III, n. 254.

do em aprêço a clarividência de espírito e a intenção do autor do ato lesivo. Tal forma de apreciação é o ponto de partida das teorias do risco. Rebatendo argumentos de FRAMAGEOT, diz RUTSAERT, que a solução da Jurisprudência não autoriza a repulsa da apreciação da culpa *in concreto*, tomando-se em consideração a idade, o grau de discernimento, os conhecimentos pessoais do agente.

Destas soluções de jurisprudência deduz o citado escritor duas consequências:

1) A cu'pa apreciada *in concreto* é mais apta a incitar os indivíduos a se mostrarem mais prudentes.

2) O defeito da utilidade prática de recorrer ao critério da apreciação da culpa *in abstracto*, que constituiu uma forma vazia, um conceito, no qual o juiz pode tomar em consideração tôdas as circunstâncias que parecem influenciar na responsabilidade, sob pretêxto de determinar o tipo do homem diligente em abstracto (106).

---

(106) «Le fondement de la responsabilité civile extra-contractuelle», pag. 13 e segs.

Segundo os ensinamentos de HENoch AGUIAR (obr. cit., n. 47; «La voluntad jurídica», pag. 171, nota 53) e ALFREDO COLMO («De las obligaciones», ns. 106 e segs.), o Código Civil argentino consagra no art. 502, combinado com os arts. 902 a 906, a teoria da culpa *in concreto*, quer contratual, quer extra-contratual. Em sentido contrário se pronuncia RAPHAEL BIELSA (obr. cit., n. 12) com fundamento no art. 909 do Código Civil. Não parece ter-se afastado do Código Civil, o notável Projeto de reforma do Código Civil argentino elaborado pela Comissão legal encarregada de confeccioná-lo, composta dos preclaros juristas Rodolfo Rivarola, Héctor Lafaille, Enrique Martinez Paz, Gas-



Não nos interessa desenvolver aquí argumentos para demonstrarmos a improcedência dos que pretendem que a culpa deva ser apreciada *in concreto*. A verdade jurídica, aliás, desde o direito romano, é a de que a apreciação da culpa pela *deligencia quam suis*, só era determinada em casos especificados, como expressamente consagram as legislações modernas (107).

Entretanto, o princípio da aplicação da culpa *in abstracto* não é absoluto, no sentido de se desprezar, por completo, certas circunstâncias de tempo, meio, classe social, usos e costumes, hábitos sociais, visto como o tipo abstrato de comparação não pode ser o “Homo juridicus”, uma pura abstração, como diz DE PAGE (108). Elementos concretos são tomados em consideração, colocando-se o tipo de comparação nas mesmas condições em que se encontra o autor do ato ilícito ou seja em face de uma realidade concreta (109).

Do que acabamos de expôr verifica-se que o conceito de culpa, como elemento distinto e específico do ato ilícito, depende da fixação da conduta normal do homem adaptado à vida social, ao ambiente em que

---

ton Tobal e Roberto Repetto, cujos trabalhos iniciados em 1926 foram concluídos em 1936. O art. 865 do Projeto declara que haverá culpa nos casos previstos no art. 569, que reproduz o mesmo conceito do art. 512 do Código Civil.

(107) Vide LUIGI SETORIO, «La culpa in concreto nel diritto romano e nel diritto odierno», pags. 107 e segs., 213 e segs.; vide POLACCO, obr. cit., ns. 106 e 107.

(108) Obr. cit., vol. II, n. 944.

(109) L. e H. MAZEAUD, obr. cit., vol. I, ns. 429 e 439; PIRSON ET VILLÉ, obr. cit., vol. I, ns. 68.

vive. Um erro nesta conduta, um desvio dêste agir normal dos homens atendendo à situação em que se encontrára o autor do ato lesivo, determinará a sua responsabilidade extra-contratual, obrigando-o à reparação do dano causado, uma vez que os demais elementos do ato ilícito estejam comprovados. Em face, pois, de um fato concreto, violador do direito de outrem, uma vez verificados o dano e o laço de causalidade, surge, então, a indagação de se conhecer si o agente, ao praticar o ato, ao cometer a omissão, agiu, atendendo às circunstâncias que o rodeavam, como todos nós agiríamos, como atuaria o homem prudente, normal, avisado. Si analisada a atitude do agente, aferindo-a por esta balança da conduta humana, em geral, verificarmos que não houve desvio do que comumente se faz, da maneira como geralmente se procede, não encontramos o elemento vivificador dos demais requisitos da responsabilidade; o ato deixará, conseqüentemente, de ser ilícito, embora lesivo do direito de outrem (110). Surge, pois, o ilícito, quando apreciada a conduta do autor do ato, como elemento concreto, real, contingente, nós a proclamamos como transviada do modo de proceder comum dos homens em circunstâncias idênticas. A culpa é, pois, o *fiat* dos demais elementos constitutivos do ato ilícito. É a causa formal, como diz DEFROIDMONT (111), sendo a causa eficiente — o fato humano; a causa material — o dano; a causa final — a reparação.

---

(110) Vide SAVATIER, «Regles générales de la resp. civ.» em «Revue critique», 1934, pag. 409 e s.

(111) «La science du droit positif», pag. 335.



Entretanto, para que possamos chegar finalmente ao conceito da culpa, cumpre examinar a questão da capacidade delitual, da imputabilidade moral como elemento primacial da culpa.

**13** — A apreciação da culpa *in abstracto* tem levado notáveis juristas a proscrever a imputabilidade moral, a capacidade delitual do agente como fator da existência da própria culpa (112).

Si a culpa é apreciada *in abstracto*, não se devem levar em consideração as condições subjetivas do agente, e, conseqüentemente, o seu estado de consciência. Collocar-nos na pele do autor, na sua consciência, seria levar-nos à condenada concepção da culpa *in concreto*. Devemos fazer abstração das “circunstâncias internas” do agente, isto é, do seu estado de alma, hábitos, caráter, ou numa palavra, das circunstâncias de ordem intelectual, para atendermos tão somente às circunstâncias externas, de ordem física, como sejam as de tempo, de lugar e influência do meio social (113).

A doutrina dos irmãos MAZEAUD, exposta no seu notável tratado sobre a responsabilidade civil é, sem dúvida, a negação completa do conceito tradicional da culpa. Depois de passar em revista e criticar várias noções de culpa, os ilustres escritores negam a necessidade da imputabilidade moral como elemento da culpa.

---

(112) L. e H. MAZEAUD, obr. cit., vol. I, ns. 416 e 456; DEMOGUE, obr. cit., vol. III, n. 302; vide H. DE PAGE, obr. cit., II, n. 915.

(113) L. e H. MAZEAUD, obr. cit., vol. I, n. 431 e segs.

Para êles a apreciação da culpa *in abstracto* leva-nos à distinção da culpa em objetiva e subjetiva, sendo indispensável distinguí-las afim de evitar o abuso destas expressões. Há na teoria da responsabilidade uma concepção objetiva que se distingue porque não exige a culpa como elemento integrador da responsabilidade: — é a teoria do risco. É objetiva no sentido de não apreciar a conduta do autor do dano, visto como qualquer conduta autoriza a responsabilidade. Em opposição a esta teoria se coloca a doutrina dos que apreciam a culpa *in concreto* e só proclamam a responsabilidade, havendo culpa moral; é concepção puramente subjetiva. Entre estas duas teses excessivas coloca-se a teoria exata — a da culpa objetiva.

É objetiva, em opposição à apreciação da culpa *in concreto*, porque não considera o lado psicológico do agente, mas compara a conduta do autor do dano a um tipo abstrato, o *bonus pater familias*, que deve ser colocado nas mesmas circunstâncias externas do autor do ato. A conduta do agente não é, consequentemente, encarada através da sua personalidade, das suas condições, ou seja, *in concreto*, mas o Juiz terá em conta as circunstâncias que não são pessoais ao autor do dano, isto é, as que não se prendem à individualidade própria do autor, às suas particularidades psíquicas ou morais, porque tais circunstâncias são internas em relação ao agente do ato danoso. Todas as vezes que o julgador considerar estas circunstâncias internas, não fará comparação do autor do dano com o tipo abstrato de compara-



ção, mas considerará, diretamente, o próprio agente e fará a apreciação da culpa *in concreto* (114).

Como se vê, a noção de culpa dos notáveis juristas, afastando expressamente a imputabilidade moral, é a negação do conceito tradicional da culpa e leva-os a proclamar responsáveis os alienados, sob o fundamento da responsabilidade baseada na culpa, como estudaremos oportunamente.

Não é sem razão que se afirma que a doutrina dos irmãos MAZEAUD é mais radical e vai além da própria teoria do risco (115).

Tal doutrina, porém, dentro da teoria clássica da culpa é insustentável porque tal critério de apreciar a culpa *in abstracto* incide em dois erros graves: — 1.º) Excluir o elemento — vontade conciente — como fundamento primacial para a fixação do êrro de conduta. Si os irmãos MAZEAUD afirmam que a culpa é um êrro de conducta, indispensável se torna que o agente seja capaz de apreciar os limites da conduta normal para que se lhe possa apreciar *in abstracto* a conduta. O tipo abstracto, o *bonus pater familias*, o homem avisado, diligente ou *economicus*, que é o tipo de compração, deve ser conhecido e apreciado pelo autor do dano, para que se possa pedir contas do seu ato, uma vez transviado do caminho que segue êste mesmo tipo de compração. Ademais, os irmãos MAZEAUD, que se não inscrevem na corrente moderna dos que gopeiam o indi-

---

(114) Obr. cit., vol. I, ns. 380 a 440.

(115) Vide n. 29.

vidualismo das concepções clássicas jurídicas; dos que apregoam a falsidade da liberdade da vontade nas obrigações contratuais, negando a sua autonomia; dos que falam no retardamento da lei em face dos fatos (116), só podem ver na vontade livre e conciente o fundamento jurídico das obrigações em geral.

A vontade conciente é necessária não só como fonte das obrigações contratuais, como das que promanam dos atos ilícitos (117). A verificação da existência dêste elemento fundamental não é apreciação da culpa *in concreto*, das faculdades do agente, das suas aptidões ou dos seus defeitos psíquicos, mas é apenas a verificação da sua capacidade de apreciação da conduta normal do homem, a-fim-de que lhes possamos pedir contas de seu desvio do caminho palmilhado por todos os cidadãos prudentes. 2.º) O segundo êrro da concepção repousa na exclusão, por completa, na apreciação da culpa *in abstracto*, de certos elementos pessoais que devem ser ponderados para a fixação da responsabilidade do agente.

Em uma palavra, seria uma culpa sem responsabilidade, de caráter monstruoso e que engenhosamente ESMEIN compara a um homem sem cabeça, a um au-

---

(116) DE PAGE, «A propos du gouvernement des juges, pag. 121 e s.; JOSSERAND, «Les transformations de droit des obligations» em Livre Souvenir, cit., pag. 42; RIPERT, «La regle morale dans les obligations», 2.<sup>a</sup> ed., n. 113.

(117) JEAN CHABAS, «De la déclaration de la volonté en droit français», pags. 4-5; DEMOGUE, obr. cit., I, ns. 17 e s.



tomável sem motor, a um silogismo sem premissas (118).

A opinião dominante, entretanto, repudia por completo a existência de uma culpa sem imputabilidade moral (119).

Não se trata, na fixação da imputabilidade moral, de se verificar o estado de ânimo do agente; prescrutar um estado psicológico para conhecer e avaliar as aptidões do autor do dano, o seu caráter, mas de se determinar si o agente poderia agir, em virtude do estado da sua razão e de sua inteligência, como age o *bonus pater familias*.

Si na vida social a lei impõe aos homens, além da obrigação de respeitar e cumprir preceitos prefixados em textos positivos, a regra geral de conduta, agindo normalmente, como o fazem, em geral., tôdas as pessoas, não é a violação material desta regra geral de conduta que se deve apreciar, mas, também a faculdade

---

(118) ESMEIN, na «Rev. trim.», 1933, pag. 690.

(119) Vide CHIRONI, obr. cit., I, ns. 129 e s.; RIPERT, «Le regime democratique e le droit civil moderne», n. 182; CHIRONI e ABELLO, obr. cit., pag. 516; J. VAN RYN, obr. cit., pag. 29; DEFROIDMONT, obr. cit., pag. 336; E. GAUDEMET, «Traité des obligations», vol. I, pag. 305; SOURDAT, obr. cit., n. 16; H. DE PAGE, obr. cit., II, pag. 746; FROMAGEOT, obr. cit., pag. 59; HENOCH AGUIAR, «Atos ilícitos — Responsabilidade civil», pag. 131; PAUL DE HARVEN, obr. cit., pag. 267; RICCI, «Curso th. de diritto civ.», vol. VII, n. 89; BAUDRY-BARDE, «Des Obligations», vol. IV, n. 2.856; LALOU, «La responsabilité civile», n. 393; CLÔVIS BEVILÁQUA, «Teoria Geral», n. 71; PONTES DE MIRANDA, «Dir. das Obrigações, no «Manual de dir. civ. bras.» de P. LACERDA, n. 22; EDUARDO ESPÍNOLA, «Sistema de direito civil brasileiro», II, pag. 318; «Breves anotações ao Cód. Civ.», I, pag. 457.

de poder conhecer esta mesma regra geral, de apreciá-la e de seguí-la, como o faz o *bonus pater familias*. Si a culpa é um êrro de conduta, que não deveria ser cometido por uma pessoa prudente, avisada, cuidadosa, (120) impossível seria que o privado de razão pudesse agir atendendo ou podendo atender à conduta geral dos homens avisados ou prudentes. Si a culpa pressupõe que o autor do dano tenha previsto os efeitos de seu ato ou podido prevêê-los (121), impossível pretender que o alienado possa ter a faculdade de previsão.

A voluntariedade do ilícito na ação pode ser *in sé* ou *in causa*; o primeiro caso se verifica quando o agente quer o resultado do seu ato. Ninguém diria que o louco praticaria o ato doloso, desejando obter resultados de um ato conciente. Na voluntariedade *in causa*, o agente não quer as consequências do seu ato, mas podia ou devia prevêê-las; no primeiro caso há o dolo, no segundo a culpa, que é defeito de diligência (122).

A voluntariedade é, pois, e sempre, condição do ato; voluntariedade quanto às consequências obtidas, no primeiro caso; voluntariedade quanto ao ato, em si mesmo, causador do dano, previsto ou previsível, no segundo caso. Poderíamos dizer, com VANNINI (123), que

---

(120) DE PAGE, *obr. cit.*, II, n. 939.

(121) JACQUES LIMOUZINEAU, «Le problème de la resp. civ. extra-contr. de l'aliené em France», pag. 21.

(122) FRANCISCO INVREA, «La parte generale del diritto», pag. 344 e segs.

(123) Em A. CAVALLO, «La responsabilitá obbiectiva nel diritto penale», pag. 121.



ao dolo se adere e nele se quer o evento ; deseja-se a situação objetiva, em que o bem jurídico é posto em perigo. Na culpa se quer uma ação, com a consciência da possibilidade daquele perigo para o bem jurídico, que não se deseja, antes se desejaria que não se verificasse. Si atiro alguém para matar e consigo, há um ato de voluntariedade *in sé*, ato do'oso, cuja situação objetiva, violadora de um bem jurídico, eu quis e consegui. Si atiro em um cão louco para matá-lo, mas atinjo o seu dono, imprudentemente, há um ato de voluntariedade *in causa*, uma ação com a consciência ou possibilidade de consciência da violação de um bem jurídico, que não quis e que, pelo contrário, desejaria que não se verificasse.

Ora, si a voluntariedade conciente do ato em si mesmo, *in causa*, é elemento imprescindível na culpa, impossível seria admitir que o alienado fosse responsável em face da noção de culpa, que fundamenta a teoria clássica.

Eis a razão, sem dúvida, porque grande número de tratadistas ensina que há na culpa dois elementos: — um objetivo, que consiste na omissão de diligência comum do *bonus pater familias*, e outro subjetivo, que consiste na consciência do ato, no poder querê-lo livremente, podendo ou devendo prever as suas consequências (124).

Si o alienado, na prática do ato lesivo comete uma culpa, considerando-se apenas o elemento objetivo, isto

---

(124) CHIRONI, obr. cit., I, ns. 19 e 32; DE BUEN, obr. cit., III, pag. 800; GAUDEMENT, obr. cit., pags. 306 e s.

é, a transgressão da diligência comum na conduta, não há, no entanto, o elemento subjetivo, a consciência do ato, ou seja, este elemento que estabelece a relação de conexidade moral entre a lesão material e o seu autor (125).

Dentro, pois, dos princípios da teoria clássica da responsabilidade civil fundada na culpa, seria uma heresia jurídica falar-se em responsabilidade sem imputabilidade moral.

**14** — Poderemos, depois desta longa caminhada, recolher os ensinamentos disseminados, para fixar a noção da culpa, sem as extensões modernas de alguns doutrinadores e da Jurisprudência, conceituando-a como os irmãos MAZEAUD, sem aceitar, entretanto, a restrição que os mesmos fazem quando se referem às circunstâncias externas.

Dizem CHIRONI e ABELLO (126) que a culpa é um desvio de uma dada regra de conduta imputável à pessoa que era obrigada a obedecê-la.

Vemos no conceito dos ilustres tratadistas italianos os elementos integradores da culpa como elemento do ato ilícito:

- 1) Transgressão das regras de conduta;
- 2) Imputabilidade moral.

---

(125) ALVES MOREIRA, «Inst. de dir. civ. português», pags. 596 e segs.; HENRI DE PAGE, obr. cit., II, ns. 906 e 914.

(126) Obr. cit., pag. 526.



Notamos, porém, que não há na mesma definição referência ao elemento de apreciação desta conduta, que se observa na definição dos irmãos MAZEAUD.

Si collocássemos, porém, na definição de *CHIRONI* e *ABELLO* este elemento de apreciação, teríamos, talvez, um conceito preciso da culpa, tal como a concebem os defensores da teoria clássica da responsabilidade baseada na imputabilidade moral.

Culpa é um êrro de conduta, moralmente imputável ao agente e que não seria cometido por uma pessoa avisada, em iguais circunstâncias de fato.

**15** — O conceito da culpa dentro dos limites estreitos da concepção clássica, exigindo a imputabilidade moral e só admitindo a culpa quando haja a prova de imprudência, de imperícia ou de negligência, cujo resultado podia ser previsto, ao menos implicitamente, é, como diz *DE PAGE* (127), o individualismo de bom quilate, o liberalismo integral. Esta concepção, porém, tornou-se insuficiente, ante a injustiça de sua aplicação a muitos casos concretos, como na solução de novos casos criados por atividades mais intensas, complexas e diversificadas, na hora presente. Os imensos perigos, que ameaçaram a segurança do indivíduo, exigiram a extensão do conceito da culpa. O progresso trouxe-nos um sem número de novas causas produtoras de danos para cuja solução jurídica satisfatória e justa, o

---

(127) Obr. cit., II, n. 930.

conceito individualista da culpa, fundada sobre a imputabilidade moral, com a prova da negligência ou da imprudência, não era suficiente.

Mas os doutrinadores, como a Jurisprudência, lançaram mão de processos técnicos de alargamento, a mais e mais, daquele conceito, sem abandonarem, entretanto, o fundamento jurídico da responsabilidade civil extracontratual. Estes processos técnicos consistiram:

- 1) Na admissão, com facilidade, da existência de uma culpa.
- 2) No reconhecimento de presunções de culpa.
- 3) Na transformação da responsabilidade aquiliana em contratual.
- 4) Na extensão do próprio conceito da culpa.

Estudemos cada um destes processos técnicos, com exceção do terceiro que não nos interessa, a-fim-de demonstrarmos quanto se distancia o conceito da culpa, na teoria clássica da responsabilidade subjetiva, dos conceitos modernos de culpa, dando-se uma extensão considerável ao domínio da responsabilidade aquiliana.

Referindo-se ao primeiro processo técnico, mostramos DE PAGE que basta a culpa mínima, o menor pecadilho para que se justifique a responsabilidade — *In lege aquilia, et levissima culpa venit*.

O homem mais diligente e circunspecto poderá incorrer em fatos desta natureza, que serão causas geradoras da responsabilidade. Um germe de culpa justi-



fica a responsabilidade; onde está, em tudo isso, a culpa conciente, psicológica, moralmente imputável? (128)

Entre os processos técnicos de alargar demasiadamente a apreciação da culpa em cada caso concreto, aponta JOSSEKAND a aplicação da teoria do abuso do direito, em que a culpa resulta do exercício abusivo do direito e sobre a qual nos referiremos adiante (129).

Mesmo em se tratando da apreciação da prova da culpa, mostram-se os Tribunais benignos na sua interpretação, aceitando, com facilidade e clemencia, a demonstração de sua existência, no sentido de proteger a vítima (130). Toda a tendência moderna, em matéria de responsabilidade, se inclina no sentido de proteger a vítima, assegurando-lhe a reparação do dano sofrido (131).

**16 —** As presunções de culpa consagradas na lei, invertendo o ônus da prova, veio melhorar a situação da vítima, criando-se a seu favor uma posição privilegiada. Tratando-se, contudo, de presunções *juris tantum*, não nos afastamos do conceito de culpa da theo-

---

(128) DE PAGE, *ogr. cit.*, II, pag. 716 e segs.; «A propos du gouvernement des juges», pag. 121 e segs.

(129) JOSSEKAND, «La transformation du droit des obligations», em «Le droit civil français — Livre-souvenir des journées du droit civil français», pag. 42; RIPERT, «La règle morale dans les obligations», 2.<sup>a</sup> ed., n. 113.

(130) SAVATIER, «Règles générales de la responsabilité civile» na «Revue critique», 1934, pag. 409 e s., n. 14; ESMEIN, na «Revue trimestrielle de dr. civ.», 1933, pag. 690.

(131) JACQUES BICHOT, *obr. cit.*, pag. 149 e segs.

cia clássica (132), mas apenas derogamos um princípio dominante em matéria de prova. Tais presunções são, em geral, criadas nos casos de responsabilidades complexas, isto é, das que decorrem de fatos de outrem ou do fato das cousas inanimadas (133). Fixadas por lei a presunção *juris tantum*, o fato danoso é considerado, em si mesmo, *um fato culposo* (134) e como tal determinará a responsabilidade do autor, si êste não provar a ausência de causa estranha causadora do dano, como a força maior, o caso fortuito, a culpa da própria vítima ou o fato de terceiro.

Mas, si nas presunções simples, o problema da responsabilidade oferece um aspecto de pouco interesse, no sentido de demonstrar a extensão do conceito de culpa, o mesmo não se dá quando passamos às presunções *juris et de jure*. Aquí o problema se reveste de grande relevância, porque sendo irrefragável a presunção da culpa, não se permitindo, por tanto, que o agente prove a ausência do seu êrro de conduta, o dano, uma vez provado, constitúe para os sustentadores da teoria da responsabilidade subjetiva, o fato culposo. O fundamento da responsabilidade continua a ser sempre a culpa, que o legislador presume, por um processo técnico relativo ao sistema da prova (135). Mas, admitir, como fundamento da responsabilidade extra-contratual, a culpa presumida de modo irrefragável, é fugir, in-

---

(132) H. DE PAGE, obr. cit., II, ns. 932 e 933.

(133) H. DE PAGE, obr. cit., n. 969.

(134) JOSSEAND, «Livre Souvenir», cit. pag. 48.

(135) HERVEN, obr. cit., pag. 284.



contestavelmente, do conceito clássico da culpa, que além de exigir a imputabilidade moral, exige a prova daquele êrro de conduta que caracteriza a omissão de diligência. A culpa residirá, desta forma, no próprio fato e dele se deduzirá como consequência fatal. Daí concluir-se que a culpa se resume na prática tão somente de um ato, quer o agente seja ou não moralmente imputável, quer tenha agido como o mais exemplar dos homens avisados. Estamos, na verdade, como diz JossERAND, em face de uma culpa provável, simplesmente possível, um fantasma de culpa (136).

Procurando justificar a responsabilidade subjetiva com fundamento na culpa, no caso das presunções irrefragáveis. J. SCHMIDT declarou que o responsável "*n'avait qu'armieux choisiá ou á mieux surveiller*" (137), mas logo a seguir acrescenta que se deve reconhecer a existência de uma espécie de obrigação legal, que foi desconhecida pelo autor do dano.

Os dois argumentos não justificam o fundamento da responsabilidade da culpa, no caso das presunções irrefragáveis. Si a presunção irrefragável impossibilita o agente do ato danoso de qualquer prova, como admitir que êle seja responsável por culpa por não ter melhor escolhido ou melhor fiscalizado? Do próprio fato danoso poderá resultar que êle bem escolheu e fiscalizou e que a presunção da culpa se evidencia expressamente contra a verdade; entretanto, a culpa presumi-

---

(136) «Livre Souvenir», pag. 48.

(137) «Faute civile et penale», pag. 58.



da subsiste e o autor do dano, embora inocente, será obrigado à sua reparação.

Quanto à alegação de haver, em cada caso de presunção absoluta, uma obrigação legal desconhecida do autor do dano, o argumento não justifica o fundamento da responsabilidade. Quando PLANIOL (138) declarou que a culpa é a violação de uma obrigação preexistente, emitiu um conceito de tal fôrma genérico que abrange no seu bôjo tôda e qualquer teoria da responsabilidade. Violar um preceito legal, que obrigue o causador do dano, no caso de simples fato ou seja, de aplicação insofismável da teoria do risco, a repará-lo, é, sem dúvida, violação de obrigação preexistente. Desta forma, o piloto de uma aeronave, por exemplo, responsável pelo dano causado a uma pessoa na superfície, responderia por culpa, muito embora a sua responsabilidade seja absolutamente objetiva em face do preceito legal, porque violara uma obrigação preexistente fixada por lei.

Consequentemente, dizer-se que se trata de uma espécie de obrigação legal desconhecida pelo autor, nada exprime para justificar que, na responsabilidade decorrente das presunções irrefragáveis, o fundamento jurídico da responsabilidade repousa na culpa, tal como a concebe a teoria clássica.

Na verdade, porém, as presunções absolutas de culpa são a consagração da teoria da responsabilidade objetiva, da responsabilidade sem culpa. Dizer-se o con-

---

(138) «Tr. de droit civ.», II, n. 863.



trário é procurar mascarar com um nome, apenas, aquilo que a realidade desmente (139).

E para comprová-lo basta indagar quais são os efeitos jurídicos de uma responsabilidade sem culpa e de uma responsabilidade fundada na presunção *juris et de jure*? Ambas levam o agente do fato danoso à reparação, sem a prova da causa do evento, sem a discussão possível sobre a ausência de culpa, que poderá até não existir, ou poderá mesmo se achar provada não existir, sem que daí resulte benefício ao autor do ato danoso. A culpa presumida, sem permitir a prova em contrário é, sem dúvida alguma, uma simples ficção de culpa (140).

Em seu tratado “La responsabilitá del proprietario di veicoli negli infortuni della strada e dell’aria” (Società Editrice Libreria-Milano — 1935) declara FREDERICO PEZELLA que o fundamento da responsabilidade no caso das presunções *juris et de jure* é a culpa proclamada por via indutiva, baseando-se sobre dados da experiência. Procurando sustentar o seu conceito inserido no texto, PEZELLA se estende em várias considerações na nota 1 da página 107 do seu referido trabalho. Declara, em síntese, que a presunção é um juízo preventivo interno sobre a existência de algumas particularidades de fato, que surgem de tudo que já está

---

(139) JOSSE RAND, «Cours», II, n. 513; CHAUVEAUX, «Examen syn-  
thétique des questions de responsabilité civile» na «Revue critique», pag.  
306 e s., ns. 22 e 23; CHARMONT, «Les transformations du droit civ.», pag.  
267; J. DABIN, obr. cit., pag. 548, nota 1; CAMILLO VITERBO, «L’assi-  
curazione della resp. civile», pag. 49.

(140) Cozzi, obr. cit., n. 26.

determinado em fatos precedentes e que se aplica ao fato novo, por motivos de economia, é o *id quod plerumque accidit*. A presunção é, pois, fundada sobre dados da experiência sobre uma série de aquisições sistematizadas, com fundamentos nas quais, com processo indutivo, si vai do certo ao incerto, seguindo aquele método experimental. Cita em seu abono a opinião de MARRACINO, que declara que, mesmo presumida, a culpa constitui sempre o fundamento da responsabilidade objetiva, a qual exclui tôdas as indagações sobre a existência da mesma (141).

Não nos parecem convincentes as razões do preclaro jurista italiano. É verdade, incontestavelmente, que a lei fixa as presunções atendendo ao que se tem verificado em casos semelhantes, considerando os dados da experiência, que nos levam a uma série de aquisições sistemáticas. Mas, tal alegação justifica a criação, pelo legislador, das presunções. Não justifica, entretanto, a existência da culpa como a conclui a teoria clássica. Impedindo-se o agente de provar a ausência da culpa, o mesmo responde, exclusivamente, pelo seu fato danoso, ainda sendo falsa a presunção da culpa, à vista da prova apresentada, a qual o julgador não tomará em consideração. E para demonstrar a veracidade da afirmação, basta citar que o demente será responsável por culpa presumida irrefragável, quando for o guarda da coisa inanimada ou do animal causadores do dano (142).

---

(141) PEZELLA, obr. cit., pag. 107.

(142) SAVATIER, obr. e loc. cits., n. 46.



Trata-se, todavia, de uma pessoa sem imputabilidade moral, que em face do conceito clássico da culpa é irresponsável. Consequentemente, ou as presunções *juris et de jure*, consagradas por lei, nada mais são do que a aplicação da teoria do risco, das idéias novas fora do conceito de culpa, como aliás o reconhece e proclama RIPERT (143), hoje um dos mais aferrados defensores da culpa, ou estamos em face de uma culpa, como fundamento da responsabilidade, que se afasta profundamente do conceito clássico. Culpa legal, criada pelo legislador, por necessidades de ordem econômica ou social, culpa objetiva como a desejam os irmãos MAZEAUD, sem imputabilidade moral, poderá ser; jamais, porém, a culpa decorrente da voluntariedade *in causa*, de um ato imputável moralmente ao agente.

ANDRÉ BESSON, que defende a culpa na guarda, como veremos a seguir, declara também que a obrigação, que tem o seu fundamento em uma presunção de culpa irrefragável, decorre, realmente, não da culpa, mas da lei; é uma responsabilidade sem culpa e tal sistema é “*boiteux et ponte à faux*” (144).

17 — A teoria da culpa na guarda das cousas inanimadas suscitou no direito civil francês, em virtude da interpretação e da aplicação do art. 1.348 § 1.º do Código Civil, as mais renhidas controvérsias, a partir do seu próprio fundamento. A responsabilidade do dano causado pela coisa sob nossa guarda tem o seu

---

(143) «La reg. démocratique et le droit civil moderne», n. 172.

(144) «La notion de garde dans la responsabilité du fait des choses», pags. 98 e 173.

fundamento na culpa, ou é a consagração da teoria do risco? Ambas as doutrinas têm os seus sustentadores (145). Interessa-nos, por renquanto, encarar a doutrina dos que sustentam que a referida responsabilidade se funda na culpa, fixando o conceito de culpa na guarda a-fim-de demonstrar que tal conceito se afasta da noção clássica já referida.

A teoria da culpa na guarda da coisa, elaborada, pouco e pouco, pela Jurisprudência dos Tribunais franceses, na aplicação dos arts. 1384 § 1.º do Código Civil, consiste em afirmar que o homem é legalmente obrigado à guarda das coisas, de modo a ter o controle absoluto das mesmas, impedindo que escapem a este poder absoluto e vão causar dano a outrem. A culpa na guarda se caracteriza pela perda deste controle, surgindo a responsabilidade, de pleno direito, pelo dano causado pela coisa (146).

---

(145) São pela teoria da responsabilidade fundada na culpa: — MAZEAUD, obr. cit., ns. 1.303 e s.; ANDRÉ BESSON, pags. 42 e s.; COLIN e CAPITANT, II, pag. 783; BAUDRY-BARDE, IV, n. 2.941; PLANIOL-RIPERT-ESMEIN, VI, n. 625; RIPERT, «La règle morale dans les obligations», n. 124.

Em sentido contrário: JOSSEBRAND, Cours, II, n. 523; «Transports», n. 874; DEMOGUE, V, ns. 983, 1.001, 1.122 e 1.128; SAVATIER, obr. cit.; CHAUVEAU, art. cit.; GAUDEMENT, obr. cit., pag. 331 e s., havendo risco anormal; LALOU, obr. cit., n. 572; COZZI, obr. cit., n. 17. A teoria dos que sustentam que há na responsabilidade decorrente do art. 1.384 § 1.º uma aplicação pura e simples de uma presunção *juris tantum* de culpa, ainda agora sustentada por ESMEIN, («Revue Trim.», 1933, pag. 652 e s.), está hoje abandonada, como afirma Cozzi, refutando-a.

(146) MAZEAUD, obr. cit., I, n. 1.314; DE FAGE, obr. cit., II, pags. 782 e s.; BESSON, obr. cit., pag. 42; GAUDEMENT, «Revue trimestrielle de droit civil», 1927, pag. 893 e s.; RIPERT, «La règle morale dans les obligations civiles», n. 124.



Analizando êste conceio de culpa na guarda, verificamos a extensão que encerra, em face do conceito de culpa na theoria clássica. Não se cuida de indagar da existência ou não da imputabilidade moral, mas, tão sòmente, de fixar quem seja o guarda, sôbre o qual re-cairá a obrigação legal de ter o controle absoluto da cousa. Não se perquire, tão pouco, si o guarda seguiu, na custódia da cousa, no seu controle, a conduta normal, procedendo como o *bonus pater familias*, para concretização da culpa. Tais elementos da culpa — conduta normal diligente e imputabilidade moral — não são, em absoluto, apreciados, porque a culpa na guarda consiste, pura e simplesmente, no fato de perder a guarda da cousa, a que se estava obrigado.

O fato material da perda dêste poder absoluto sôbre a cousa constitúi a culpa, a qual decorre, desta forma e automaticamente, da violação da obrigação legal da guarda (147). Trata-se, como diz GAUDEMONT, de uma garantia direta, absoluta, incondicional do dano causado pela cousa, em razão do seu caráter absoluto, acrescentando que tal noção de culpa se alarga ao ponto de absorver o risco (148). Podemos dizer, portanto, que se trata de uma culpa espoliada de todo elemento moral e psicológico. Confessam-no os irmãos MAZEAUD, quando declaram que em 1804 o guarda era responsável porque cometia uma culpa; na hora atual, a

---

(147) BESSON, obr. cit., pags. 44-45; GEORGES VIMONT, «De la responsabilité em matière d'accidents de chasses», pag. 51 e s.; JACQUES BICHOT, obr. cit., pags. 31 e segs., 157 e segs.

(148) GAUDEMONT, obr. cit., pag. 333.



prova de ausência de culpa não exonera mais o guarda de um animal ou de uma cousa inanimada; é preciso ter em vista esta nova regra. Não se trata de uma culpa presumida de vigilância do guarda para justificar a responsabilidade dele, como não há responsabilidade fundada no risco e nem pròpriamente um meio termo entre a tese clássica e a teoria do risco. A culpa não resulta do defeito de vigilância presumida, da tese clássica, mas da culpa na guarda (149).

Ora, desde que a culpa não decorre do defeito de vigilância presumida, da tese clássica, claro está que se procura um novo fundamento para êste conceito. Parece-nos ter razão, pois, ANDRÉ BESSON quando, criticando a opinião de MAZEAUD exposta no artigo “La faute dans la garde” (“Revue trimestrielle, 1925, pag. 825), declara que a responsabilidade do guarda das cousas inanimadas decorre da violação daquela obrigação, ao passo que a culpa, a que se referem os arts. 1382 e 1383 do Código Civil, supõe a comparação de nossa conduta com a do homem prudente e diligente (150). Para justificarem a negação da responsabilidade sem culpa, dão os doutrinadores da culpa na guarda um sentido e uma extensão, diz SAVATIER, contrários à tradição (151). É uma máscara elegante da teoria do risco, exclama DE PAGE (151 bis).

A teoria da culpa na guarda criou, no direito francês, o princípio da responsabilidade do fato da cou-

---

(149) Obr. cit., II, ns. 1.303-1.312; Vide Cozzi, obr. cit., n. 17

(150) Obr. cit., pags. 44 e segs.

(151) Artigo citado, n. 33.

(151 bis) Obr. cit., II, n. 936.



sa, ao lado do princípio da responsabilidade do fato pessoal baseado na culpa clássica. Alargou-se desta forma e, cada vez mais, o âmbito de ação daquele princípio, fazendo-se a sua aplicação a casos que, anteriormente à sua consagração, eram capitulados em face do preceito do art. 1.382 do Código civil francês, isto é, como fatos pessoais.

As aplicações da teoria da culpa na guarda pela Jurisprudência a um grande número de acidentes (152), máxime em referência aos acidentes de automóvel, de caça, de esportes, de explosões de máquinas, causando danos a terceiros, deu uma tal extensão à nova teoria, que em todo e qualquer caso concreto se procura ver, não o fato pessoal do homem para fixá-lo em face da culpa, como erro de conduta imputável, mas o fato da coisa inanimada.

Admitindo-se, a princípio, na culpa da guarda a prova em contrário, isto é, considerando-a uma presunção *juris tantum*, a Jurisprudência dos tribunais franceses passou a negá-la, sob a influência da doutrina de AUBRY-RAU (153). Aplicou-a primeiramente às cousas móveis; passou, em seguida, a admiti-la para os imóveis (154). Estabeleceu distinção entre cousas perigosas e não perigosas ou ocasionalmente perigosas, para não aplicá-la às não perigosas e termi-

---

(152) Vide LALOU, obr. cit., ns. 556 e segs.

(153) BESSON, pag. 103 e s.; DEMOGUE, obr. cit., V, n. 1.132; Vide MAZEAUD, II, n. 1.127; CHAVEAU, artigo cit., n. 27; AUBRY e RAU, obr. cit., vol. VI, § 448, nota 10; RIPERT, «La règle morale», cit. n. 114.

(154) Vide autores acima citados na nota 153.

nou a Jurisprudência repudiando a teoria que fazia tal distinção, para aplicá-la a tôda e qualquer cousa sob a guarda (155).

O célebre arresto da Cômte de Cassação, em Câmaras reunidas, de 13 de Fevereiro de 1930. interpretado por alguns, como RIPERT, JEAN LOUP (156), como aplicação da teoria da culpa, ao passo que outros, como JOSSE RAND (157), SAVATIER (158), CHAUVEAU (159) declararam que se trata de aplicação da teoria do risco aos accidentes de automóveis, não considerou, desta forma, o ato pessoal do condutor de veículo (160).

Em relação aos accidentes de caça, a Jurisprudência francesa tem feito aplicação da teoria da culpa na guarda, substituindo o fato pessoal do detentor da arma pela culpa decorrente do fato da cõusa. E' o guarda da arma que tem o poder de controle e direção da arma, quer o accidente seja ou não voluntario, sem que prevaleça a distinção feita pelos irmãos MAZEAUD (161) de que a culpa na guarda só se aplica quando

---

(155) Esta teoria fôra sustentada por RIPERT (*La règle morale*», cit. n. 124). Vide COZZI, obr. cit., ns. 10 e segs.; CHAUVEAU, art. cit., n. 27.

(156) JEAN LOUP, «*La responsabilité des accidents causés par les automobiles*», pag. 115 e s.

(157) «*Evolution et Actualités*», pag. 115 e s.

(158) Art. cit., na «*Rev. critique*», 1934, pags. 409 e segs., n. 46.

(159) Art. cit., na «*Rev. critique*», 1933, pags. 306 e segs., n. 25.

(160) PIERRE JOURDAN, «*Les collisions de vehicules — Étude sur un problème de resp. civ.*», pag. 10; CHAUVEAU, art. cit., ns. 25 e 26.

(161) Obr. cit., vol. III, n. 128.



a arma obedece à ação do homem (162). A mesma aplicação se tem feito ao caso de acidentes causados aos espectadores quando se trata de esporte individual, não organizado como espetáculos, sendo o jogador responsável por culpa, no caso de espetáculos organizados (163).

Aos danos resultantes de instalações elétricas também se tem aplicado a teoria da culpa na guarda da coisa, incluindo-se a rede elétrica na categoria das coisas que devem ser normalmente guardadas, de sorte que o próprio acidente constitui a prova de que falhou a vigilância (164). A empresa elétrica tem a guarda e a manutenção de suas instalações, *ex-vi* do disposto no art. 1.384 § 1, salvo a hipótese de força maior, caso furtuito ou culpa da vítima. Também no caso de danos resultantes das perturbações radioelétricas, a teoria da culpa na guarda tem encontrado aplicações. Os tribunais franceses têm admitido que um anúncio luminoso, um transporte de energia elétrica, um fonógrafo elétrico são coisas perigosas, necessitando de guarda (165).

---

(162) GEORGES VIMONT, obr. cit., pag. 41 e segs.; JEAN AZEMA, «La responsabilité em matèrè de sports», pag. 88.

(163) J. AZEMA, obr. cit., pag. 92.

(164) ROBERT BEINEIX, «La responsabilité civ. en matière d'accidents et de dommages provoqués par le courant électrique», n. 163 e segs.; JACQUES ALIBERT, «Obligations et responsabilité des distributeurs d'énergie électrique», pag. 343 e s.

(165) Vide JACQUES ISORÉ, «La nouvelle réglementation des perturbations radioélectriques», pag. 62 e segs.

Estas referências especiais à aplicação da teoria da culpa na guarda demonstram, de modo inequívoco, o deslocamento da aplicação da culpa cometida por fatos incontestavelmente pessoais, para a culpa decorrente do fato das cousas, ou seja — a culpa na guarda, como resultado inelutável das grandes e profundas transformações de ordem econômica e social que se operaram no transcorrer de mais de um século, após a redação do cit. art. 1.384 § 1.º do Código Civil francês (166). E' uma reação à insuficiência da teoria da culpa clássica e tornou-se uma das idéias dominantes e diretrizes da teoria da responsabilidade civil extra-contratual (167).

18. A teoria da culpa do Procurador Geral da Corte de Cassação da Bélgica, P. LECLERCQ, já referida, defendida pela 1.ª vez na audiência solene de 15 de Setembro de 1927, e mais tarde, em suas conclusões, no arresto de Cass. de 17 de Novembro de 1927 e, finalmente, em notas sobre o arresto de Cassação de 23 de Julho de 1932 (168), é uma interpretação “funcional” dos textos, adaptando-os às necessidades da vida moderna, melhorando a sorte da vítima, elemento sociológico que constitui a base de toda a evolução atual da responsabilidade civil (169).

---

(166) BEINEIX, obr. cit., n. 158; vide RIPERT. «La règle morale», cit., n. 113.

(167) GAUDEMONT, obr. cit., pags. 893 e segs.

(168) PIRSON e VILLÉ, I, n. 60; MAZEAUD, obr. cit., I, n. 385.

(169) DE PAGE, obr. cit., II, n. 935; PIRSON e VILLÉ, obr. cit., n. 61.



LECLERC afasta-se do conceito clássico da culpa, para considerar como culpa todo fato imediato do homem, lesivo do direito de outrem. Desde que a lei nos proíbe de lesar o direito de outrem, sem mais condição, a simples lesão dêste direito constitúi um ato ilícito. Não lesar o direito de outrem é o fundamento da vida social, devendo cada um evitar a violação desta obrigação. Em materia aquiliana, como na contractual, desde que haja atentado ao direito, há, como consequência do próprio fato, a existência da culpa. Ainda para os que pensam que a culpa é um erro de conduta ou uma falta de diligência, ainda êstes, diz LECLERCQ, devem admitir o seu conceito, porque lesar o direito de outrem é falta de diligência (170).

A doutrina do procurador LECLERCQ encontrou no notável professor PAUL EISMEIN, um dos mais acirrados e incansáveis sustentadores da teoria da culpa, um defensor de grande valia. No volume sexto do “*Traité pratique de droit civil français*” de PLANIOL e RIPPERT, ESMEIN expôs, em 1930, a doutrina da teoria clássica da culpa, como, aliás, o fizera em publicações anteriores. Mas no seu artigo “*Les principes de la responsabilité délictuelle*”, publicado na “*Revue critique*” de 1933, pag. 458 e seguintes, ESMEIN declara que adquiriu a convicção, depois das observações apresentadas por LECLERCQ, que a doutrina da teoria clássica deve ser retificada. Afirma ESMEIN que a vítima de um dano causado pelo fato pessoal do agente não

---

(170) DE PAGE, obr. cit., II, n. 935.

tem de provar a culpa da imprudência do autor e para convencer basta examinar os fatos. Si um transeunte, na rua, quebra, com a bengala, o vidro de uma vitrine; si abrindo o guarda-chuva, o proprietário fere um transeunte com a ponta de uma vareta; ou si um jornalista publica a respeito de uma pessoa uma informação inexata que lhe atinja a reputação, o Juiz condenará o agente pela prova exclusiva do fato, salvo si o mesmo agente desculpar-se. Presume-se a culpa pelo fato pessoal ou imediato do homem, na expressão de LECLERCQ, justificando-se esta presumpção em virtude do domínio que o homem tem de seu próprio corpo. Assim como o homem tem o govêrno de outras pessoas ou das cousas, impondo-lhe a lei a responsabilidade pelo fato de outrem ou das cousas, também é responsável pelo seus próprios atos, na qualidade de guarda de si próprio, pois sôbre si mesmo o seu govêrno é mais perfeito e mais constante.

As mais acirradas críticas à doutrina de LECLERCQ têm sido desferidas, quer mostrando que no seu sistema a culpa se confunde com o dano e a vontade desaparece como elemento primacial da culpa; quer acentuando que a culpa se confundirá com a lesão do direito, chegando-se a resultados equivalentes aos da teoria do risco (171).

Não nos interessa defender ou atacar a teoria; o nosso objetivo é demonstrar a extensão do conceito da

---

(171) MAZEAUD, obr. cit., I, n. 385; PIRSON e VILLÉ, obr. cit., I, ns. 63 e s.; DE PAGE, obr. cit., II, n. 935, pag. 789; JOSEPH RUTSAERT, «Le fondement de la resp. civile extra-contractuelle», pags. 50, 143 e 169.



culpa, que se vem operando, destando-se do conceito tradicional da culpa. O procurador LECLERCQ, como ESMEIN, não repudiam o princípio da responsabilidade subjetiva, mas deduzem a culpa da própria lesão do direito, do próprio fato imediato do homem, sem cuidar ou perquirir si houve ou não omissão de diligência, si o fato podia ser previsto e evitado e nem cuidam de apreciar a conduta do agente, em face do modo de agir do homem diligente.

A culpa resulta não de um ato qualquer, mas de um ato particular, ilícito, que consiste em lesar o direito de outrem.

19. Os danos causados pelos alienados, em geral, em face da teoria clássica da culpa, não devem ser reparados, excetuando-se a responsabilidade dos seus guardas, porque seria declarar responsáveis indivíduos que, desprovidos de razão, inconcientes na prática de seus atos, agem sem conhecimento de causa, sem consciência de seus atos. Falta-lhes a imputabilidade moral, o elemento psicológico, que dá à omissão de diligência, como fato material, o seu caráter jurídico.

Sem se afastarem, entretanto, do princípio da responsabilidade subjetiva, os doutrinadores criaram a teoria da culpa anterior ou preexistente, que aceita pelos tribunais, tem sido concretizada em preceitos legais, como veremos oportunamente.

Na impossibilidade de se afirmar a responsabilidade do alienado dentro dos princípios da teoria clássica da culpa, mas ante a necessidade imperiosa de se proteger a vítima de um dano injusto, correspondendo

aos fins da justiça, aos princípios de equilíbrio social e dos ditameis da equidade, procurou-se sustentar a responsabilidade dos alienados, das pessoas privadas de discernimento, rebuscando nos fatos anteriores culposos a causa da alienação mental. Não existindo entre o evento danoso e o agente privado de razão uma relação causal que lhe seja imputável moralmente, pela absoluta ausência de consciência do ato praticado, examinam-se as causas que arrastaram o agente ao estado de demência. Si este estado provém de fatos voluntariamente imputáveis ao demente, de sorte que o mesmo se achava em condições de prevêr as consequências funestas dêstes mesmos atos, responderá êle pelo ato danoso praticado em estado de inconsciência. Si era possível agir de outra forma, evitando os atos que levaram à demência, o fato de não se ter conduzido como o faria qualquer homem diligente e avisado constitui culpa. Esta culpa anterior ou preexistente, embora não contemporânea do ato ilícito, é suficiente para fazer surgir a responsabilidade do demente, a qual repousa, desta forma, na “*possibilità di provvedere l'eventuale stato di inconscienza*” (172). E' a aplicação da teoria da “*actiones liberae in causa*”; desde que haja uma

---

(172) WALTER MOMIGLIANO, «Il risarcimento del danno extracontrattuale cogionato da persona priva di discernimento», na «Revista de diritto civile», 1937, pag. 193 e segs.; ALEXANDRE NEAGU, «Contribution à l'étude de la faute subjective dans la responsabilité civile», pags. 114 e s.; JACQUES LIMOUZINEAU, «Le problème de la responsabilité civile extracontractuelle de l'aliéné en France», pag. 57 e segs.



atividade voluntária inicial, seguindo-se um parentese de inconsciência durante o qual se realiza o ato danoso, a responsabilidade decorre da causa inicial voluntária (173).

Os doutrinadores têm acolhido esta teoria, estudando os casos de demência proveniente da embriaguês, do uso de substâncias entorpecentes, do contágio de moléstias venéreas, do hipnotismo involuntário e de outras causas semelhantes (174).

Várias legislações já consagraram o princípio da culpa anterior, como sejam o direito austríaco, o alemão e o suíço (175). A aceitação da doutrina da culpa preexistente constituiu um dos processos técnicos de que se têm lançado mão para ampliar o conceito da culpa, fugindo dos limites estreitos e insuficientes deste mesmo conceito na reparação dos danos.

Nos limites deste conceito clássico da culpa, a imputabilidade moral do agente se refere ao fato causador do evento danoso, numa relação imediata de causalidade, devendo ser atual o dolo ou a culpa; no momento do ato é que o agente deve ter razão e liberdade. Procurar-se esta culpabilidade em causas anteriores é derro-

---

(173) CAVALLO, obr. cit., pag. 75 e segs.

(174) Vide DEMOGUE, III, n. 306 e s.; BAUDRY-BARDE, IV, n. 2861; AUBRY e RAU, obr. cit., VI, n. 444, nota 4 ter.; SOURDAT, obr. cit., n. 19; LALOU, obr. cit., n. 394; CHIRONI, obr. cit., II, n. 535; GIORGI, «Teoria delle obbl. nel dir. moderno italiano», VI, n. 147.

(175) Cód. civ. alemão — art. 827, 2.<sup>a</sup> al.; Cód. suíço das obrigações, art. 54, 2.<sup>a</sup> al.; Cód. civ. austríaco, art. 1307. — Código polonês das obrigações — art. 81.

gar os princípios da teoria clássica, pois, o fato culposos anterior não tem relação direta com o dano.

**20.** Os acidentes decorrentes de causas desconhecidas levaram alguns doutrinadores, apegados aos princípios da responsabilidade subjetiva, a proclamar a existência da culpa desconhecida ou culpa provável. Tais acidentes se verificam, na maioria dos casos, nas correntes elétricas. Em virtude das múltiplas atribuições do distribuidor de energia elétrica resultantes da necessidade de proteger os terceiros, admite-se como provável que o distribuidor tenha deixado de executar uma das suas obrigações, uma vez verificado o dano. Ignorada a causa dos prejuízos sofridos pela vítima, o distribuidor será considerado como tendo cometido, provavelmente, uma culpa geradora dos danos (176).

E' a afirmação, *à priori*, da existência da culpa, embora não se possa prová-la, ou seja, da existência de uma culpa que se ignora. O autor do dano é responsável porque não pode provar a ausência do nexo de causalidade entre a obra e o dano; não se pode provar nem o nexo, nem a sua ausência. O nexo não é real, tangível, mas aparente; existe certamente, mas é apenas hipotético (177).

---

(176) MOMIGLIANO, obr. cit., pag. 231; R. BEINEIX, obr. cit., n. 97.

(177) Vide JACQUES ALIBERT, obr. cit., pags. 328 e s. — MARCEL COCAT («Du fondement de la responsabilité du voiturier en matière de transport de personnes», pag. 108») se refere à causa ocasional provável ou simplesmente possível do acidente, em matéria de transportes, no caso de dano às pessoas, para justificar a responsabilidade.



Como se vê, a admissibilidade de uma culpa provável ou desconhecida destanca-se de tal forma do conceito clássico de culpa, que o citado ALIBERT declara que a responsabilidade decorrente da culpa desconhecida nos coloca no domínio da responsabilidade pelo risco criado. Na verdade assim o é, porque si ignoramos a causa do acidente, a responsabilidade resulta exclusivamente do próprio fato.

**21.** Não há, sem dúvida, maior fonte de casos concretos de perturbações de direito alheio, ocasionando danos, do que a vizinhança; tornam-se mais comuns e mais possíveis os entrechoques das atividades do homens, principalmente, em face do progresso vertiginoso das indústrias, emitindo ruídos, exalando odôres, ou soltando fumaças, que tão graves danos acarretam a terceiros.

A responsabilidade aquilian<sup>a</sup> decorrente das perturbações de vizinhança constitúi, pois, um capítulo vastíssimo no problema daquela responsabilidade e no qual as teorias se multiplicam no afan de resolver o problema dentro das fronteiras estreitas da teoria clássica da culpa.

Si passarmos em revista, embora sucintamente, algumas destas teorias, verificaremos que a extensão do conceito de culpa se alonga de tal forma que chegamos apenas a um emprêgo de palavras, com as quais os defensores da teoria da culpa se apegam aos princípios, apenas nominalmente, porquanto, na realidade,

o fundamento jurídico de tais construções doutrinárias é bem diverso.

A responsabilidade pelos danos decorrentes das perturbações de vizinhança tem, sem dúvida, um aspecto diverso do que se passa comumente nos demais casos de entrechoques de interesses nas relações extracontratuais. A aproximação dos imóveis e as vicissitudes de caráter econômico e social, que nascem desta aproximação, impõem aos proprietários uma certa tolerância de vexames, de incômodos inevitáveis e até de prejuízos, que são fatais. Daí partiram os irmãos MAZEAUD para construção da sua teoria sobre a responsabilidade entre vizinhos, reconhecendo, de início, a relatividade do direito de propriedade e a existência da responsabilidade, em certos casos, ainda que o proprietário tenha tomado tôdas as precauções possíveis para evitar o dano (178). Fixados êstes princípios, os notáveis juristas vêem o fundamento da responsabilidade, no caso das perturbações de vizinhança, no excesso do dano, num atentado grave e sério ao direito do vizinho. Um indivíduo avisado não ultrapassa os limites das perturbações normais; há culpa desde que se ultrapassem êstes limites. pois, o vizinho não é obrigado a suportar mais do que é suportável, ou sejam, os vexames, os inconvenientes e as perturbações inevitáveis, afim de que cada um possa exercer o seu direito de proprietário ou tenha o uso da coisa (179).

---

(178) Obr. cit., vol. I, ns. 611 a 613.

(179) Obr. cit., vol. I n. 620.



Comentando a teoria dos irmãos MAZEAUD, mostra PAUL LEYAT, em excelente monografia sobre a matéria (180), que na referida teoria a culpa e o dano se confundem, reduzindo-se a uma expressão algébrica: — Si o prejuízo não é inferior à quantidade  $a$ , a atividade não é culposa; si o prejuízo é superior à quantidade  $a$ , de uma quantidade  $x$ , é culposa. Neste caso a culpa será igual a  $x$  ou seja, o mesmo que o próprio dano. Não ha, consequentemente, análise do ato, mas de suas consequências; ora, ter em apreço somente o valor excessivo do dano, é fazer abstração da intenção, da consciência, em uma palavra — da culpa (181).

Mas os irmãos MAZEAUD se defendem da crítica, quando declaram que não há, na sua doutrina, uma confusão entre a culpa e o dano, porquanto o indivíduo avisado só causa danos ligeiros a seus vizinhos, isto é, os prejuízos inevitáveis, mas não lhes impõe danos excessivos (182).

Parece-nos, porém, inteiramente procedente a crítica de LEYAT, porque realmente aqueles juristas vão procurar, como critério fixador da culpa, o excesso do dano, cuja determinação depende exclusivamente de dados objetivos e não subjetivos, psicológicos, morais. O elemento da imputabilidade moral é inteiramente afastado aquí, como o é em todo o sistema da responsa-

---

(180) «La responsabilité dans les rapports de voisinage», pags. 118 e segs.

(181) Obr. cit., pag. 119, nota 24 e pag. 121.

(182) Obr. cit., I. n. 600, 614, 615 e 620.

bilidade civil extra-contratual dos referidos juristas, partindo-se do seu conceito de culpa, já exposto (183).

MAURICE PICARD tratando do problema da responsabilidade entre vizinhos, no volume III do “*Traité pratique de droit civil français*” de PLANIOL-RIPPERT, expõe a sua teoria que se pode resumir nos seguintes termos:

Referindo-se a vários julgados, declara PICARD que o mesmos exprimem a idéia de que não se pode usar a propriedade senão em condições habituais da época e da situação delles; assim, não agindo, deve o proprietário reparar os danos causados, porquanto, fazendo de sua propriedade um uso excepcional, destrói a relação de equilíbrio entre as propriedades vizinhas. São as idéias defendidas por LABÉE, IHERING e HAURIOU e que inspiraram vários Códigos recentes (184).

Em essência, tal concepção importa em proclamar a culpa no fato do proprietário impôr a seus vizinhos um incômodo excepcional sem reparar o prejuízo que lhe causou. A culpa não consiste aquí no ato nocivo, mas na recusa de uma reparação que deve acompanhar o ato. Sob êste aspecto, há alguma coisa de exato nesta concepção da obrigação de vizinhança, pois si é verdade que toda culpa consiste na violação de uma obrigação legal preexistente, devemos deduzir da consagração da responsabilidade do proprietário a regra

---

(183) Vide n.º 13.

(184) Cód. civ. alemão, art. 906; Cód. civ. suíço, arts. 684 e 685.



de que, em certos casos, o direito de propriedade não pode ser exercido senão mediante reparação do dano causado. O ato é permitido porque é socialmente útil, mas como tem por consequência uma espécie de expropriação do direito de outrem, êle acarreta a obrigação de reparar (185).

Verifica-se do exposto, que PICARD, partindo do conceito de culpa de PLANIOL — violação de uma obrigação preexistente — conclui que a culpa consiste na recusa de reparar o dano causado por um incômodo excepcional. Tal sistema, criticado pelo citado LEYAT (186), é a negação completa da culpa clássica, porque nele tudo se reduz à recusa do proprietário de não pagar o dano sofrido pelo vizinho. Tôdas as vezes, pois, que haja recusa de pagamento de um dano, muito embora esta obrigação de ressarcí-lo repouse em um dispositivo legal que consagre a teoria do risco, haverá culpa. Dêste modo, êste original conceito de culpa, ao envez de se caracterizar como um fundamento jurídico distinto do risco, passou a ter um sentido genérico de simples violação de qualquer obrigação, o que está longe de ser o critério da teoria clássica.

---

(185) «Des Biens», n. 471; DEMOGUE (obr. cit., III, n. 721) parece sustentar o mesmo sistema de PICARD quando declara: — «Chaque propriétaire dans certains cas ne peut exploiter son terrain qu'en modifiant ce fonds commun des agréments du quartier: air salubre, tranquillité, etc. Il ne fait rien d'illicites. Mais il se livre forcément à un sort d'expropriation de ses voisins, en leur procurant un air vicié en leur enlevant leur tranquillité. Il est juste qu'il doive indemnité».

(186) Obr. cit., pag. 88 e segs.

PAUL LEYAT, (187) na sua citada monografia, procurando expor uma doutrina para fundamentar a responsabilidade resultante das perturbações entre vizinhos, recorre à teoria romana da *immissio*, remodelando-a. Confessa, porém, de início (188), que não se deve confundir a culpa decorrente das relações de vizinhança, com a culpa no sentido ordinario de erro de conduta cotejado com o proceder normal do homem avisado, do *bonus pater familias*, colocado no mesmo lugar e nas mesmas condições do agente causador do dano. Esta culpa resolve o problema da responsabilidade parcialmente, mas é impotente para solucionar as questões suscitadas nas relações de vizinhança. Daí proclamar, o citado escritor, a existência de uma culpa própria de vizinhança (189), criando uma responsabilidade excepcional, que surge a despeito da observância escrupulosa das leis e dos regulamentos e das precauções tomadas para se evitar o dano.

Esta culpa especial é a culpa da *immissio*, isto é, da usurpação do direito de propriedade vizinha pela emissão de qualquer coisa que lhe possa causar dano. A culpa da *immissio* surge pelo simples fato em si mesmo da emissão; cada vez que há já *immissio*, a responsabilidade surge, na ausência de qualquer outra culpa, impondo-se a reparação do dano que atinja certa importância, além do que é tolerável entre vizinhos (190).

---

(187) Obr. cit., pag. 158 e segs.

(188) Obr. cit., pag. 24 e segs.

(189) Obr. cit., pag. 69.

(190) Obr. cit., pags. 69 e segs.



LEYAT aplica a sua teoria não só às emissões materiais, como fumaças, emissões luminosas, sonoras, caloríficas, como às emissões radio-elétricas (191), mas não põe à margem a teoria da culpa ordinária, que será aplicada tôdas as vezes que não haja a culpa da *immissio* e fique provado o êrro de conduta normal.

Do exposto bem se vê que estamos em face de uma concepção de culpa que se afasta em absoluto da teoria clássica, verdade, aliás, que o próprio LEYAT acentua para caracterizar a sua doutrina. A culpa repousa pura e simplesmente no fato da *immissio*, sem se cuidar de saber si há ou não imputabilidade moral, sem se perquirir si há ou não um êrro de conduta apreciado *in abstracto*. Tudo se reduz, para caracterização da culpa, no transpôr os limites geográficos da propriedade alheia, causando dano, cuja reparação se fará em face de um critério também objetivo — a sua gravidade, tomando em consideração o tempo, o lugar, o meio, a situação, as circunstâncias próprias da vítima e da sua receptividade (192).

**22.** Si o nosso intuito, passando em revista os vários processos técnicos para fixar a responsabilidade com fundamento na culpa, é demonstrar que o conceito da culpa se tem alargado demasiadamente, afastando-se do seu conceito clássico, será cabível qualquer referência à teoria do abuso do direito na sua aplicação à responsabilidade extra-contratual?

---

(191) Obr. cit., pags. 217 e segs.

(192) Obr. cit., pag. 375.

A teoria do abuso do direito é, talvez, no direito civil, a que mais tem oferecido ensêjo aos doutrinadores para divergências profundas, quando procuram fixar o que se deve entender pela expressão — abuso do direito.

Para os que pensam com RIPPERT (193) e BONNECASE (194) que o abuso do direito surge apenas do exercício do direito com o intuito de lesar, não há lugar para a aplicação da teoria da responsabilidade extra-contratual decorrente da simples culpa. Si, entretanto, nos filiar-mos às doutrinas dos que vêm no abuso do direito um ato culposo, com fundamentos jurídicos que se deversificam, conforme a doutrina que se adote, verificaremos, então, que a teoria do abuso do direito abre um domínio imenso à culpa, de molde a afirmar-se que a culpa no exercício de um direito se tornou uma noção prática e corrente (195).

Embora, porém, se veja no abuso do direito um ato culposo, estaremos em face de um conceito de culpa diverso do conceito clássico, isto é, do erro de conduta imputável moralmente ao agente?

Os irmãos MAZEAUD, dentro de sua concepção da culpa, vêm no ato abusivo do direito um simples erro de conduta, visto como o que devemos saber é se uma

---

(193) «La règle morale dans les obligations civiles», n. 93.

(194) «Précis de droit civil», II, ns. 345 e segs.; «Supplement» ao «Traité de droit civ.» de BAUDRY, vol. III, ns. 225 e segs.

(195) JOSSE-RAND «La transformation du droit des obligations», no «Livre-souvenir», cit., pag. 42 e s.; «L'évolution de la responsabilité» em «Evolutions et Actualité», cit., pags. 37 e s.; «De l'esprit de droit et de leur relativité», n. 262.



pessoa avisada teria sido mais prudente no exercício do seu direito (196). Assim também se pronunciam DEMOGUE (197), SOURDAT (198) e LALOU (199).

Entretanto. L. CAMPION, na sua monografia sobre o abuso do direito intitulada “La theorie de l’abus des droits”, aceitando como critério fundamental do abuso do direito — a ruptura do equilíbrio dos interesses em presença — refere-se à chamada culpa social. Eis os conceitos do citado escritor :

*“La conception nouvelle des droits subjectifs et de leurs limites permet à celui qui, législateur ou juge doit dire le droit, de rechercher en toute circonstance si l’intérêt social ne crée pas à charge du sujet, en restreignant son droit, des obligations dont l’existence n’était pas autrefois soupçonnée ou dont, en tout cas, la nécessité n’apparaissait pas. Parfois, le manquement à ces obligations entraîne des sanctions pénales. Tel le fait de subordonner, en Belgique, la conclusion d’un contrat de travail à l’affiliation d’une personne à une association syndicale. C’est une faut sociale. Parfois se manquement entraîne une sanction civile. Cette sanction civile peut se présenter de façons différentes. Le manquement à l’obligation de ne pas conclure une convention ayant un but déterminant contraire aux bonnes moeurs rend l’obligations nulle. C’est encore une faut sociale, mais moins grave. Le*

---

(196) Obr. ci., I, ns. 576 e s.

(197) Obr. cit., vol. IV, n. 686.

(198) Obr. cit., n. 440 bis.

(199) Obr. cit., ns. 877 e 911.

*manquement à l'obligation de ne pas agir témérairement en justice aura comme sanction la réparation du préjudice occasionné. C'est une faute qui n'est qu'indirectement sociale. Elle ne lèse la société qu'en lésant un individu. C'est la responsabilité quasi-délictuelle. On le voit, la théorie n'apporte de changement à cette responsabilité qu'en ce qu'elle facilite la reconnaissance d'une obligation préexistante. La distinction qui sépare la conception étroite et la conception élargie de l'abus des droits est que dans la première l'exercice antisocial cause un dommage à autrui, tandis que dans la seconde il lèse directement la société" (200).*

Verifica-se do exposto que CAMPION, ao lado da culpa ordinária que fere os direitos individuais, se refere à culpa que lesa diretamente a sociedade. Não há, nesta hipótese, apreciação de erro de conduta, mas simples verificação da lesão à coletividade, no exercício de um direito, baseando-se num critério social. E CAMPION conclui: *"Ils doivent mettre en balance, rénovant ainsi le symbole de la justice, le préjudice social résultant de l'atteinte à un droit reconnu et celui résultant du dommage causé par l'exercice de ce droit. Si le fléau penche vers ce dernier, il y a exercice antisocial d'un droit" (201).*

O maior prejuízo social constitui, pois, o critério fixador do ato abusivo de um direito. Daí se poder concluir que a culpa não reside, no caso do abuso do

---

(200) Obr. cit., pag. 298.

(201) Obr. cit., n. 418, pag. 302.



direito, causando dano a terceiro, num êrro de conduta imputável moralmente ao agente, mas no exercício de um direito causador de um dano socialmente mais apreciável. A responsabilidade surge, justamente, porque a proteção do exercício dêste direito é menos útil socialmente do que a reparação do dano causado pelo titular deste mesmo direito (202).

**23.** E chegou o momento de encerrar o presente capítulo, recolhendo, da jornada percorrida, os ensinamentos que porventura dela possamos retirar.

Fixado o conceito da culpa como um êrro de conduta, aferido pelo proceder do homem prudente e imputável moralmente, verificámos que as necessidades sociais arrastaram os doutrinadores e a Jurisprudência dos tribunais a uma concepção mais ampla da culpa, dentro da qual se enfeixassem todos os fatos da vida real, causadores de danos, cuja reparação se impuhna com justiça e que escapavam à noção restrita e acanhada da culpa como omissão de diligência imputável moralmente.

Todo o movimento se acentua no sentido de se objetivar, de se concretizar a noção da culpa. Afasta-se a imputabilidade moral, para se apreciar tão somente o êrro de conduta em face da conduta do homem normal, excluindo-se, porém, as circunstâncias internas, pessoais do agente e assim se proclama com fundamento na própria culpa, a responsabilidade dos que agem sem discernimento. Na impossibilidade de se re-

---

(202) Obr. cit., pag. 302, n. 419.

solver, com justiça e equidade, grande número de casos concretos criados e agravados assustadoramente por novos fatores, pondo em perigo a segurança material dos indivíduos; na impossibilidade de enfeixa-los dentro do âmbito acanhado do art. 1.382 do C. Civil francês, feito para 1804, forja-se uma interpretação nova e científica do art. 1.384 § 1.º do dito Código, perscrutando-se a natureza objetiva dos fatos, procurando o equilíbrio dos interesses sociais, como diz GENY (203) e usando-se a cognominada técnica adaptadora, na expressão de EDMOND PICARD (204). O princípio da responsabilidade pelo fato pessoal, regulado no art. 1.382, cede terreno ao princípio da responsabilidade pelo fato da cousa. A principio sob o fundamento de uma “banal presunção de culpa”, admitindo-se a prova em contrário; ao depois, com a proclamação de uma presunção absoluta, só desfeita com a prova de causa estranha e com a mais ampla aplicação (205).

A teoria do procurador LECLERCQ, vendo, no próprio ato violador do direito de outrem, a culpa, mais se afasta da teoria clássica, materializado-se o seu conceito. Este mesmo fenômeno de concretização da culpa no próprio fato, resalta das teorias que procuram resolver os danos decorrentes das relações de vizinhança, atendendo ao valor do prejuízo causado; a culpa para o ressarcimento do dano passa a ser uma questão aritmética.

---

(203) «Methode de interpretation», 2.<sup>a</sup> ed., II, n. 174.

(204) «Les constantes du droit», pag. 167.

(205) RIPERT, «La règle morale dans les obligations civiles», n.



As teorias da culpa anterior ou preexistente, da culpa desconhecida ou provável, fugindo do critério clássico de se verificar a conduta do agente moralmente imputável, fixam critérios meramente objetivos, porque é, afinal, da existência do fato que nasce a obrigação de reparação do dano.

A primeira sob o fundamento de fatos culposos causadores de um estado mórbido, responsabiliza o incociente pelo seu ato exclusivamente material, inconsciente, causador do prejuízo. A segunda supõe uma culpa provável num fato, cuja causa se desconhece; mera ficção, que apenas disfarça a realidade das cousas.

Pretende-se, à fôrça de argumentos hábeis, não afastar a culpa do seu pedestal, sobre o qual se construiu a teoria da responsabilidade subjetiva extra-contratual. Fala-se desta onda de socialismo que invade o direito, como dizem PIRSON e VILLÉ, a-fim-de se evitar a invasão do materialismo e conter a teoria do risco dentro de uma certa categoria de fatos pre-determinados (206).

No entanto, os diques se rompem, as ondas invasoras destroem vários preceitos, mas não levam de roldão o pedestal, que aí está, sem dúvida, na sabedoria dos artigos dos Códigos das nações cultas. É preciso, porém, convir que no embate travado a teoria da culpa não saiu incólume; a verdade dos preceitos legislativos e dos julgados dos tribunais, mais do que as lições dos doutrinadores, comprova a verdade da afirmação.

---

(206) Obr. cit., I, pag. 146. Vide LEYAT, obr. cit., pag. 266; DEFROIDMON, obr. cit., pag. 340 e segs.

## CAPÍTULO II

### DA RESPONSABILIDADE EXTRA-CONTRATUAL SOB O FUNDAMENTO DO RISCO

24. — O movimento inovador da teoria da responsabilidade sem culpa. Suas causas. Teorias a respeito. 25. — A responsabilidade sem culpa e o princípio do art. 1.384, § 1.º do Código Civil francês. 26. — Da responsabilidade decorrente da ruína de edifício. 27. — Da responsabilidade dos patrões e comitentes. 28. — Da responsabilidade do proprietário ou guarda de animais. 29. — Da responsabilidade dos alienados. 30. — Da responsabilidade decorrente das relações de vizinhança. 31. — Crítica da teoria do risco. 32. — Defesa da teoria do risco.

24. Vimos que o conceito clássico da culpa, sob fundamento psicológico, exigindo do agente a imputabilidade moral, cedeu terreno às várias noções e aplicações da culpa objetivada, no sentido de eliminar da responsabilidade extra-contratual o elemento subjetivo. O entrechoque, entretanto, cada vez mais crescente de interesses, aumentando as lesões de direitos, em virtude da densidade progressiva das populações e da diversidade múltipla das atividades na exploração do solo e das riquezas; a multiplicação indefinida das causas pro-



dutoras de danos, advindas das invenções criadoras de perigos que se avolumam, ameaçando a segurança pessoal de cada um de nós; a necessidade imperiosa de se proteger a vítima, assegurando-lhe a reparação do dano sofrido, em face da luta dispar entre as empresas poderosas e as vítimas desprovidas de recursos; as dificuldades, dia a dia, maiores de se provar a causa dos acidentes produtores de danos, e dela se deduzir a culpa, à vista dos inventos ainda não bem conhecidos na sua essência, como a eletricidade, o radium, os raios X e outros, não podiam deixar de influenciar no espírito e na consciência do jurista. Era imprecindível, pois, rebuscar um novo fundamento à responsabilidade extra-contratual, que melhor resolvesse o grave problema da reparação dos danos, de molde que evitasse injustiças que a consciência jurídica e humana repudiavam (207).

Dentro do critério da responsabilidade fundada na culpa não era possível resolver um sem número de casos, que a civilização moderna criara ou agravara; imprescindível se tornara, para a solução do problema da responsabilidade extra-contratual, afastar-se do elemento moral, da pesquisa psicológica do íntimo do agente ou da possibilidade de previsão ou de diligência para colocar a questão sob um aspecto até então não

---

(207) Sobre a influência destes vários fatores, vide H. DE PAGE, *obr. cit.*, II, n. 30; JOSSEKAND — «Le livre Souvenir», *art. cit.*, pag. 40-42. CORBESCO, *obr. cit.*, pag. 174 e segs.; VENIAMIN, *obr. cit.*, na qual estuda profundamente a influência dos fatores econômicos nas obrigações civis.

encarado devidamente, (208) isto é, sob o ponto de vista exclusivo da reparação do dano. O fim por atingir é exterior, objetivo, de simples reparação e não interior e subjetivo, como na imposição da pena. Os problemas da responsabilidade são tão somente os problemas de reparação de perdas (209). O dano e a reparação não devem ser aferidos pela medida da culpabilidade, mas deve emergir do fato causador da lesão de um bem jurídico, a-fim-de se manterem incólumes os interesses em jôgo, cujo desequilíbrio é manifesto, si ficarmos dentro dos estreitos limites de uma responsabilidade subjetiva (210).

Ao lado dêstes fatores de ordem material e social, fatores morais vieram influenciar no surto do movimento inovador. O crescente número de vítimas sofrendo as consequências das atividades do homem, dia a dia, mais intensas, no afã de conquistar proventos; o desequilíbrio flagrante entre os “criadores de riscos” poderosos e as vítimas; os princípios de equidade que se revoltavam contra esta fatalidade jurídica

---

(208) Muito embora a teoria da responsabilidade sem culpa, como o demonstra COZZI (obr. cit., pags. 345 e segs.), em longo estudo histórico, já fosse apregada e aplicada, a teoria da culpa, sob a influência do Código Civil francês, passou a predominar nas legislações de todos os povos, como na doutrina.

(209) JOSSERAND, «Les transports», n. 558 e s.; «De l'esprit des droits et de leur relativité», pags. 17-19; LISA BRUNSCHWIK — «La responsabilité envers les tiers dans la navigation aérienne», pag. 13 e s.; HENRI DE PAGE, «A propos du gouvernement des juges», pag. 131.

(210) JOSSERAND, «Livres-Souvenir», cit., pags. 48 e segs.; DE PAGE, «Tr. él. de dr. civ. belge», II, ns. 30 e 934; L. E. H. MAZEAUD, obr. cit., I, n. 344.



de se impor à vítima inocente, não criadora do fato, o peso exclusivo do dano muitas vezes decorrente da atividade exclusiva do agente (211), vieram se unir aos demais fatores, fazendo explodir intenso, demolidor, o movimento das novas idéias, que fundamentam a responsabilidade extra-contratual tão somente na relação de causalidade entre o dano e o fato gerador.

A responsabilidade deve surgir exclusivamente do fato, considerando-se a culpa um resquício da confusão primitiva entre a responsabilidade civil e a penal. O que se deve ter em vista é a vítima, assegurando-lhe a reparação do dano e não a idéia de infligir uma pena ao autor do prejuízo causado. Os dados econômicos modernos determinam a responsabilidade fundada sobre a lei econômica da “causalidade entre o proveito e o risco” (212).

No seu primeiro ímpeto a teoria da responsabilidade sem culpa proclamava a reparação do dano mesmo involuntário. VENEZIAN, CREMIEU e outros sustentaram a responsabilidade do agente por todo ato, do qual seja ele a causa material, excetuando, apenas, os fatos exteriores ao homem (213). Para os defensores desta extremada doutrina, influenciada pelo positivismo jurídico, no conflicto de direitos só há patri-

---

(211) GAUDEMET, obr. cit., pag. 310; CARDOSO DE GOUVEIA, obr. cit., n. 1. — DEMOGUE, obr. cit., III, ns. 277 e s.; J CHARMONT, «Les transformations du droit civil», pags. 239 e s.

(212) VENIAMIN, obr. cit., pag. 424; CORBESCO, «Devoirs moraux et obligations légales», pag. 174 e s.; VENEZIAN, obr. cit., I, 20, 24, 45, 49; RUTSAERT, obr. cit., pag. 140 e s.

(213) MAZEAUD, obr. cit., I, n. 342.

mônios em presença, eliminando-se o elemento pessoal — Dizia SALEILLES: — “é preciso materializar o direito civil, pôr abaixo o lado psicológico” (214).

Além da influência dêste positivismo jurídico, pondo à margem a influência dos elementos morais no problema da responsabilidade extra-contratual, argumentava-se a favor das novas idéias em nome da necessidade da socialização do direito. A reparação não deve decorrer da culpa, da pesquisa de qualquer elemento moral verificando-se si o agente agiu bem ou mal, conciente ou inconcientemente, com ou sem diligência; acima dos interêsses de ordem individual devem ser colocados os sociais e só consultando êstes interêsses, e neles se baseando, é que se determinará ou não, a necessidade da reparação (215).

---

(214) MAZEAUD, *obr. cit.*, I, n. 343; DEMOGUE, *obr. cit.*, III, II, 277.

(215) RUTSAERT, *obr. cit.*, pag. 141. RAYMUNDO SALEILLES na 1.<sup>a</sup> edição de sua obra «*Essai d'une theorie générale de l'obligation d'après le project de Code Civil allemand*», pregara a responsabilidade sem culpa nos accidentes de trabalho, por exeção, como simples dever de segurança. Só mais tarde, no seu livro «*Les accidents de travail et la responsabilité civile*» é que o notável jurista pregou a teoria da responsabilidade sem culpa. «*Je ne sais rien de faux et parfois d'humiliant comme cette idée de faute mise en avant pour les moindres actes de notre activité et les moindres manifestations de notre liberté*». Apre-gou, desta forma, o abandono da culpa, declarando que seria mais equitativo e social e mais conforme à própria dignidade humana, que «*chacun em agissant court des risques et que là où un malheur arrive par suite d'un fait volontaire et libre, l'auteur du fait paiera les risques. C'est le prix de la liberté et c'est également la formule, j'ai essayé de la démontrer, de l'article 1382*». SALEILLES combate a teoria de SAUZET e SAINTILETTE, que faziam derivar a responsabilidade do patrão, no caso de acidente do trabalho, da violação de uma obrigação con-



A teoria do risco integral, assim denominada a sua primitiva forma, é taxada, pelos defensores da res-

---

tratual, que consistia em declarar o padrão garantidor da segurança do operário.

SAILEILLES, ao contrário de JOSSEKAND, («De la responsabilité du fait des choses» — Paris — Rousseau — 1897) que limitara sua teoria objetiva ao fato das causas inanimadas, proclamara como princípio geral, deduzido do art. 1382 do Código Civil francês, a responsabilidade extra-contratual resultante do próprio fato.

Afirmando que a idéia de culpa é sobrevivência de longínquo sistema de penas privadas, sustentava que não se trata senão de uma questão de riscos a regular, como preço e resgate de uma atividade do agente, que deve suportar as consequências de sua iniciativa. A atividade, o fato primitivo, eis o que aparece claramente como passível do dano. Mais tarde, porém, no artigo «Responsabilité du fait des choses devant la Cour supérieure du Canada», publicado na «Revue trim. de droit civil», 1911, pag. 5 e seps., SALEILLES faz modificação sensível no seu sistema anterior. No caso de responsabilidade por fato de outrem ou do fato das cousas, há uma distinção entre o caso em que o fato danoso provém de uma pessoa ou de uma coisa de que há vigilância e o caso em que o dano provém de uma coisa ou de uma pessoa de que se explora o trabalho. No primeiro caso, há presunção de culpa, podendo-se fazer a prova de ausência de culpa; na segunda hipótese há fatos do risco, sem que se possa fazer a distinção entre o padrão e comitente. São as idéias expostas no livro sobre os acidentes do trabalho (pag. 33). Na doutrina exposta nesta obra, o fato em si mesmo, o fato sem outra qualificação, mesmo o fato normal de todas as manifestações da atividade emanada do homem, importa para o autor do ato a obrigação de reparar o dano. Dai as críticas de PLANIOL E GENY, que levaram SALEILLES a declarar que não é todo fato, o mais inocente, que poderá acarretar a responsabilidade. O que pretende é que, todas as vezes que existam duas atividades em jogo, ambas se expõem ao perigo dos danos inevitáveis, em matéria de concorrência vital. A questão é, então, de imputação de riscos e ela deve ser realizada de acordo com a natureza objetiva do fato e não segundo seus elementos subjetivos. Há fatos de riscos, fatos que por si só se afastam, como diriam os matemáticos, da *normal*, e que, por consequência, implicam a aceitação dos riscos. (Vide CHARLES MASSIGLI — «Les travaux de Raymond Saleilles sur la theorie objective de la res-

ponsabilidade subjectiva, de brutal, levando a consequências iníquas (216).

A esta primitiva construção da responsabilidade sem culpa, sucederam novas teorias, que os irmãos MAZEAUD (217) reduzem a duas correntes: — a que basea a responsabilidade extra-contratual no ato anormal, defendida por RIPERT, na sua obra sobre o fundamento da responsabilidade entre vizinhos, é a teoria do risco-proveito, da qual é JOSSE RAND o mais notável precursor.

A teoria do ato anormal, que consiste em fazer surgir a responsabilidade tôdas as vezes que a atividade do agente é anormal no uso da propriedade, foi arquitetada e aplicada por RIPERT para regular os distúrbios das relações de vizinhança. RIPERT, porém, abandonou-a para voltar à teoria da responsabilidade subjectiva, nas suas obras “La règle morale dans les obligations” e “Le regime democratice et le droit civil moderne”. Aliás, criticando a teoria de RIPERT, dizem muito bem os irmãos MAZEAUD, que o ato anormal nada mais é do que o ato culposo ou seja aquele que o homem diligente, como tipo de comparação, não praticaria (218).

---

ponsabilité extra-contractuel», «L'œuvre juridique de Raymond Saleilles», pag. 437 e s.).

(216) Vide DEFROIDMONT, obr. cit, pag. 339 e segs.; NAST — «Le probleme de la rep. civ.», na «Rev. crit. de leg. et jur.». — 1932, pag. 458.

(217) Obr. cit., I, n. 348.

(218) Obr. cit. n. 348.



A teoria objetiva, que funda a responsabilidade extra-contratual no risco criado pelas múltiplas atividades humanas, foi, sem dúvida, a que fixou as bases da nova concepção da responsabilidade sem culpa, passando do campo doutrinal para o direito positivo. O movimento iniciado por SALEILLES, como vimos, encontrou na obra de JOSSERAND o seu mais ardente e possante defensor, e a despeito das críticas que lhe foram dirigidas, e que adiante estudaremos, aquela teoria encontrou a sua consagração, não só em dispositivos do direito comum, mas também na legislação especial.

Partindo da necessidade da segurança da vítima, que sofreu o dano, sem para elle concorrer, os seus defensores sustentam que “les faiseurs d’actes”, nas suas múltiplas atividades, são os criadores de riscos, na busca de proveitos individuais. Si destas atividades colhem os seus autores todos os proveitos ou pelo menos agem para conseguí-los, é justo e racional que suportem os encargos, que carreguem com os ônus, que respondam pelos riscos disseminados — *Ubi emolumentum, ibi onus*. — Não é justo, nem racional, nem tampouco equitativo e humano que a vítima, que não colhe os proveitos da atividade criadora dos riscos e que para tais riscos não concorreu, suporte os azares da atividade alheia.

A questão da responsabilidade, que é mera questão de reparação de danos, de proteção do direito lesado, de equilíbrio social, deve, pois, ser resolvida atendendo somente àquele critério objetivo; quem guarda os



benefícios que o acaso de sua atividade lhe proporciona, deve, inversamente, suportar os males decorrentes desta mesma atividade (219).

Eis a teoria do risco-proveito na sua concepção a que chamaremos primitiva, porque outras doutrinas consideram a responsabilidade extra-contratual decorrente do risco, sem esta extensão, nos termos expostos. Assim é que GAUDEMET aceita a teoria do risco criado por uma atividade anormal, sendo a anormalidade fixada pelos usos e costumes (220). GENY, embora não aceitando nas suas últimas consequências as doutrinas de SALEILLES e de JOSSERAND, aplaude o pensamento que inspirou a nova teoria, para declarar que o art. 1.382 do Código Civil francês nada tem que fazer em presença de uma pura questão de risco; o intérprete deve regular a questão com as exigências da justiça e da uti-

---

(219) JOSSERAND — «Les transports», ns. 557 e segs.; «Cours», cit., II, ns. 458 e 488; Vide LEON MICHEL, «La responsabilité des maitres», em «Rev. critique», pag. 592; SAVATIER — «Règles générales de la resp. civ.» em «Rev. critique», 1934, pag. 409 e s.; ns. 34 e s.; CORBESCO, obr. cit., pag. 181.

(220) E' engenhosa a concepção de EUGÈNE GAUDEMET (obr. cit., pags. 312 e segs.), defendendo a teoria da responsabilidade sem culpa. O risco só deve ser imposto à atividade individual quando seja de caráter anormal, cuja apreciação se fará segundo os usos e costumes. E' preciso provar, além do dano e da causalidade, o caráter anormal do ato prejudicial. Não se volta assim, acentua GAUDEMET, à teoria clássica da culpa. O ato socialmente anormal difere da culpa: — 1.º Porque a culpa clássica supõe um ato ilícito que viola um direito; o ato socialmente anormal supõe simplesmente que não é dos que se devem permitir no estado atual dos usos e costumes; 2.º, porque a culpa clássica supõe elementos subjetivos. O ato anormal é apreciado objetivamente, independente de toda consideração da vontade ou do estado de espírito de seu autor.



lidade social, auscultando o sentimento moral, que domina as relações humanas; examinando as condições sociais e econômicas e avaliando os interesses em jôgo, segundo o estado da nossa civilização contemporânea (221).

VENIAMIN, que estuda o problema da responsabilidade, encarando o fator econômico e vendo na influência dos fatos econômicos a diminuição do império da responsabilidade subjetiva, sustenta a responsabilidade objetiva, no domínio da atividade em que o risco aparece como um dado inerente à técnica da organização econômica, e onde, por consequência, a solução do problema é fornecida pela estrutura desta mesma organização (222).

Outras concepções teóricas são incluídas na responsabilidade objetiva, como sejam a do ato anormal de RIPERT, a do risco e do enriquecimento sem causa de SAVATIER, a do risco e a desigualdade de poder de BETTREMIEUX, assim como a do procurador LECLERCQ.

A exposição, porém, destas teorias não nos interessa porquanto, fixado o conceito da teoria do risco com fruto inevitável das atividades humanas, como consequência inerente à própria ação do homem nas suas múltiplas manifestações da vida moderna, o nosso desiderato é verificar si tal concepção encontrou guarida no direito positivo, quer em face do direito comum, quer na legislação especial.

---

(221) Obr. cit., II, n. 174, 2.<sup>a</sup> ed.; «Risques et responsabilité», na «Rev. tr. de droit civ.» 1902, pag. 812 e s.

222) Obr. cit., pag. 447 e s.

25. Já vimos que a interpretação extensiva do art. 1.384, paragr. 1.º do Código Civil francês pela Jurisprudência fez surgir, ao lado do princípio da culpa consagrado no art. 1382 do cit. Código, um princípio diverso que proclama a responsabilidade pelo fato das cousas inanimadas.

Os defensores da teoria da culpa vêem nesta interpretação não a aplicação da teoria do risco, mas a criação da teoria da culpa na guarda, que já estudámos anteriormente.

Os defensores da teoria do risco vêem, pelo contrário, na interpretação jurisprudencial do art. 1.384 § 1.º, a consagração inconfundível da responsabilidade sem culpa (223), tanto mais que o legislador, para evitar a aplicação do art. 1.384 § 1.º aos casos de incêndio que causem dano a terceiros, acrescentou ao art. citado, pela lei de 7 de Novembro de 1932, que a responsabilidade do detentor do imóvel onde se iniciou o incêndio, decorre da culpa. Este preceito constitúi, sem dúvida, uma exceção ao princípio firmado no art. 1.384 § 1.º, pois, vindo consagrar a responsabilidade com culpa, direta e claramente afirma que o artigo referido sanciona o princípio da responsabilidade sem culpa (224). Diz muito bem JOSSE RAND, referindo-se à lei

---

(223) JOSSE RAND, «Cours», ns. 553 e 559; SAVATIER, «Rev. Crit.», cit., pag. 409 e s. ns. 33 e 34; CHAUVEAU — «Rev. Crit.», 1933, pag. 306 e s. n. 27 e s.; DEMOGUE, obr. cit., V, ns. 983, 1001, 1122 e 1128; COZZI, obr. cit., n. 17.

(224) COZZI, obr. cit., n. 13; VENIAMIN, obr. cit., pag. 440; BEINEIX, obr. cit., n. 178; Vide L. e H. MAZEAUD, II, n. 1365.



de 7 de Novembro, que não se derroga senão o que existe (225).

Os debates doutrinários não se arrefecem até que o célebre arresto de 13 de Fevereiro de 1930 da Côte de Cassação de Paris veio lançar mais fortes argumentos aos sustentadores da teoria do risco.

O arresto notável não poderia deixar de provocar, como provocou, a opinião de notáveis juristas franceses. CAPITANT reprovando a atitude da Côte, declara que a mesma estava desempenhando as funções de legislador, enquanto RIPERT (226) procura demonstrar que no referido julgado não há aplicação da teoria do risco, não tendo a Côte de Cassação modificado a sua doutrina.

Os irmãos MAZEAUD declaram que o referido julgamento substituí apenas a expressão-presunção de culpa, pela expressão-presunção de responsabilidade, sem se ferir o princípio da responsabilidade fundada na culpa, pois, si tal pretendessem os julgadores, teriam usado das palavras-risco ou proveito (227).

JOSSERAND dedica ao arresto de 13 de Fevereiro uma de suas conferências — “Les accidents d’automobile et l’arrêt solennel du 13 février 1930”, pronunciada na Faculdade de Direito de Coimbra, a-fim-de demonstrar a teoria do risco, aplicando o dispositivo do art. 1.384 § 1.º do Código Civil francês (228).

---

(225) «Cours», III, n. 533.

(226) «Le régime démocratique et le droit civil moderne», n. 173.

(227) Obr. cit., II, n. 1309.

(228) «Evolutions et Actualités», pag. 52 e s. Vide «Livres Souvenir», pags. 39 e s.

Na referida conferência, quando estuda a natureza da responsabilidade do guarda, JOSSE RAND declara que a Côte de Cassação não tem o hábito de falar para nada dizer. Ela pesa as palavras e as fórmulas. Quando renuncia a uma fórmula consagrada no estilo, é evidentemente porque tem suas razões. A expressão “presunção de responsabilidade” é usada no arresto de 13 de Fevereiro de 1930 e depois, pela Câmara Civil, no arresto de 24 de Junho de 1930. Não é possível que esta mudança de fórmula não corresponda a uma idéia, a uma nova orientação da Côte Suprema em matéria de responsabilidade. E adiante acrescenta que a culpa aquiliana domina sempre o debate, mas somente se contenta com uma culpa problemática, possível, provável, um fantasma de culpa. Na verdade, há uma responsabilidade sem culpa alguma, uma responsabilidade legal, objetiva, causal, baseada, portanto, na idéia de risco (229).

PAUL DURAND, na sua obra notável — “Le Droit des obligations dans les jurisprudences français et belge”, coroada pela Faculdade de Direito de Paris (Premio Rossi — 1929), depois de estudar a aplicação, na jurisprudência belga, do art. 1.384, paragr. 1.º do Código Civil francês e mostrar que na Bélgica prevalece o princípio da culpa assimilando o fato das cousas ao fato pessoal, declara que depois do arresto de 13 de Fevereiro de 1930, uma presunção de responsabilidade pesa sobre o guarda da coisa, salvo a prova

---

(229) «Evolutions et Actualités», pags. 65 e s.;



do caso fortuito, da força maior, da culpa da vítima ou de terceiro (230).

Assinalemos, finalmente, para chegarmos a uma conclusão neste debate, que JEAN SAPIN, na sua recente obra “Les assurances de responsabilité professionnelle” (Sirey — Paris — 1938), referindo-se à responsabilidade do fato das cousas, declara que a jurisprudência se mostra cada vez mais severa na admissão da causa estranha não imputável ao guarda da coisa e cita um arresto da “Cour de Amiens” de 21 de fevereiro de 1934, responsabilizando o proprietário de um café pelos ferimentos causados a um consumidor, em virtude do rompimento de um sifão, ainda que o fato tenha sido ocasionado por terceiro, que desastrosamente fez cair o referido sifão. A Côte justificou esta decisão, declarando que o fato de terceiro não pode ser considerado um caso fortuito, visto como o atravancamento do café deixa prever que os vai-vens dos clientes arriscam a provocação da queda dos objetos colocados sobre a mesa (230 bis).

Enumerando diversas passagens da obra de ANDRÉ BESSON, já citada, mostra, com razão PAUL LEYAT (231) que aquele escritor prega a doutrina do risco na sua construção de culpa na guarda.

---

(230) PAUL DURAND, obr. cit., ns. 18 18 20.

(230 bis) JEAN SAPIN, obr. cit., pag. 42, nota 31.

(231) Obr. cit., pag. 95. E'notável assinalar que o Projeto de reforma do Código Civil argentino, seguindo a orientação das novas idéias, dispondo no art. 899 que respondem o proprietário ou detentores pelos danos causados pelas cousas inanimadas, acrescenta enumerando os casos, os danos causados pela explosão de máquinas ou de substância.

Do exame das divergências doutrinárias, vemos que a apregoada culpa na guarda, criando uma presunção *juris et de jure* da culpa, sem que o autor do dano possa provar a ausência da culpa, é, irretorquivelmente, a proclamação da teoria do risco. Si na teoria da culpa na guarda, ao envez de se apreciar a conduta do agente da cousa, toma-se sòmente em consideração o fato prejudicial, sob a presunção irrefragável de que o guarda responde pelo fato da cousa, o que se aprecia não é a conduta do agente, o seu gráu maior ou menor de diligência, mas tão sòmente o fato pelo qual responde o mesmo guarda.

Nas múltiplas aplicações do art. 1.384, paragr. 1.º, quer nos accidentes de automóvel, como nos de caça, de esporte, de electricidade e outros, verificamos que o guarda é responsável, não pela sua ação individual, pela direção dada à cousa, porque tal exame importaria no exame da conduta do guarda, ou seja, no exame do fato pessoal, regulado pelo art. 1.382 do Código Civil, mas pelo do fato da própria cousa inanimada, chegando BESSON a afirmar que pouco importa continue ou não o guarda a ser o senhor da cousa; êle deve não causar dano, sob pena de responsabilidade (232).

No domínio da responsabilidade decorrente dos accidentes de automóvel, a aplicação do art. 1.384, paragr. 1.º do Código Civil francês ou da teoria do risco,

---

(232) Obr. cit., pag., 46.



provocou entre os juristas os mais vivos debates, sem se poder chegar a uma solução definitiva (233).

Chegamos, entretanto, a esta verdade incontestável, encarando não só a Jurisprudência, como as legislações modernas: — ou a admissibilidade, por alguns, de uma presunção de culpa sem admitir a prova em contrário, a não ser do caso fortuito ou fôrça maior (234), ou a consagração da teoria do risco, para outros; ambas as doutrinas, porém se confundem, praticamente, nos mesmos efeitos.

O projeto elaborado pela Sociedade de Estudos Legislativos, redigido por COLIN, consagrou, sem dúvida, no seu artigo primeiro, a responsabilidade objetiva, pois concede à vítima uma indenização decorrente dos prejuízos sofridos, contra o proprietário do veículo, sem necessidade de provar a culpa, isentando-se o proprietário, parcial ou totalmente, só no caso de ter sido o acidente provocado ou agravado por culpa da vítima (235).

O Código da Estrada da Itália, regulado pelo decreto real de 8 de Dezembro de 1933, segundo afirma Cozzi (236), consagra no art. 122 o princípio da responsabilidade sem culpa e está redigido nestes termos:

*“O proprietário do veículo é solidariamente obrigado com o condutor, a menos que não prove que a*

---

(233) FEDERICO PEZELLA, «La resp. del proprietario do veicoli negli infortuni della strada e dell'aria», ns. 11 e segs.

(234) PEZELLA, obr. cit., Nota 4, pag. 88-89.

(235) JEAN LOUP, obr. cit., pag. 287 e segs.

(236) Obr. cit., n. 56 e s.

*circulação do veículo tenha sido feita contra a sua vontade, salvo a responsabilidade que lhe possa caber segundo os princípios gerais do Código civil”.*

Dos termos do citado dispositivo legal bem se vê que a responsabilidade do proprietário surge desde que haja responsabilidade do condutor; pouco importa que a responsabilidade dêste se baseie ou não na culpa. A responsabilidade do proprietário surgirá do fato do condutor sem necessidade de se provar si o mesmo correu ou não par tal (237).

Em matéria de acidentes de electricidade, nos quais a comprovação da culpa da empresa é difícil, senão impossível, a aplicação do art. 1.834 paragr. 1.º se tornou indispensável. Defendendo a opinião dos que vêem, na aplicação do art. 1.384 paragr. 1.º às cousas inanimadas, a teoria do risco, JOSEPH ALIBERT (238) declara que a vítima compete provar tão somente o dano produzido pela cousa inanimada, visto como há o fato da cousa que escapou à guarda.

Referir-se, como vimos, a uma culpa provavel ou da causa desconhecida para fundamentar a responsabilidade em accidentes desta natureza, é recorrer a mero subterfúgio para mascarar com uma palavra, aquilo que não é senão a responsabilidade decorrente do próprio fato, ou seja, a consequência do risco a encargo

---

(237) Em sentido contrario vide PEZELLA, obr. cit., pags. 134 e s. PERETTI-GRIVA, obr. cit. ns. 34 e 58. Vide VICENZO FERRIOLO, «Il nuovo codice della strada», pags. 254 e s.

(238) Opr. cit., pags. 345 e s.



do explorador do serviço. É, como bem diz o citado ALIBERT (239) “*bel et bien le risque*”.

No caso das instalações elétricas de distribuição, constituindo-se uma rede extensa que não pode ser fiscalizada perfeitamente, os acidentes decorrentes do fato da coisa, como sejam a ruptura de um fio que atinge a vítima, correm sob a responsabilidade da empresa só será desfeita pela prova do caso fortuito ou força maior ou por culpa da vítima, a-pesar-de ignorada a causa do acidente (240).

BEINEIX rejeita como fundamento da responsabilidade, na hipótese acima exposta, quer a culpa presumida, quer a teoria do risco. A primeira, porque permite a prova em contrário da ausência da culpa; ora, só a prova do caso fortuito, da força maior ou da culpa da vítima exoneram o guarda da sua responsabilidade. A segunda, porque explica mal a responsabilidade do guarda que não se aproveita da coisa, seja porque a mesma não lhe oferece utilidade alguma, seja porque só um terceiro se aproveita do benefício decorrente da exploração da coisa, sem ter o direito de direção, que faz surgir a responsabilidade. Referindo-se, finalmente, à teoria da culpa na guarda, BEINEIX declara que ela resulta, com mais exatidão das soluções jurisprudenciais, do que do texto do artigo 1.334 parágrafo

---

(239) Obr. cit., pag. 328.

(240) BEINEIX, obr. cit., n. 158.

fo 1.º. Ademais, a matéria é ainda muito viva para que se possa esperar enfeixá-la em uma fórmula (241).

Não nos parecem procedentes os fundamentos expostos.

A teoria da presunção de culpa, modernamente difundida em face do art. 1.384, paragr. 1.º, não é de presunção *juris tantum* e sim *juris et de jure* (242); assim, pois, não se admitindo a prova da ausência da culpa, só desaparece a responsabilidade uma vez provado o caso fortuito, a força maior, a culpa da vítima ou o fato de terceiro.

Nesas condições, as três teorias que, modernamente procuraram fundamentar a responsabilidade decorrente dos fatos das cousas inanimadas: — a da presunção *juris et de jure* da culpa, a teoria da culpa na guarda e a teoria do risco, tôdas se reduzem, nos seus efeitos, à responsabilidade do guarda pelo fato tão somente da cousa, sem apreciação da culpa e só eximindo-o desta responsabilidade à vista da prova do caso fortuito ou força maior, da culpa da vítima ou do fato de terceiro estranho ao guarda.

No estudo das várias hipóteses de responsabilidade fundada nas presunções *juris et de jure*, teremos oportunidade de demonstrar que, na realidade, se trata de casos de responsabilidade objetiva (243).

---

(241) Obr. cit. n. 177.

(242) Cozzi, obr. cit., n. 17; COCAT, obr. cit., n. 77; BESSON, obr. cit., pag. 170; DURAND, obr. cit., n. 18.

(243) Em matéria administrativa, os julgados do Conselho do Estado, na França, têm proclamado, nos casos de acidentes decorrentes



26. A responsabilidade dos danos decorrentes da ruína de edifícios, ou por defeito de conservação ou por vício de construção, tem provocado entre os doutrinadores grandes dissídios quando procuram fixar o seu fundamento.

Podemos assinalar quatro doutrinas sôbre o fundamento jurídico daquela responsabilidade: — 1.<sup>a</sup>) A responsabilidade do proprietário decorre exclusivamente da culpa; 2.<sup>a</sup>) O fundamento da responsabilidade decorre de uma presunção *juris tantum*; 3.<sup>a</sup>) O fundamento da responsabilidade decorre de uma presunção irrefragável de culpa, ou seja, de uma obrigação legal; 4.<sup>a</sup>) O fundamento da responsabilidade do proprietário se baseia na teoria do risco.

1.<sup>a</sup>) A primeira doutrina sustentada pelos irmãos MAZEAUD (244) consiste em afirmar que no caso de ruína, por defeito de conservação, há culpa do proprietário, por não ter reprimido convenientemente o seu prédio; o ato resulta de sua negligência, como

---

da corrente elétrica, a responsabilidade do risco criado, atendendo aos perigos e aos danos causados (BEINEIX, obr. cit., n. 98; ALIBERT, obr. cit., pag. 322). A teoria do risco tem sido também aplicada pelo Conselho de Estado ao caso de execução de trabalhos públicos, a atos da administração pública e a outros casos (Vide PAUL DUEZ, «La Responsabilité de la puissance publique (En dehors du contract)» pags. 38, 45, 47 e 54.

(244) Obr. cit., II, n. 1063 e segs. Conf. SAVATIER, «Rev. Critique» — 1934, pag. 40 e segs. n. 45.

afirmam COLIN e CAPITANT (245) e BEUDANT (246). No caso, porém, de dano decorrente de vício de construção ou de se achar o prédio em poder de outrem, o proprietário responde *pela culpa de outrem, pelo fato de outrem*, contra o qual tem, entretanto, o direito de reaver a indenização paga à vítima.

Desta forma, a responsabilidade terá sempre como fundamento ou a culpa própria ou a culpa de terceiro, pela qual o proprietário responderá.

2.<sup>a</sup>) A segunda doutrina funda a responsabilidade numa presunção *juris tantum* da culpa, a qual decorre do próprio fato da ruína, podendo o proprietário fazer a prova em contrário da ausência de culpa, força maior ou caso fortuito ou a culpa da vítima (246 bis).

3.<sup>a</sup>) A doutrina que funda a responsabilidade na presunção *juris et de jure* da culpa, defendida por DE PAGE (247) PIRSON e VILLÉ (248) e outros (249) sustenta que a culpa é irrefragavelmente determinada por lei; desde que a vítima prove o vício de construção ou defeito de conservação, causas do acidente pro-

---

(245) «Tr. el. de derecho civil fr.» tr. esp. de *De Buen*, vol III, pag. 782.

(246) «Cours de droit civil français», Vol. IV, n. 1225.

(246 bis) GIORGI, «Teoria delle obbligazioni», vol. VI, 410; SOURDAT, obr. cit., n. 1453 ter.

(247) Obr. cit., II, ns. 968 e 1000.

(248) Obr. cit., I, n. 154.

(249) PLANIOL — RIPERT-ESMEIN, obr. cit., vol. VI, n. 609; AUBRY e RAU, obr. cit., VI, 448; VENZI — Notas a PACIFICI MAZZONI, em «Instituzioni di dir. civil. it.», vol. IV, nota 11, p. 388.



dutor do dano, não pode o proprietário exonerar-se da responsabilidade pela prova de que o defeito ou o vício eram inoperantes, que os ignorava ou que confiou a obra a terceiros. A culpa é prefixada, de ofício, pela lei quanto à sua natureza, isto é, falta de conservação e vício de construção, e quanto à sua extensão — presunção *juris et de jure*.

4.<sup>a</sup>) Finalmente sustentam JOSSE RAND (250) Cozzi (251) e outros (252) que a responsabilidade do proprietário é baseada no risco, sempre que o vício de construção não lhe possa ser imputad. Tal se verifica quando o proprietário desconhece a existência do vício, ou porque a construção tenha sido por êle confiada a um arquiteto competente e diligente, ou porque tenha adquirido o prédio no qual não poderia ter notado um vício de construção. A responsabilidade decorre, consequentemente, do fato do acidente, sem que o proprietário possa provar que o vício ou defeito da construção decorram de sua culpa; a responsabilidade

---

(250) «COURS , II, n. 528 — «Evolutions et Actualités», pages. 41 e 43.

(251) Obr. cit., ns. 35 e segs.

(252) DEMOGUE, obr. cit., V, n. 1094. CHIRONI parece sustentar a teoria da responsabilidade sem culpa quando declara que o fundamento da responsabilidade do proprietário resulta do critério de serviço, de sorte que, tirando da cousa utilidade, deve o proprietário garantir os terceiros dos danos que venham a sofrer. VENZI (obr. cit., IV, 111, pag. 388) inclúi nota a teoria de CHIRONI entre as teorias objetivas, assim como a de CONTARDO FERRINI, que declara expressamente não ser a culpa o fundamento da responsabilidade do proprietário, nestes termos: — «La ragione è pur quella che chi trae utilità da uma cosa deve sopportare il pericolo e il danno» (v. DANNI em «Enc. Giur. it.» vol. IV partes I, II e III, pag. 102 n. 131.

só não surgirá uma vez provada a culpa de terceiro ou da vítima, sendo certo que a força maior só prevalecerá, se excluir o vício da construção.

Expostas as teorias sob o fundamento da responsabilidade do proprietário, no caso de dano resultante de sua ruína, por vício de construção ou defeito de conservação, verificámos que, si na hipótese do defeito de conservação, se pode ver na culpa do proprietário, o fundamento de sua responsabilidade, impossível seria falar-se também de culpa, no caso de vício de construção, porquanto, na verdade, o proprietário pode não só ignorar o vício, mas também se achar convicto de sua inexistência, desde que tenha confiado a construção do edifício a um arquiteto notável e diligente.

Tem-se procurado sustentar, como BRASIELLO, que, no caso de vício, há culpa remota do proprietário, não fazendo examinar convenientemente a solidez do edifício. Responde-lhe com vantagem COZZI, que esta fiscalização não pode ir além dos conhecimentos do proprietário e êste não será obrigado a delegar a terceiro esta fiscalização, visto como deve confiar no arquiteto. Ademais, si tal fosse preciso, também seria imprescindível fiscalizar o fiscal e assim por diante ao infinito, em "*una sequela di controllii su controllii*" (253).

Si provado o vício da construção, não é permitido ao proprietário demonstrar que o mesmo não resulta de sua culpa, como no caso de compra do prédio, mandando-se proceder previamente, a um exame do mes-

---

(253) Obr. cit., pag. 148, nota 1.



mo, por técnico competente, é evidente que sua responsabilidade resulta exclusivamente do fato danoso. O êrro de conduta, que caracteriza a culpa, não surge como elemento integrador da responsabilidade porque, denegada a prova de uma conduta diligente, se impõe uma obrigação sem culpa decorrente do fato tão somente de ter havido uma ruína proveniente de um vício. A causa dêste vício, ou ficará desconhecida, ou conhecida, não poderá ser imputada ao proprietário, como consequência de uma conduta anormal; entretanto, o proprietário responderá pelo dano causado a terceiro .

As legislações não seguem, nesta matéria, grande uniformidade. Se as legislações em geral adotam o sistema do Código Civil francês, segundo os ensinamentos de DEMOGUE (254), o Código Civil alemão admite que o proprietário possa liberta-se, provando o cuidado dos usos em relação á cousa (255).

O artigo 1907 do Código Civil espanhol regula a responsabilidade do proprietário, em caso de ruína, apenas por falta de reparações necessárias, porquanto, no caso de vício de construção a responsabilidade é do construtor, nos termos do art. 1908.

MANREZA Y NAVARRO (256), comentando o art. 1.909 cit., declara que não tendo o legislador se referi-

---

(254) Obr. Cit., V, n. 1109.

(255) Vide ENNECCERUS-LEHMANN, obr. cit., vol. II, Parte especial, § 233; DEMOGUE, obr. cit., V, n. 1115.

(256) «Commentarios al Código Civ. español» vol. XII, pag. 673 e segs. Conf. VALLERDE Y VALVERDE, «Tr. de derecho civ. español, vol. III, pag. 665 e segs.; DEMOGUE, obr. cit., V, n. 1114.

do à obrigação da prova, a hipótese é regida pelo preceito genérico e a responsabilidade decorrerá da culpa do responsável, provada pela vítima.

Entendem PEREZ GONZALEZ e JOSÉ AL'GUER, nas suas notas ao citado "*Derecho de Obligaciones*" de ENNECCERUS-LEHMANN, à pag. 662, que basta que a vítima prove a ruína, o dano e o nexó causal, presumindo-se a culpa do proprietário, que poderá ilidí-la, pela prova em contrário.

O Código Civil suíço regula a espécie no art. 58 do Código das Obrigações. SCHNEIDER e FICK (257), comentando o citado dispositivo, declaram que o direito suíço vai muito mais longe do que as legislações francesa e alemã, pois, a responsabilidade decorre da lei, sem que haja culpa pessoal, culpa de outrem ou caso fortuito. A responsabilidade decorre da culpa na construção ou na manutenção do prédio, mas, esta culpa não é preciso que decorra do fato pessoal do responsável. De sorte que o proprietário é responsável ainda que se não possa, objetiva ou subjetivamente, imputar a culpa ao construtor ou guarda da cousa. Não há, no caso, simples presunção de culpa, mas a culpa decorre da lei, ainda que o proprietário não tenha recebido o edifício do construtor por não estar concluído.

O projeto do Código francês-italiano das obrigações, no art. 83, e o parágrafo 151 do Código polonês

---

(257) «Commentaire du Code Fédéral des obligations», tr. fr. de Max Porret da 4.<sup>a</sup> ed. alemã, I, pag. 1608. Conf. A. VON TUHR, «Tratado de las obligaciones», tr. do alemão por W. Roces, vol. I, parágrafo 49, n. 1.



das obrigações adotaram o sistema da presunção *juris tantum* da culpa a favor da vítima.

**27** — A responsabilidade dos patrões ou comitentes pelos atos de seus prepostos pode ser sintetizada em duas teorias: — 1.<sup>a</sup>) Dos que vêem nesta responsabilidade uma presunção *juris et de jure* da culpa na má escolha ou má vigiância do preposto; 2.<sup>o</sup>) Dos que vêem nesta responsabilidade a aplicação da teoria do risco (258).

Para os primeiros, em geral, a responsabilidade do patrão ou comitente repousa na má escolha ou dever de vigilância; desde que o preposto pratique um ato culposo, ocasionando dano a outrem, presume-se que houve por parte do comitente má escolha ou ausência da vigilância devida. Tal presunção é irrefragável, não

---

(258) CHIRONI (Obr. cit., I, ns. 156 e segs.), sustenta que o fundamento desta responsabilidade repousa na representação; os atos do preposto são atos do comitente, de sorte que não há responsabilidade por fato de outrem, mas por fato próprio. Esta opinião tem sido vivamente criticada porque a representação é contratual, e só, por exceção, legal (Vide DEMOGUE, obr. cit., IV, n. 883; VENZI, Notas a Pacifici, vol. IV, pag. 372, nota 00).

Os Irmãos MAZEAD, (obr. cit., I, n. 935), acompanhados de PIRSON E VILLÉ (obr. cit., II, ns. 102 e 126), vêem no ato do preposto, os atos do próprio comitente; há uma confusão das duas pessoas, sendo o comitente substituído pelo preposto. Assim sendo, a culpa do preposto é a culpa do comitente e daí a necessidade da vítima de provar a culpa do preposto. Uma vez esta provada, o comitente não pode exonerar-se, provando ausência de culpa. A teoria exposta não encontra, entretanto, explicação, quando verificamos a extensão da responsabilidade dos patrões ou comitentes por atos abusivos do preposto, além de suas funções ou por atos estranhos às ordens recebidas, etc.



permitindo ao patrão ou comitente a prova da boa escolha do preposto ou da vigilância (259).

A teoria do risco funda esta responsabilidade no proveito decorrente do serviço prestado ao comitente; aproveitando-se dos serviços do preposto, deve o comitente suportar as consequências do risco criado (260). O comitente assume, portanto, os riscos, ao mesmo tempo que colhe os proventos da atividade do preposto, tendo, em geral, a direção desta atividade. A razão predominante na responsabilidade do comitente é dar à vítima uma garantia da responsabilidade do preposto, quasi sempre insolvável. É um movimento mais vasto no direito — o de alargar os pontos de vista sociais sobre os puramente jurídicos. "*Ces derniers sont souvent inséparables d'un individualisme aujourd'hui à l'agonie*" (261).

A teoria sustentada no direito positivo francês, pela jurisprudência, da presunção *juris et de jure* da culpa do patrão ou comitente, nada mais é do que a proclamação da responsabilidade objetiva, porquanto a responsabilidade decorre do próprio ato do preposto,

---

(259) PLANIOL-RIPERT-ESMEIN, obr. cit., vol. VI, ns. 641 e 653; BAUDRY-BARDE, obr. cit., IV, n. 2.911.

(260) JOSSERAND, Cours, II, ns. 510 e 513. Conf. CHAVEAU, «Rev. Critique», 1933, pags. 306 e segs., n. 23; VENEZIIN, obr. cit., I, p. 542. DE PAGE (obr. cit., II, n. 984 e segs.), embora rejeite a teoria da culpa presumida e proclame que se trata de aceitação obrigatória de certos riscos, declara que estamos, na realidade, em face de um enigma inexplicável, quer pela culpa, quer pelo risco, situação que não existe no direito alemão e no suíço, onde, sábia e humanamente, se admite a prova contrária da má escolha ou do defeito de vigilância.

(261) SAVATIER, «Rev. Critique», cit., 1934, pag. 452, n. 38.



sem que o comitente possa demonstrar ausência de culpa de sua parte, quer na escolha, quer na vigilância. Neste sentido a crítica de JOSSE RAND (262) é perfeitamente justificável e aceita por muitos defensores da própria teoria da culpa (263). A concepção de uma presunção *juris et de jure* da culpa é superficial, porque: — 1.º) Em muitos casos a culpa presumida é simplesmente imaginária. 2.º) Uma culpa de criação legal não é mais uma culpa, mas uma obrigação legal. A culpa não tem outro valor senão o de um estratagem jurídico, de um processo técnico utilizado.

Mais grave, porém, é conciliar esta presunção *juris et jure* da culpa com a extensão que a jurisprudência dos tribunais franceses têm dado à responsabilidade do comitente por atos de seus prepostos.

Admite-se esta responsabilidade por atos praticados fora das ordens recebidas, assim, no caso de abuso destas ordens e até contra as ordens expressas do comitente, como na prática de atos sem relação alguma com as funções, mas, praticados durante o exercício de suas atribuições (264).

Como se conciliar esta responsabilidade com a presunção da culpa, não admitindo que o comitente prove que o preposto agiu contra as suas ordens expressas, que são a demonstração de sua conduta normal e da

---

(262) «Cours.», II, n. 513.

(263) RIPERT, «Le regime democratique», ns. 173 e segs.; ESMEIN, obr. cit., VI, n. 641. Vide PAUL DURAND, obr. cit., n. 41.

(264) ESMEIN, obr. cit., VI, n. 653; DEMOGUE, obr. cit., vol. V, n. 882; DE PAGE, obr. cit., II, n. 990.

perfeita direção dos atos de seu preposto? Responder o comitente por atos de seu preposto com a extensão referida, é, inquestionavelmente, obrigá-lo a reparar um dano objetivamente.

Os códigos civis alemão (art. 831), suíço das obrigações (art. 55) e espanhol (art. 1903) só admitem uma presunção *juris tantum*, que será elidida pela prova em contrário de que não houve culpa *in eligendo*, nem *in vigilando*, nem *in instruendo* (265).

O direito inglês se afasta da teoria da culpa presumida, para aceitar a responsabilidade pura e simplesmente do fato do preposto, ainda que êste, ao praticar o ato ilícito, tenha cometido um abuso nas obrigações de servidor ou executado de maneira ilícita um ato permitido pelo patrão (266). Segundo os ensinamentos do prof. MARIO SARFATI (267), o comitente responde pelo ato do preposto, com fundamento na máxima — *qui facit per alium facit per se*.

**28 —** A responsabilidade do proprietário de animais pelos danos por êstes cauados, em face dos arts. 1385 do Cod. Civ. francês e 1.155 do Código Civil

---

(265) Vide ENNECCERUS-LEHMANN, obr. cit., vol. II, Parte especial, paragr. 236; SALEILLES, «Theorie de l'obligation», pags. 414 e s.; SCHNEIDER e FICK, obr. cit., I, pag. 152; A. VON TUHR, obr. cit., paragr. 48, n. 1; DEMOGUE, obr. cit., vol. V, n. 942; MANREZA Y NAVARRO, obr. cit., vol. XII, pag. 608; VALVERDE Y VALVERDE, obr. cit., vol. III, pag. 652.

(266) EDOUARD JENKS, «Digeste de Droit civil anglais», tr. fr. de Baumann e Gaulé, vol. I, art. 767.

(267) «Le obbligazioni nel diritto inglese in rapporto al diritto italiano», n. 120.



italiano, como a da guarda das cousas inanimadas, tem para alguns, o seu fundamento na culpa presumida *juris et jure*, visto como se presume a culpa de vigilância. A responsabilidade decorre do fato provado sem que o proprietário possa eximir-se da responsabilidade pela prova da ausência da culpa; só o caso fortuito ou a força maior, a culpa da vítima ou de terceiro poderão elidir a responsabilidade. A jurisprudência admitia, a princípio, como na responsabilidade pelo fato das cousas inanimadas, a presunção *juris tantum*, passando, mais tarde, como vimos, por influência da doutrina de AUBRY ET RAU, a declará-la *juris et de jure*.

O fundamento da responsabilidade, para os sustentadores desta doutrina, está no defeito de vigilância, na falta de atenção necessária, na temeridade ou na negligência, não sendo tomadas as precauções imprescindíveis, criadoras da segurança de terceiros (268).

Para os irmãos MAZEAUD (269), entretanto, a responsabilidade repousa na teoria da culpa na guarda, já exposta (270). Da mesma forma que pesa sobre o guarda a obrigação de ter o absoluto império sobre a coisa, incorrendo na culpa da guarda toda vez que perde este poder sobre a mesma, idênticamente se dá em relação ao animal; perdida a guarda do animal, violou o proprietário a obrigação que lhe impõe a lei, incorrendo, assim, na culpa.

---

(268) PLANIOL-RIPERT-ESMEIN, *obr. cit.*, VI, n. 600; GIORGI, *obr. cit.*, V, n. 387; PIRSON ET VILLÉ, *obr. cit.*, I, n. 147.

(269) *Obr. cit.*, I, ns. 448 e segs., II, n. 1.137. Conf. BESSON, *obr. cit.*, pags. 115 e segs.; DE PAGE, *obr. cit.*, ns. 1.011 e segs.

(270) N. 17.

Os sustentadores da teoria do risco, tal como no caso da responsabilidade decorrente do fato das cousas inanimadas, vêem na responsabilidade por fato dos animais, a aplicação da teoria objetiva. Os mesmos argumentos expendidos na defesa da teoria do risco, em relação ao fato das cousas inanimadas também aquí se aplicam: — quem tem o proveito do animal, deve arcar com os riscos; quem se serve da força bruta do animal, ainda mesmo sendo manso, embora lícito o ato, deve suportar as suas consequências (271).

As mesmas considerações já expostas, com referência à presunção *juris et de jure* e a teoria da culpa na guarda, são perfeitamente aplicáveis na defesa da teoria objetiva (272).

Cumpre, porém, acrescentar que na responsabilidade pelo fato dos animais, como das cousas dirigidas pelo homem, a jurisprudência francesa consagrou o princípio da responsabilidade pelo fato da coisa ou dos animais, ao envêz de aplicar o princípio da responsabilidade pessoal, verificando si a pessoa, que dirigia a coisa ou conduzia o animal, agira com a prudência e cautela que são usadas pelo *bonus pater familias* (273).

Desta forma desvirtua-se, por completo, o princípio da responsabilidade baseada na culpa. Não se examina o fato do homem, que dirigindo mal o veículo ou conduzindo imprudentemente o animal, foi a causa úni-

---

(271) JOSSERAND, «Cours», cit., II, n. 253; DEMOGUE, obr. cit., V, ns. 990 e segs.; COZZI, obr. cit., ns. 29 e segs.

(272) Ns. 16 e 17.

(273) MAZEAUD, obr. cit., II, ns. 1.121 e 1.122.



ca do acidente. Considera-se o fato da coisa ou do animal a-fim-de se determinar a responsabilidade sem que seja permitido provar a ausência de culpa. Neste sentido, procede a irônica objeção de RIPERT, quando diz que ferir alguém com meu anel, em virtude de um sôco, é fato da coisa e não um ato pessoal! Mas a orientação da jurisprudência objetivando desta forma, a responsabilidade, a-fim-de acaute'ar os interesses da vítima, sob a pressão das necessidades sociais, demonstra o triunfo geral das idéias novas, aliás já consagradas pelas modernas legislações.

O estudo comparativo das legislações sôbre a responsabilidade decorrente dos fatos dos animais demonstrará a verdade desta asserção.

No direito inglês, segundo afirma JENKS (274), vários são os casos de responsabilidade pelos danos produzidos por animais, decorrendo a mesma, exclusivamente, do dano. O guarda de um animal doméstico é responsável pelos danos causados pelo mesmo animal que tenha passado para o terreno de outrem, quando êstes danos são de categoria dos que normalmente são causados por êste animal. Também é responsável pelos danos o proprietário de um cão que mordeu cavalos, bôstas, asnos, carneiros e porcos, conheça ou não o proprietário os instintos do animal, tenha sido ou não negligente.

O Código Civil espanhol, no art. 1.905, declara que a responsabilidade do possuidor, ou de quem se

---

(274) Obr. cit., vol. I, pag. 245 e segs.; arts. 778 e 781.



serve do animal, não cessará senão no caso em que o dano provenha da força maior ou da culpa da vítima.

Comentando o citado dispositivo do Código Civil espanhol, diz MANREZA Y NAVARRO (275) que se trata da consagração da responsabilidade sem culpa, excluindo-se a responsabilidade do possuidor ou do servidor do animal só em caso de força maior, culpa da vítima ou fato de terceiro.

No mesmo sentir se pronunciam GONZALEZ e ALGUER, declarando que se trata de um caso indiscutível de responsabilidade objetiva, de reparação do dano sem culpa, sem mais causas de exoneração, a não serem a força maior e a culpa da vítima (276).

O sistema adotado pelo Código Civil alemão é complexo, porque distingue a responsabilidade dos animais em geral, da dos animais destinados a servirem à profissão, à indústria ou à manutenção do detentor. No art. 833 do Código Civil fixa-se a responsabilidade objetiva, respondendo o que tem o animal à sua disposição, sem condição alguma, e, conseqüentemente, sem culpa. A Novela de 30 de Maio de 1908, entretanto, vigorando a partir de 20 de Junho, fez restrição aos referidos animais de uso. Desta forma a responsabilidade sem culpa é a regra; o preceito da segunda parte do art. 833 ampliado pela cit. Novela, constituirá então a exceção. A vítima provará apenas o

---

(275) Obr. cit., vol. II, pag. 658. VALVERDE Y VALVERDE entende que se trata de uma presunção *juris et de jure* da culpa, elidida apenas pela prova de força maior ou de culpa de terceiro.

(276) Notas a Enneccerus, obr. cit., vol. II, Parte especial, pag. 709.



fato constitutivo da ação, nos termos do art. 833 paragr. 1.º, cabendo ao demandado provar a exceção do paragr. 2.º, isto é, que o animal era doméstico e devidamente guardado.

O fundamento da responsabilidade se baseia no risco, que a temeridade de um animal representa para a coletividade (277).

Mas não se aplica o dispositivo do art. 833 se o animal age seguindo a vontade do seu condutor, ou age por circunstâncias externas. Tem-se, pois, em vista, no sistema do Código civil alemão, o perigo especial do animal, o risco criado pela sua utilização (279).

Os códigos civis português (art. 2.394) e o suíço das obrigações (art. 56) adotaram o sistema da presunção *juris tantum* da culpa (280).

O projeto franco-italiano de um código das obrigações consagra no art. 81 a responsabilidade do proprietário do animal ou do que dele se serve, durante o uso, pelos danos causados, esteja o animal sob sua guarda ou tenha escapado, a menos que não prove que o acidente resultou da culpa da vítima ou por parte de terceiro, por caso fortuito ou força maior. Vêem os irmãos MAZEAUD (281), neste dispositivo, a consagração da teoria da presunção *juris et de jure*, que,

---

(277) ENNECCERUS-LEHMANN, obr. cit., vol. II, paragr. 243. Vide DEMOGUE, obr. cit., V, n. 1.047.

(279) ENNECCERUS-LEHMANN, obr. cit., II, paragr. 243.

(280) Vide DEMOGUE, obr. cit., V, ns. 1.045 e 1.048; SCHNEIDER e FICK, obr. cit., I, pag. 157; A. VON TUHR, obr. cit., paragr. 48.

(281) Obr. cit., II, n. 1.074.

como já vimos, não passa de um processo técnico para mascarar a aplicação da teoria do risco.

A consagração daquele dispositivo no referido projeto, elaborado por jurisconsultos notáveis, tem, realmente, uma significação de grande alcance, demonstrando que as novas idéias se impõem nas conclusões legislativas.

**29** — A consagração, pelo direito positivo, da responsabilidade dos alienados e a sua defesa, quer na jurisprudência, como na doutrina, é, talvez, a mais significativa realização da teoria objetiva no direito comum, derogando, sem rebuços e sem subterfúgios, o princípio da teoria clássica da culpa.

E' verdade que os irmãos MAZEAUD arquitetaram uma teoria de culpa sem imputabilidade moral, cuja aplicação os conduziu a proclamar a responsabilidade dos alienados dentro da teoria da culpa (282). Mas já vimos que esta teoria da culpa sem culpabilidade, como a denomina ESMEIN, mereceu o repúdio de todos os que não podem conceber uma culpa sem imputabilidade moral e foi qualificada por DALLANT, como mais audaz do que a própria teoria da responsabilidade sem culpa (283).

Dentro dos princípios da responsabilidade fundada na noção clássica da culpa, sempre se sustentou a irresponsabilidade dos alienados, porquanto, na ausência da razão, há impossibilidade de previsão, incapa-

---

(282) Obr. cit., I, ns. 448 e segs.

(283) Em Cozzi, obr. cit., n. 17.



cidade de discernir o que seja a conduta normal ou anormal, e, consequentemente, não é possível falar-se de responsabilidade (284).

As opiniões isoladas de MERLIN, CARNOT, LE-GRAVEREND e DAREAU, em sentido contrário, citadas por todos os escritores que têm tratado da matéria, não passam, como dizem LIMOUZINEAU, NEAGU e outros (285), de afirmações sem fundamentação e sem importância; são apenas opiniões pessoais sentidas no fundo da consciência, como solução justa.

No terreno doutrinário inúmeros são os autores que, sob vários fundamentos, proclamam a responsabilidade dos alienados, condenando a apreciação da culpa subjetiva, para atender somente a critérios de ordem social, de segurança da vítima, de equilíbrio social, devendo recair sobre o alienado o peso do dano, não porque seja culpado, mas tão somente porque o problema da responsabilidade civil deve ser encarado como uma simples relação patrimonial regulada pela idéia de concordância entre o fato e o dano (286).

Deixemos, porém, o terreno doutrinário, onde se encontram, ao sabor de cada um, construções teóricas de todos os matizes e vejamos as consagrações positivas da lei, demonstrando a implantação cada vez maior das tendências modernas, afastando-se dos princípios

---

(284) BAUDRY-BARDE, obr. cit., IV, n. 2.857; AUBRY ET RAU, obr. cit., VI, § 446; SOURDAT, obr. cit., I, ns. 16 e 416.

(285) NEAGU, obr. cit., pag. 102; LIMOUZINEAU, obr. cit., pag. 30.

(286) NEAGU, obr. cit., pag. 313; LIMOUZINEAU, obr. cit., pag. 30 e segs.; PASCAUD, «Revue Critique», 1905, pag. 219; E. H. PERREAU, «Revue Critique», 1902, pag. 401; CORBESCO, obr. cit., pags. 193 e segs.

da responsabilidade subjetiva para a objetiva, sempre que os inrêsses da própria vítima e os inrêsses sociais justificam tal orientação.

Si passarmos em revista as legislações positivas, verificaremos que são três os sitesmas adotados: — 1.º) Das que, não contendo preceitos expressos sôbre a matéria, a regulam pelos princípios gerais da responsabilidade dos alienados; tais são os Códigos civis francês, italiano, e holandês; 2.º) O sistema da responsabilidade absoluta adotado na Inglaterra; 3.º) O sistema da responsabilidade subsidiária ou mitigada, adotado pelos Códigos civis alemão (art. 829), suíço (art. 54), português (arts. 2377-2378), espanhol (art. 19), e austríaco (art. 1310).

A responsabilidade do alienado é, em regra, proclamada no direito inglês, respondendo o autor pelos danos causados, considerando-se a solução do problema sob seu aspecto exclusivamente econômico. Toma-se apenas em consideração o estado mental do agente quando há necessidade de se verificar si houve realmente intenção de prejudicar, como nos casos de calúnia ou de injúrias, porque nestes casos o “tort” reside justamente nesta intenção, distinguindo-se dos casos em que o “tort” resulta não da intenção do autor, mas dos resultados objetivos (287).

O terceiro sistema, como dissemos, adopta a responsabilidade subsidiária ou mitigada, por simples

---

(287) Vide NEAGU, obr. cit., pags. 269 e segs.; LIMOUZINEAU, obr. cit., pag. 145; CORBESCO, obr. cit., pag. 212; DEMOGUE, obr. cit., III, pag. 52, n. 322 bis; JENKS, obr. cit., I, art. 64.



equidade, considerando a situação de fortuna do agente e da vítima.

O Código Civil alemão fixa no art. 827 o princípio da irresponsabilidade do alienado, salvo si o estado de alienação é passageira e consequência da culpa anterior; mas no art. 829 dá à vítima o direito de reparação, considerando-se que a reparação se justifica desde que haja lesão de um direito por um ato ilegal do agente (288).

O Código Civil suíço das obrigações, no art. 54, 1881 consagra os mesmos princípios do Código Civil alemão, fundando na equidade a reparação total ou parcial dos danos das pessoas incapazes de discernimento, á critério do julgador (289).

O Código Civil austríaco de 1881 1811 foi historicamente o primeiro que consagrou a responsabilidade do alienado sobre o fundamento da equidade, no seu art. 1.310, conservando-a na revisão feita em 1.º de Janeiro de 1917. São os mesmos princípios do direito alemão, expressos porém, de modo mais nítido (290).

A legislação soviética, entrada em vigor em 1.º de Janeiro de 1923, consagrando, no art. 403 do Código Civil, a responsabilidade independente da culpa, mas decorrente só do fato, dispõe, no entanto, no art. 405

---

(288) NEAGU, obr. cit., pags. 1.275 e segs.; LIMOUZINEAU, obr. cit., pags. 172 e segs.; CORBESCO, obr. cit., pags. 1.209 e segs.; DEMOGUE, obr. cit., III, n. 327; ENNECCERUS-LEHMANN, obr. cit., vol. II, § 226, pag. 617.

(289) Vide obras acima citadas e mais SCHNEIDER e FICK, obr. cit., pags. 179-180.

(290) LIMOUZINEAU obr. cit., pags. 179 e 180.

ser irresponsável a pessoa incapaz, respondendo por ela a pessoa encarregada de sua vigilância. Mas, no art. 406 consagra, como nas legislações alemã, suíça e austríaca, a obrigação de reparação do dano ocasionado pelo louco, como obrigação subsidiária, tendo em vista a sua situação de fortuna e a da vítima (291).

Podemos ainda citar, seguindo o mesmo sistema, o Código Civil de Montenegro, o Código das Obrigações da Polônia, o Código Chinês (art. 187, 3.<sup>a</sup> parte) (292), assim como o projeto franco-italiano de Código das Obrigações, no art. 76, uma vez, porém, que a reparação não possa ser obtida da pessoa que tem a vigilância do incapaz.

O Código Penal espanhol de 1870 já consagrava no art. 19 a responsabilidade do alienado pelos danos causados, não havendo guarda responsável ou sendo este insolvente. O Código Penal espanhol de 1928, no seu art. 77, conservando o mesmo princípio, acrescentou que se deve reservar uma pensão alimentar ao demente, de acordo com as leis civis. No mesmo sentir dispõem o arts. 2.377 e 2.378 do Código Civil português (292 bis).

Admitiram, pois, os legisladores espanhol e português a responsabilidade civil do alienado, como subsidiária, dando a este o benefício da competência, pois

---

(291) LIMOUZINEAU, obr. cit., pags. 181 e segs.; PAUL TAGER, no «Tr. de dir. civ. e com. des soviets» de ELICHVITCH, NODGE e outros, n. 320.

(292) Vide LIMOUZINEAU, obr. cit., pag. 185.

(292 bis) DEMOGUE, obr. cit., III, n. 325; LIMOUZINEAU, obr. cit., pags. 203 e segs.; DIAS FERREIRA, «Código civ. português», IV, pag. 294.



só responderá caso não haja a responsabilidade do guarda ou este seja insolvable, com a proteção do alienado relativamente à prestação alimentar. Tal solução dos referidos Códigos é justa e equitativa, porque protegendo a vítima, não submete o alienado a consequências injustas e deshumanas (293).

Na Bélgica, pela lei de 16 de Abril de 1935 que criou o art. 1.386-bis do Código Civil, ficou fixada a responsabilidade dos que, achando-se em estado de demência ou em estado grave de desequilíbrio e de debilidade mental, não tenham o controle de suas ações e neste ato causem danos a outrem. A responsabilidade é fixada pelo juiz, com equidade, atendendo às circunstâncias e à situação das partes.

A responsabilidade abrange, dizem PIRSON e VILLÉ (294), não só os alienados, como todo e qualquer anormal, sem que seja privado da razão e da inteligência. Basta que se achem em tal estado de desequilíbrio tão grave, que sejam incapazes de controlar as suas ações, conforme se vê da exposição de motivos justificativos da lei apresentada pelo seu relator ORBAN.

Tratando de fundamentar a responsabilidade civil dos alienados em face da referida lei belga, SINZOT e ORBAN se colocaram em campos opostos. Para SINZOT há consagração da responsabilidade objetiva; para ORBAN não há tal, mas simples lei de assistên-

---

(293) LIMOUZINEAU, obr. cit., pags. 200-204; CORBESCO, obr. cit., pag. 214.

(294) Obr. cit., vol. I, Apêndice, pag. 567 e segs.

cia e não de responsabilidade, não se tendo derrogado o princípio da responsabilidade subjetiva.

Para SINZOT o demente age na sociedade, tem um patrimônio, que é a sua expressão econômica, protegido pela lei e pela ordem social. Si uma pena não lhe pode ser imputada, é porque não tem vontade livre e inteligência sã, mas, quanto aos seus bens, não os poderá deter senão em razão da justiça que o defende. Os direitos são protegidos porque têm uma finalidade social e são limitados atendendo ao bem comum, que não se acomoda com uma injustiça, mesmo objetiva. Logo, compete ao Estado, não tolerando esta injustiça, regular e limitar o direito dos elementos que causarem dano a outrem. A questão não é mais de inteligência e de vontade, mas de risco social, que deve ser repartido com equidade. O patrimônio tem a finalidade de assegurar a existência de seu titular, conforme sua importância na sociedade, mas responde também pelas obrigações contraídas, voluntariamente ou não, em relação aos demais membros da sociedade. Há, pois, na teoria de SINZOT, a distinção entre a responsabilidade pessoal e a patrimonial, que o leva à noção de injustiça objetiva. A injustiça decorrente do ato do demente é objetiva, como o é a do possuidor de boa fé, como o é a dos que contratam com o herdeiro aparente. Si não há pena sem culpa, entretanto, a reparação civil de um dano objetivamente injusto se impõe. A equidade exige esta reparação, não a equidade — *poder moderador* — como a define HENRI DE PAGE, mas a equidade como a definiu SANTO TOMAZ, a



equidade contra as construções lógicas que vão ao absurdo e às injustiças. Em uma palavra, SINZOT funda a obrigação do demente de reparar o dano causado pela sua ação, sobre a responsabilidade objetiva, simples responsabilidade patrimonial, em oposição à responsabilidade pessoal (295).

Opondo-se às idéas de SINZOT, ORBAN critica a teoria da responsabilidade patrimonial, declarando que o patrimônio não pode ter responsabilidade, sem um nexo com a pessoa a quem o mesmo pertence, pois, sem êste laço o patrimônio não passa de uma cousa inerte, ao qual não podem ser atribuídos nem direitos, nem obrigações. Depois de várias considerações, que seria longo transcrever, ORBAN declara que o legislador belga não consagrou na nova lei a responsabilidade sem culpa ou objetiva, declarando que é inexato que possa haver, sob o ponto de vista puramente civil, responsabilidade baseando-se unicamente sobre o fato causal. Critica a teoria da culpa objetiva dos irmãos MAZEAUD que conclúe pela responsabilidade civil do alienado, e afirma que, na espécie, não se trata de uma lei de responsabilidade, mas de uma lei de assistência, baseada na equidade. As regras da responsabilidade civil regem o concurso das atividades particulares das pessoas, quando as mesmas atividades causam dano a outrem, fora do contrato. Mas estas regras se aplicam às pessoas dotadas de razão e de inteligência, estando, portanto, a questão da responsabilidade dos dementes fora do domínio da responsabilidade civil. O demen-

---

(295) PIRSON e VILLÉ, obr. cit., I, pags. 572 e segs.

te não é mais uma pessoa, neste ponto de vista, aos olhos do direito; a sua irresponsabilidade o exonera da reparação, sob o ponto de vista jurídico e a questão só pode ser resolvida por um texto fora da responsabilidade e é isto o que se tem feito, estabelecendo o legislador o equilíbrio rompido. A lei confirma a tese da irresponsabilidade jurídica do demente, porque não pode incorrer em nenhuma culpabilidade de ordem moral. Trata-se, conseqüentemente, de uma lei de assistência e não de um preceito regulador de responsabilidade, baseada na equidade, restabelecendo um equilíbrio exigido pela ordem social e o bem comum.

Eis, como ORBAN, aplaudindo a lei, sustenta, entretanto, que não se trata da consagração da teoria da responsabilidade objetiva (296).

Não nos parecem, todavia, convincentes os argumentos de ORBAN.

Si a teoria da culpa funda a obrigação de reparar o dano na culpabilidade moral; si o êrro de conduta é que determina a fixação da culpa e si é impossível encontrar no demente uma culpabilidade moral ou imputar-lhe moralmente um êrro de conduta, não é possível, certamente, assentar na responsabilidade subjetiva o fundamento desta obrigação de reparar os danos causados pelo demente. Devemos, pois, procurar o fundamento desta obrigação em outro princípio jurídico. Diz ORBAN que se trata de uma lei de assistência e não de responsabilidade; há nisto apenas um jôgo de palavras. Si o louco não pode ser declarado respon-

---

(296) PIRSON e VILLÉ, obr. cit., I, pags. 576 e segs.



sável porque lhe falta a culpabilidade moral, impõem-se-lhe, no entanto, a obrigação de reparar os danos sofridos pela vítima de seus atos. Ora, é justamente a obrigação de reparar o dano que se funda na culpa ou no risco. Si a culpa não existe, temos que admitir a existência de uma obrigação sem culpa, fruto de um risco, de um simples fato, sem culpabilidade. E é isto o que afirma a teoria do risco na defesa do equilíbrio rompido, na defesa da vítima injustamente prejudicada. O que a teoria do risco quer, é precisamente que haja uma obrigação de reparar o dano, sem que o fato seja moralmente imputável ao seu autor, mas que por êle responda o mesmo, em virtude do risco criado pela sua ação, pela sua atividade. O demente obrigado a reparar o dano causado, responde pelo seu simples fato, quer se chame à sua obrigação — responsabilidade, quer se denomine — assistência (297). Nos seus efeitos há sempre o ressarcimento de um dano decorrente tão somente de um fato praticado por quem não podia cometer um êrro de conduta. A afirmação de ORBAN, de que as regras de responsabilidade só regem as relações de pessoas dotadas de razão e de inteligência, não defende a sua tese, porque seria necessário que tais regras só regessem as relações das pessoas dotadas de razão e inteligência quando os atos por elas praticados só fossem exclusivamente

---

(297) Observa com razão SAVATIER («Rev. critique», cit., pag. 445) que o termo responsabilidade é mais amplo do que — culpabilidade; a responsabilidade civil é a obrigação de tomar a seu cargo as consequências de uma atividade que se preside.

o fruto desta mesma razão e inteligência. Tal, porém, não é verdade; a responsabilidade civil abrange os danos decorrentes de simples fatos, em que a razão ou a inteligência do homem não participam direta e livremente e até quando esta razão e esta inteligência agiram de modo a não justificar a responsabilidade, em face da culpa. Na responsabilidade decorrente do fato da coisa, como o automóvel, o condutor pode provar a sua diligência, a sua prudência, o seu cuidado, ou numa palavra, a ausência de culpa; entretanto, em face da presunção *juris et de jure* da culpa, a responsabilidade surge do próprio fato. Qual a influência da razão e da inteligência para a fixação da responsabilidade? O demente é declarado responsável pelo fato da coisa ou do animal, com aplicação dos arts. 1.384 paragr. 1.º e 1.385 do Código Civil francês (298); estamos em face da aplicação de preceitos da responsabilidade aplicados às pessoas sem razão e sem inteligência.

Rebusque-se onde se quizer o fundamento da obrigação do demente na reparação dos danos que causar: seja na equidade, seja no dever de assistência, a verdade, porém, é que estamos, ineluctavelmente, aplicando a teoria da responsabilidade sem culpa, quando criamos uma obrigação a cargo de quem jamais pode cometer um erro de conduta. Tôda a responsabilidade civil, para a teoria objetiva se funda na idéia de reparação de um prejuízo sofrido pela vítima injustamente, estabelecendo-se o equilíbrio dos patrimônios, atendendo-se

---

(298) Vide MAZEAUD, obr. cit., I, ns. 1.136 e 1.300; DEMOGUE, obr. cit., III, n. 1.020.



à segurança da vítima (299); ora, desde que se impõe ao alienado o ressarcimento do dano causado, a satisfação de um prejuízo que se reputa injusto, satisfazendo-se o equilíbrio dos patrimônios, cria-se uma obrigação civil, que outra cousa não é, na técnica jurídica, senão a responsabilidade civil extra-contratual. Pouco importa que se condicione esta reparação, limitando-a e protegendo também os interesses do demente; trata-se de se defender outros postulados da justiça e da equidade, mas o princípio, em si mesmo, obrigando a uma reparação maior ou menor, o que constitúi uma simples questão aritmética ou de quantidade, não sofre delimitação, nem muda de natureza; trata-se sempre da obrigação de reparar um dano, sem culpa (300).

**30** — A reparação dos danos decorrentes das relações de vizinhança oferece o campo mais vasto, talvez, à aplicação da teoria da responsabilidade extra-contratual. Já passámos em revista algumas das doutrinas que têm procurado fixar o fundamento desta

---

(299) JOSSERAND, «Cours», cit., II, ns. 418, 458 e 488; LIMOUZINEAU, obr. cit., pag. 191.

(300) Na França a matéria não teve ainda solução legislativa. Todos os escritores que tratam da matéria se referem ao projeto de POURQUERY DE BOISSERIN, apresentado na Câmara dos Deputados em 12 de Novembro de 1901, adotado pela Câmara, sem debate, em 19 de Fevereiro de 1902. Em 13 de Dezembro de 1929, DAUTLY em seu relatório, concluiu pela rejeição do projeto de BOISSERIN e o Senado, em 6 de Fevereiro de 1930 rejeitou-o sem debate, reconhecendo, porém, que o referido projeto revolucionava as bases tradicionais da teoria da responsabilidade civil, consagrando, como de fato consagrava, diz LIMOUZINEAU (obr. cit., pags. 168 e 169), a tese da responsabilidade objetiva.

responsabilidade. Verificámos que a teoria clássica da culpa sofreu, neste capítulo da responsabilidade, uma restrição acentuada, perfeitamente justificada em virtude do crescente número de casos concretos de danos, cuja solução se impõe em face de princípios mais amplos do que os consagrados pela teoria clássica da responsabilidade subjetiva. Vimos que PAUL LEYAT nos fala de uma culpa especial de vizinhança, ao lado da culpa ordinária, incapaz de solucionar, com justiça e equidade, os casos de danos entre vizinhos. Proclamam todos os escritores a necessidade de uma certa tolerância de vizinho para vizinho, suportando-se alguns inconvenientes, vexames e danos de pouca monta, mas que, por sua vez, mesmo tomadas tôdas as precauções possíveis para evitar o dano, poderá surgir a responsabilidade (301).

E' ponto incontroverso, pois, na teoria da culpa, que a responsabilidade decorrente dos danos provenientes das relações de vizinhança não pode ser regulada pelo mesmo princípio da responsabilidade extracontratual em geral.

Os propugnadores da teoria do risco, como JOSSE-RAND (302), COZZI (303), e outros (304), sustentam que a responsabilidade entre vizinhos decorre do risco

---

(301) MAZEAUD, obr. cit., I, n. 593; DEMOGUE, obr. cit., IV, ns. 710 e 713.

(302) «De l'esprit du droit et de leur relativité», ns. 13 e segs.

(303) Obr. cit., n. 67, letra B.

(304) L. CAMPION, «La théorie de l'abus des droits», ns. 58 e 67.



criado na exploração da propriedade, a-fim-de colher nesta exploração um determinado proveito. Há atividades que produzem inevitavelmente danos aos vizinhos, como os estabelecimentos insalubres e incômodos, as industriais que produzem ruídos exagerados, emanações e odores nocivos. Ora, si há culpa, em princípio, no uso de uma cousa nociva, casos há em que o interesse social justifica, até certo limite, êste mesmo uso. Existindo, porém, um risco excepcional criador de danos, o explorador desta atividade é quem deve suportar as consequências dos seus atos, uma vez que colhe os seus proveitos. Não se põe em jôgo a moralidade, nem a oportunidade do ato, nem se verificam os motivos determinantes do agente; considera-se o ato objetivamente nas suas consequências prejudiciais a terceiros, obrigando-se o agente a responder pelos danos causados.

Si applicarmos estes conceitos à realidade dos fatos, verificamos que os julgados dos tribunais franceses e belgas, segundo o testemunho de DEMOGUE (305) e de CAMPION (306), têm aplicado a teoria do risco na solução de casos concretos submetidos ao julgamento judiciário.

O Código Civil suíço no art. 684 declara que são interditas as emissões de fumaças, emanações incômodas, os ruídos, as trepidações que tenham efeitos nocivos e que excedam os limites da tolerância que devem

---

(305) Obr. cit., vol. IV, ns. 728 e segs.

(306) Obr. cit., n. 55 e segs. Vide M. PICARD, obr. cit., III, n. 471.

ter os vizinhos, de acôrdo com o uso local, à situação e à natureza dos imóveis.

Idêntico dispositivo encontramos nos códigos civis alemão (art. 906), espanhol (art. 1.908), nos quais se fixa como critério, para se condenar a *immissio*, o excesso do dano. E', sem dúvida, a applicação da teoria da imissão exposta por LEYAT (307). Mas a responsabilidade decorrente da *immissio*, como já dissemos (308) só considera a responsabilidade atendendo ao excesso do dano; êste excesso é que constitui o critério fixador da responsabilidade. Si, pois há *immissio* excessiva, prejudicial aos vizinhos, a responsabilidade surge do próprio fato desta *immissio*, ou seja, do risco criado pelo proprietário. Não se observa a conduta normal ou anormal do agente; não se si tomou as precauções, que a situação impunha, porque mesmo que as tenha tomado, mesmo que se tenha conduzido irrepreensivelmente para não causar dano a outrem, êle responderá pelo dano, só porque houve a *immissio* excessiva, prejudicial, ainda que ignore a sua existência. Si LEYAT censura a teoria dos irmãos MAZEAUD, porque a culpa, na responsabilidade entre vizinhos, se reduz a uma expressão algébrica, da qual retirado o fator dano excessivo, a culpa desaparece, sendo, portanto, a culpa igual ao dano ou dele se deduz, parece-nos que lhe cabe a mesma censura, por-

---

(307) Obr. cit., pag. 259.

(308) N. 21.



que o fato da *immissio* não constituiu a culpa apreciável para a fixação do dano, mas a *immissio* excessiva. Retire-se o fator — dano excessivo — e não teremos mais responsabilidade; conseqüentemente, tudo se reduz à existência de um dano ponderável que o vizinho não é obrigado a suportar.

Afirma LEYAT o seguinte: — “Assim, essa proposição, segundo a qual, cada vez que haja *immissio*, a responsabilidade surge, na ausência de qualquer outra culpa, com a obrigação de reparar o prejuízo que atinja certa importância, é acolhida por uma multidão de decisões” (309), das quais cita vários exemplos, logo a seguir. A culpa reside, pois, na *immissio*, mas a obrigação de indenizar o dano surge apenas com o prejuízo apreciável. Ora, si a responsabilidade civil, como observa SAVATIER, é a obrigação do agente de tomar a seu cargo as conseqüências de uma atividade que se preside e si no caso da *immissio* a obrigação de reparar somente surge quando haja dano excessivo, temos de concluir que a responsabilidade decorre do dano produzido pela atividade do agente. O próprio LEYAT, no capítulo final de sua obra, recolhendo as conclusões de seu trabalho, declara, ao apreciar a afirmação de que sua teoria é a consagração da teoria do risco, que tal crítica lhe *parece excessiva*. Acrescenta, entretanto, que ainda que sua doutrina se aproximasse mais ainda da teoria do risco, nenhuma razão teria para aderir a esta teoria (310).

---

(309) Obr. cit., pag. 237.

(310) Obr. cit., pag. 378-379.

**31** — Os defensores da teoria da responsabilidade subjetiva têm desferido contra a teoria do risco os mais atrozes ataques, taxando-a de brutal, retrógada e materialista.

Procurando sintetizar toda a série de argumentos de que têm lançado mão os defensores da teoria da culpa contra a teoria do risco, começemos pela justa observação de SAVATIER (310 bis) de que existem duas espécies de adversários da teoria do risco: — 1.<sup>a</sup>) Dos que reconhecem a existência da obrigação de reparar sem culpa, mas declaram que não se trata de responsabilidade e sim de simples garantia. Já tivemos oportunidade de combater tal concepção que, como muito bem diz SAVATIER, não passa de uma que-rela de definições, desde que haja acôrdo em que se deve reparar o dano (311). 2.<sup>o</sup>) O outro grupo nega, desde que não exista uma lei especial ou um contrato, a obrigação de reparação do dano sem culpa.

Procuremos enumerar os argumentos assacados contra a teoria do risco, que são expostos, entre tantos outros, pelos irmãos MAZEAUD (312), JOSEPH RUTSAERT (313), RIPERT (314), COLIN e CAPITANT (315),

---

(310 bis) Art. cit., na «Rev. critique», 1934, pags. 409 e segs., n. 33.

(311) N. 19.

(312) Obr. cit., I, ns. 350 e segs.

(313) Obr. cit., pags. 140 e segs.

(314) «La règle morale dans les obligations», ns. 115 e 117.

(315) Obr. cit., III, pags. 735 e segs.



VENZI (316) DEFROIDMONT (317), para em seguida procurar refutá-los:

a) A teoria do risco é a resultante da influência de idéias positivistas; é uma concepção materialista do direito, porque regula relações entre os patrimônios, abstraindo-se das pessoas. Só estas existem, sob o ponto de vista jurídico, não se podendo, pois, eliminar a pessoa, com alma e vontade. O problema da responsabilidade civil ultrapassa o aspecto puramente material do patrimônio e penetra no domínio da pessoa, de seus pensamentos, de seus sentimentos, de suas afeições.

b) A teoria do risco se apoia na socialização do direito, estando impregnada de idéias socialistas. Desloca o centro da aplicação do direito do indivíduo para a sociedade, quando aquele, na verdade, continua a ser o ponto central do direito, que *regula direitos e deveres individuais*, a-fim-de assegurar a ordem social. Ademais, que se deve entender por interêsses sociais? Como definí-los e fixá-los? Qual o critério para se determinar e para se saber onde está realmente um interêsse social a superpor-se a um interêsse individual? Tal teoria não teve outro objetivo senão favorecer os modestos de recursos contra os poderosos.

c) A teoria do risco é a estagnação da atividade individual, paralisando as iniciativas e arrastando o homem à inércia, visto como, diante da responsabili-

---

(316) Obr. cit., pag. 358, nota *kk*.

(317) «La science du droit positif», pags. 339 e segs.

dade sem culpa, de nada valem a prudência, a conduta irreprovável, as precauções e cautelas, porquanto o agente deverá assumir a responsabilidade de todos os danos que possam resultar das suas ações lícitas e necessárias. As leis de acidentes de trabalho apenas regulam a reparação de uma parte do dano, não tendo adotado integralmente a teoria do risco.

d) A teoria do risco é aplicação das primitivas concepções materiais da responsabilidade, quando o homem, sem o desenvolvimento necessário, não tinha atingido ainda a perfeição de adotar como critério da responsabilidade a noção de culpabilidade, fundada em idéias de ordem moral. Seria regressar aos tempos primitivos e negar toda a evolução da teoria da responsabilidade, a qual, provindo das idéias primitivas da vingança privada e brutal, chegou ao conceito elevado da culpa, cuja supressão seria destruir tôda a justiça humana.

e) Si a teoria do risco proclama a obrigação de arcar com o risco criado em virtude dos proveitos auferidos pela atividade humana, visto tratar-se de uma compensação entre o proveito e o dano, tal responsabilidade não se justifica si não houver proveito. E si o indivíduo, como consequência de sua atividade, deve responder pelo risco criador do dano, deveria também ter direito aos proveitos que terceiros venham auferir de sua atividade.

f) A teoria de risco não tem posição verdadeira e definida no terreno jurídico. O direito se funda em noções precisas e não sôbre noções de aspecto filosó-



fico ou econômico, de contorno mal definidos. Não há um princípio fixo, porquanto o conceito de proveito é incerto e mal definido, ao passo que na noção de culpa há um instrumento de controle precioso. A teoria do risco compromete gravemente a própria ordem social.

Para refutarmos as objeções que acabamos de citar, e antes de o fazer, uma a uma, devemos demonstrar que muitos dos defensores da teoria da culpa se contradizem com suas próprias concepções de culpa. Já vimos que o alargamento do conceito de culpa, imposto pelas necessidades prementes de acautelar direitos e interesses injustamente violados, foi tal, que o antigo e clássico conceito de culpabilidade perdeu a sua feição própria. Posta à margem a imputabilidade moral, deformou-se por completo o conceito de culpa; objetivou-se êste conceito com tal extremo que se chegou à concepção da responsabilidade objetiva, sob o disfarce teórico da palavra culpa.

Aí está a concepção dos irmãos MAZEAUD, que conclui pela responsabilidade do alienado, como tendo praticado um ato culposo! Condena-se a teoria do risco porque só tem em vista uma relação entre patrimônios, pondo à margem a pessoa, centro da atividade jurídica. O problema da responsabilidade vai além do material, pois, leva em apreço os pensamentos, os sentimentos, as afeições, a vontade e a alma do homem, como dizem os irmãos MAZEAUD (318). Mas

---

(318) Obr. cit., I, n. 351.

si tal fosse a verdade, como sustentar uma teoria da culpa que põe à margem a imputabilidade moral, que é justamente onde repousa a influência destes pensamentos, destes sentimentos, destas afeições e desta vontade do homem? Como defender, dentro do sistema da culpa, a responsabilidade do louco, quando êle não tem vontade conciente, quando é apenas um autômato, quando apenas responde pelo dano causado para restabelecer o equilíbrio de um partimônio lesado?

A teoria da culpa, pela maioria de seus defensores, proclama e defende as presunções *juris et de jure* da culpa, sustentando que nelas não se sacrifica e nem se repudia o princípio básico da teoria subjetiva, porquanto subsiste sempre o elemento da culpabilidade. Entretanto, defensores extrênuos e notáveis da teoria da culpa não se cansam de proclamar, verdadeiramente, que as presunções *juris et de jure* não passam de um disfarce da teoria objetiva. ESMEIN (319) as qualifica, engenhosamente, de tapa-ô'ho; COLIN e CAPITANT (320), RIPERT (321), HENoch AGUIAR (322) declaram que as presunções irrefragáveis da culpa chegam aos mesmos resultados de um sistema legal objetivo, não passando de aplicação das novas idéias. Outra coisa

---

(319) «Trois problèmes de responsabilité civ.», na «Rev. tr.», 1934, pag. 317 e segs.

(320) Ob. cit., tr. esp. de DE BUEN, vol. III, pags. 771 e segs.

(321) «Le regime démocratique et le droit civil moderne», pag. 387 e seg., ns. 172 e 173.

(322) Obr. cit., n. 31.



não afirmam os defensores da teoria do risco (323) e já tivemos ocasião de referir-nos ao assunto (324). Mas não é só na admissibilidade das presunções absolutas que a teoria moderna da culpa não se justifica. A teoria da culpa na guarda importa em reconhecer a responsabilidade decorrente do próprio fato da coisa. RIPERT (325) se levanta contra tal teoria, com fundamento na culpa, atacando a interpretação e as aplicações do art. 1.384, parágrafo 1.º do Cod. civil francês. Declara, expressamente, que a presunção de responsabilidade que pesa sobre o guarda de uma coisa inanimada, não serve senão para designar a pessoa que deve suportar a obrigação legal de reparação. E exclama: *“Voilà le point où nous sommes arrivés. Une telle règle n’a plus rien à voir avec la grande règle de responsabilité civile posée par l’article 1.382”* (326).

E participando destes mesmos conceitos, SAVATIER, depois de acentuar o conceito da teoria da culpa na guarda, tal como expõe os irmãos MAZEAUD, exclama: *“Singular idéia de culpa, vazia de todo o conceito tradicional”* (327).

---

(323) JOSSEERAND, Cours, II, n. 488, 513 e 553; COCAT, obr. cit., ns. 77 e 78; CHAVEAU, art. cit., em «Revue critique», 1933, p. 301, n. 23.

(324) N. 16.

(325) «Le regime democratique», cit., ns. 173 e 174.

(326) Ob. cit., pag. 348.

(327) Art. cit., na «Rev. critique», 1934. Vide HENRI DE PAGE na sua obra «A propos du gouvernement de juges», pag. 121 e segs. onde o notável jurista e magistrado belga desenvolve argumentos para demonstrar que a evolução da responsabilidade civil extra-contratual se tem operado no sentido de se afastar cada vez mais da concepção da culpa subjetiva. Refere-se às culpas presumidas dos mestres e comitentes, do

32 — a) A primeira objeção articulada contra os partidários da teoria do risco consiste em se afirmar que a mesma é materialista, imbuída das idéias da escola penal positiva. A teoria do risco regula as relações meramente patrimoniais, sem ter em vista a pessoa.

A objeção parece trazer, no seu bôjo, a grave afirmação de que a teoria do risco põe à margem todos os princípios de ordem moral que devem presidir aos preceitos jurídico, calcando aos pés a dignidade humana, igualando o mundo moral ao físico, negando o individualismo e a liberdade moral. Tal decorre da exclamação de HAURIOU: *“Estamos fatigados das escolas novas e das escolas realistas, das filosofias novas e das teorias objetivas que nos ressoam aos ouvidos, há trinta anos”* (328).

Entretanto, nada mais falso do que ver na teoria objetiva do risco, tal como a apregoam hoje os seus defensores, idéias de puro materialismo e de um princípio contra a liberdade.

A teoria do risco, embora partindo do fato em si mesmo, para fixar a responsabilidade, tem raízes pro-

---

guarda de animais, do fato das cousas, para concluir que a culpa é, nestes casos, um artifício jurídico cujo equivalente real é o risco. Também JACQUES BICHOT, (*«L'autonomie de la responsabilité du fait des choses et du fait d'autrui devant la jurisprudence contemporaine»*, pag. 149) estudando o fundamento da responsabilidade do fato das cousas, sustenta que a admissão da culpa na guarda se reduz à criação de uma obrigação legal; a responsabilidade pelo fato pessoal repousa na culpa e a responsabilidade do fato das cousas repousa parcialmente, ao menos, no risco. Vide JOSSEKAND, Cours, II, ns. 514 e segs.; LALOU *«La responsabilité civ.»*, pag. 580; PLANIOL-RIPERT-ESMEIN, obr. cit. VI, n. 625.

(328) Em MAZEAUD, obr. cit., I, n. 351.



fundas nos mais elevados princípios de justiça e de equidade. Ante a complexidade da vida moderna, que trouxe a multiplicidade dos acidentes, que se tornaram anônimos, na feliz expressão de JOSSE RAND, a vítima passou a sentir uma insegurança absoluta ante impossibilidade de provar a culpa, em virtude de múltiplos fatores.

A teoria da culpa não podia resolver, satisfatoriamente, os casos concretos dos danos; pelas malhas de um princípio de ordem moral consagrado na culpa, embora lógico e elevado, os astutos e afortunados do delito civil, à maneira dos que o são no crime, como estuda e proclama FERRIANI, passaram a ser os “*fazedores de atos*”, de atos danosos, cujas consequências recaem sobre as vítimas inocentes. Foi, pois, em nome desta insegurança da vítima, cada vez mais evidente e alarmante, desta maioria dos indivíduos expostos aos perigos tantas vezes a serviço da cobiça humana; foi em nome das injustiças irreparáveis sofridas pelas vítimas esmagadas ante a impossibilidade de provar a culpa, embora contemplando o esplendor de um princípio lógico, natural e humano, mas incapaz de resolver com justiça e equidade e equilíbrio os problemas criados pelos próprios homens; foi em nome do princípio da igualdade, que RIPERT (329) proclamou como privilégio da teoria da culpa, mas que, na verdade, ante a brutalidade da vida intensa moderna, não mais existe na acanhada concepção da culpa da teoria clássica, que a teo-

---

(329) «Le regime democratique», cit., n. 168.

ria do risco colocou a vítima inocente em igualdade de condições em que se acham as emprêsas poderosas; foi em nome da fraternidade, da solidariedade humana, pelo afinamento das nossas consciências e desenvolvimento do sentimento de responsabilidade, como afirma JOSSERAND (330), que se ergueu a teoria do risco. Não há, pois, negação da liberdade humana, mas, antes, sua proclamação, a sua segurança, a sua estabilidade jurídica. Não é o anti-individualismo, porque, assentando-se em bases sociais, na proteção da coletividade, a teoria do risco assegura ao indivíduo a reparação dos danos oriundos das atividades criadas pelos próprios homens, cujas causas não se descobrem, não se conhecem, não se provam, ou são ocultadas, astuta e triunfalmente, pelos causadores dos acidentes. Não é a socialização do direito que nega o indivíduo, que o relega a segundo plano, que lhe recalca os direitos; mas é a socialização do direito que, ante o perigo real da insegurança material dos indivíduos, refletindo-se nos interesses coletivos, proclama, defende e quer a “*segurança jurídica*” (331).

---

(330) «Livre-Souvenir», cit., pag. 41.

(331) JOSSERAND, obr. cit., pag. 41. Vide a este respeito as considerações expostas por JEAN DABIN («La philosophie de l'ordre juridique que positif», n. 162), mostrando que a teoria da culpa, puramente jurídica, encarada objetivamente e deixando à parte o agente, é também materialista. «La vérité, c'est qu'en refusant de considerer l'element individuel subjectif, le système classique s'est d'emblée établi en dehors de champ de la morale, qui ne connaît point d'injustice ni, par conséquent, de dette de réparation en justice, sans volonté actuelle, délibérée et nette, d'injustice. Il ne faut pas se laisser impressionner par les mots: dès lors que la règle juridique érige en faute, c'est-à-dire en source de responsabilité,



b) Além de materialista e anti-individualista, os defensores da teoria da culpa proclamam a teoria do risco anti-econômica, porque lançará à estagnação as atividades individuais, arrastando o homem à inércia, ante a incerteza dos resultados das suas iniciativas, as quais serão rudemente golpeadas e exterminadas pelos efeitos de uma responsabilidade objetiva.

Tal objeção não é só improcedente, é contraditória. Contraditória, porque em face da própria teoria da culpa na guarda, como no caso de presunções *juris et de jure* que, como vimos, nada mais são do que a consagração do próprio risco, a responsabilidade decorre do próprio fato, uma vez que o agente não pode provar a ausência da culpa. Si verificarmos o sem número de aplicações da teoria da culpa na guarda, nos julgados dos Tribunais francêses, chegamos à conclusão de que o agente ou a empresa condenada ao ressarcimento, não poderá escapar à reparação dos danos, sempre que se achar sob a sua guarda, a coisa causadora do dano e cujo controle foi perdido. Verifica-se o mesmo nos vários casos de aplicação das responsabilidades decorrentes das presunções absolutas de culpa.

Mas a objeção não procede porque o que vemos e assistimos, desmente a alegação. A despeito da

---

non seulement la faute morale, mais le geste involontaire et maladroit ou l'omission non intentionnelle, elle crée une responsabilité juridique, qui n'est pas si éloignée qu'on le pense de la responsabilité pour risque, puisqu'au fond, l'imprudence humaine non délibérée n'est toujours qu'un risque; elle règle autrement que la morale, d'une façon plus matérielle, l'attribution du dommage, puisqu'au lieu de le laisser à la charge de la victime, elle le transporte à la charge de l'auteur non-coupable».

aplicação dos princípios da teoria do risco, quer nos casos comuns já estudados, quer nos inúmeros casos de aplicações de leis especiais, como sejam as referentes às estradas de ferro, às aeronaves, aos automóveis e outras, não se arrefeceu o desenvolvimento econômico, sob todos os seus aspectos. cada vez mais crescente. As grandes emprêsas que comumente exploram tais serviços, além de preverem e proverem as possibilidades dos acidentes, para diminuí-los, levam à conta de seu passivo os prováveis danos a serem ressarcidos (332).

Como bem diz VENIAMIN (333), estudando a influência dos dados econômicos na evolução da responsabilidade, o acidente torna-se quasi uma condição da atividade, e, assim, pois, os dados econômicos modernos determinam a responsabilidade fundada sôbre a lei econômica da conexidade entre o proveito e o risco. Entra, portanto, no balanço da emprêsa ou da atividade, na coluna do passivo, a verba possível para a reparação dos danos decorrentes dos acidentes, si o problema já não estiver solucionando pelo seguro da responsabilidade.

c) Vê-se na teoria do risco, dizem os seus negadores um retrospecto às primitivas concepções da responsabilidade. Para responder ao argumento afirmam alguns autores (334) que isto não tem a menor significação, porque muitas concepções jurídicas antigas

---

(332) Vide COCAT, obr. cit., pag. 136.

(333) Obr. cit., pag. 405.

(334) DEMOGUE, obr. cit., III, n. 276.



foram retomadas sob uma forma mais perfeita e estão sendo aplicadas, reconhecendo-se, desta maneira, que fôra um êrro abandoná-las.

Parece-nos, entretanto, que não existe semelhança alguma entre a concepção primitiva da responsabilidade decorrente do simples fato e a teoria do risco. A primitiva concepção resultante da vingança privada não se justifica perante nenhum princípio de ordem jurídica ou moral; mas a concepção moderna da teoria do risco se funda em princípios de ordem moral e de equidade, e surgiu pela imperiosa necessidade de amparar a vítima ante a sua insegurança decorrente da multiplicidade de acidentes. A teoria do risco não é fruto de uma concepção dogmática, de uma elaboração doutrinária calcada em princípios abstratos, mas a consequência inevitável da própria vida. Desde que o homem vive ameaçado seriamente na sua segurança material, procura garantir os danos que a culpa não poderia amparar, criando uma segurança jurídica, que é o apá-nágio da teoria do risco-proveito (335).

d) A teoria do risco não se justifica desde que não haja proveito para o agente causador do dano, porquanto, se o proveito é a razão de ser justificativa de arcar o agente com os riscos, na sua ausência deixa de ter fundamento a teoria. A objeção é demasiadamente superficial, porque o proveito não se determina concretamente, mas, é tido como finalidade da atividade criadora do risco. Si agimos criando um risco ameaçador

---

(335) Vide VENIAMIN, obr. cit., pag. 445, n. XXIII.

da integridade ou do patrimônio de terceiro, procuramos tirar desta atividade o proveito maior possível. Si não o conseguimos, nem por isto deixamos de criar o risco, tendo em vista uma finalidade de lucro, sem que a vítima tenha concorrido para a sua não realização (336).

e) Alega-se ainda que a teoria do risco não encerra um princípio orientador de limites definidos; o conceito de risco é impreciso, incerto e vago.

Poder-se-ia rebater o argumento declarando que mais impreciso, incerto e vago, mórmente na sua fixação, em cada caso concreto, é o conceito da culpa; confessa a grande maioria dos próprios sustentadores da teoria subjetiva, quando pretendem fixar a noção da culpa (337).

E' de se considerar, porém, que não há princípio jurídico por mais lógico nas suas conclusões, por mais primoroso no seu contêxto, por mais preciso nos seus contornos, que possa abranger todos os casos que pre-

---

(336) PAUL CUCHE («La nature juridique des indemnités d'accidents du travail», em «Revue critique», 1930, pag. 198 e s.) combatendo a opinião de ROUAST sôbre a natureza da responsabilidade jurídica, na lei de acidentes de trabalho, refuta o argumento de que não se pode falar em responsabilidade com fundamento no risco, onde não há proveito. Declara CUCHE que o que se deve considerar não é o proveito real zado, mas si, normalmente, era o mesmo realizável. A eventualidade da indenização é posta em correlação com a eventualidade do proveito e o risco consiste precisamente na possibilidade de uma indenização, sem proveito ou inversamente.

(337) HENRI DE PAGE, «Tr. el. de droit civ. belge», II, n. 939; MAZEAUD, obr. cit., I, n. 380; BONNECASE, «Précis de droit civ.», II, n. 397; vide JOSSEAND, «Cours», II, n. 422.



tende regular, que se não revele impreciso, vago e incompleto ante a realidade dos casos concretos. Já dissemos com apóio em CONSENTIN (“La réforme de la législation civile”, pag. 61) e outros, que “a lei é regra média da vida, destinada a governar a universalidade dos casos possíveis e não pode ser perfeitamente proporcional à natureza concreta e à individualidade do caso particular ou de um fenômeno dado” (338).

A reladidade dos fatos, porém, revelada não só nos julgados dos tribunais, como nos princípios jurídicos da responsabilidade subjetiva que as leis têm consagrado, demonstra a falsidade da alegação.

O princípio da responsabilidade sem culpa, como acabámos de estudar, está concretizado em varios dispositivos dos Códigos civis modernos, como na legislação especial, que vamos encarar no capítulo que se segue.

---

(338) «O direito de retenção e o possuidor de má fé», pag. 31.



### CAPÍTULO III

## DA RESPONSABILIDADE SEM CULPA NA LEGISLAÇÃO ESPECIAL

33. — O princípio da responsabilidade sem culpa na legislação especial. Observações gerais. 34. — Da responsabilidade nos acidentes do trabalho. 35. — Da responsabilidade em acidentes de aeronave. 36. — Da responsabilidade em acidentes de automóveis. 37. — Da responsabilidade em acidentes nas minas. 38. — Da responsabilidade em acidentes de estradas de ferro. 39. — Da responsabilidade em acidentes por eletricidade.

**33** — Uma análise profunda e sem idéias preconcebidas, dos vários dispositivos legais do direito comum, através dos códigos civis modernos e da jurisprudência dos tribunais, leva-nos à convicção de que o princípio da culpa cedeu terreno ao princípio da responsabilidade decorrente do risco criado. Não é chegado ainda o momento de tirarmos as conclusões que temos em vista atingir com o presente trabalho: — demonstrar que o fundamento da responsabilidade civil extra-contratual, no estado odierno do direito



civil, não encontra sua solução exclusiva na teoria da culpa; a teoria do risco corre paralelamente ao princípio da teoria subjetiva, quiçá dominando, nas suas múltiplas aplicações. No capítulo final do presente trabalho fixaremos as conclusões oriundas dos ensinamentos que vamos expondo.

Si da legislação comum passarmos ao que se denomina comumente leis especiais sôbre a responsabilidade extra-contratual, regulando casos excepcionais, verificaremos a aplicação da teoria do risco com uma expansão significativa, que, dia a dia, se desenvolve, à medida que se avolumam as necessidades de proteção às vítimas dos acidentes. Os defensores da teoria da culpa, quando proclamam a consagração da teoria do risco nestas leis especiais, não se esquecem e nem se cansam de consignar que se trata de casos de caráter todo especial, que vêm confirmar a regra consagrada no princípio genérico da responsabilidade decorrente da culpa (339).

Na verdade estamos em face de leis especiais derogativas de um princípio genérico e que regulam situações especiais. Mas a objeção, que outro fito não têm senão o de fazer crer que a teoria do risco só em casos excepcionais e raros merece ser acolhida, não procede, porquanto: 1.º — Estas leis não poderiam vir nos textos dos códigos civis, que traçam diretrizes gerais, reguladoras das relações jurídicas comuns, não especializadas, visto como regem situações de caráter

---

(339) MAZEAUD, obr. cit., I, ns. 645 e segs.; PIRSON e VILLÉ, obr. cit., II, n. 434.

especial, sob vários aspectos. — 2.º) — O fato de constituírem exceções a um princípio secular, não é a demonstração de que a teoria do risco surge pela imposição das novas exigências e necessidades sociais, como uma verdade incontestável? O aumento, dia a dia, destas leis de exceção não vai enfraquecendo o princípio geral, de modo a tirar-lhe a primasia nos casos concretos julgados pelos Tribunais? A criação destas leis não são a demonstração real da importância da culpa para a solução do problema da responsabilidade? E, conseqüentemente, a confirmação de que não existe, atualmente, um só princípio capaz de regular satisfatoriamente o problema?

Mas, considerando a essência das cousas, que vem a ser uma legislação de exceção no problema árduo e vasto da responsabilidade extra-contratual? Porventura, o problema não é uno, indivisível, consistindo em saber quando a ação danosa do homem, fora do contrato, está sujeita à reparação por parte do seu autor?

Si considerarmos, portanto, toda a legislação de um país, encontraremos soluções diversas para o mesmo problema, sob a influência de dois princípios fundamentais que visam a mesma finalidade. Devemos convir, portanto, em que não é possível proclamar-se a unidade de fundamento da responsabilidade extra-contratual. Ademais, não é verdade, como vimos, e como faremos salientar nas conclusões, que o princípio geral e único consagrado no Código Civil seja o da responsabilidade subjetiva. Ao lado deste princípio,



acolhem os códigos civís o princípio da responsabilidade objetiva, quer sob o disfarce de uma culpa fitícia, o fantasma da culpa”, como diz JOSSE RAND, nas presunções absolutas, quer sob o fundamento de uma teoria da culpa na guarda, que outra coisa não é senão a responsabilidade decorrente do próprio fato, quando não repudia abertamente a culpa, proclamando, sem rebuços, a responsabilidade sem culpa.

Não seria possível nem necessário passarmos em revista o grande número de leis especiais que, nas legislações de todos os povos, têm consagrado a teoria do risco.

Estudando algumas destas leis, como as que regem os acidentes do trabalho, os acidentes de navegação aérea, as de transportes e as de explorações de minas, com o fito exclusivo de apontar o fundamento da responsabilidade extra-contratual acolhido nestas leis, alcançaremos o nosso objetivo final.

Claro está que não vamos fazer um estudo sucinto de tais leis; não é êste o nosso escôpo e seria entrar em assunto estranho, como dissemos, à finalidade do presente trabalho.

Faremos, finalmente, referência a outras leis consagradoras da teoria do risco, sem mais exame, demonstrando apenas que se afastam da teoria da culpa por imposição da necessidade de assegurar à vítima a proteção necessária e realçando, assim, a insuficiência da culpa na solução dos árduos problemas da responsabilidade extra-contratual.

**34** — A lei de acidentes de trabalho, derogando os princípios da responsabilidade subjetiva, é hoje, universalmente, consagrada. No seu fundamento, aplicando o princípio da responsabilidade decorrente do acidente não provindo da força maior, ou seja de causa estranha à atividade do trabalho, ou de dolo do operário ou de culpa grave, em algumas legislações, tôdas as leis, na sua essência se assemelham. O risco decorrente do trabalho se funda em uma ordem de idéias aceitas pelo legislador de todos os países (340).

O caso fortuito, ou seja, o acontecimento interno, que decorre do próprio trabalho e dos maquinismos, culpa da própria indústria, como dizem FOIGNET e DUPONT, — (341) não exclui a responsabilidade (342). A própria culpa da vítima não elide a responsabilidade, porque esta culpa é, muitas vezes, como acentuam os escritores da matéria, fruto do hábito com o perigo, ou do zelo e devotamento ao trabalho (343).

---

(340) GUIDO BORTOLOTTÒ, «Infortuni sul lavoro e malattie professionali», ns. 1 e segs. e 21; ARAUJO CASTRO, «Dos accidentes do Trabalho», pag. 14 e s.; RAPHAEL BIELSA, «La culpa en los accidentes del trabajo», n.43; JORGE AMERICANO, «Do ato ilícito nos accidentes do trabalho», ns. 5 e segs.

(341) RENÉ FOIGNET e EMILE DUPONT, «Legislation Industrielle», 1930/1932, pag. 223.

(342) PIRSON e VILLÉ, obr. cit., II, n. 437; BORTOLOTTÒ, obr. cit., n. 21. O caso fortuito não excluindo a responsabilidade do patrão, é a consagração dos ensinamentos de JOSSEERAND quando, procurando distinguir o caso fortuito da força maior, com aplicação da teoria de EXNER, disse que o fato decorrente do caso fortuito é fato da cousa sob a responsabilidade do dono da mesma cousa («Les transports», n. 577).

(343) ARAUJO CASTRO, obr. cit., pag. 120; GAUDEMET, obr. cit., pag. 341; JORGE AMERICANO, obr. cit., ns. 25 e segs.



Ainda em casos de acidentes decorrentes de força maior, poderá surgir a responsabilidade do patrão, si os efeitos do acontecimento oriundo da força maior são agravados por fatos ou circunstâncias do próprio trabalho, de maneira tal que exista uma conexão estreita entre o acidente e a execução do mesmo trabalho. Citam-se, assim, os casos de operários vítimas de insolação agravada pela circunstância do trabalho em um apartamento abafado (344). Ou quando o operário se encontra, em virtude de seu trabalho, mais exposto à ação de um raio, do qual tenha sido vítima durante o seu serviço (345).

Por esta rápida e imperfeita exposição, mas suficiente para o fim que nos preocupa, bem se vê que as leis sobre acidentes do trabalho consagram a teoria do risco, responsabilizando o patrão, sem que possa o mesmo excusar-se da reparação do dano, a não ser que prove a força maior como causa exclusiva do acidente, ou o dolo do operário.

Mas os defensores da teoria da culpa, confessando que a teoria do risco está consagrada nas leis de acidente do trabalho, declaram, no entanto, que ela constitui uma transação entre as duas teorias, porquanto, si a vítima recebe uma reparação sem provar a culpa do patrão, tal reparação não é integral; trata-se, portanto de uma simples lei de assistência (346).

---

(344) PIRSON e VILLÉ, *obr. cit.*, II, n. 438; LALOU, *obr. cit.*, ns. 645 e 654.

(345) ARAUJO CASTRO, *obr. cit.*, pag. 12, nota 7; JORGE AMERICANO, *obr. cit.*, n. 27.

(346) L. e H. MAZEAUD, *obr. cit.*, I, n. 78.

A objeção não procede, tendo sido formulada com grande amplitude por ROUAST, que, além de outras considerações, ponderou o seguinte:

a) Si a correspondência entre o risco e o proveito fosse o fundamento da lei francesa de 1898 sobre o acidente do trabalho, era preciso exonerar o patrão falido e proporcionar o risco criado ao proveito realizado.

b) O risco deverá desaparecer toda vez que o operário faz de sua atividade um emprêgo, sem proveito para o patrão.

c) O caráter “forfaitaire” das indenizações demonstra que não se trata de reparações delituais, mas, de simples pensões alimentares.

ROUAST, diz CUCHE, quer substituir a concepção — “*rançon du profit*”, pela concepção — “*charge de l'autorité*” (347).

As objeções são improcedentes, como demonstra CUCHE no seu citado artigo. Mas antes de referir-nos às considerações do notável professor e jurista, devemos ponderar que, seja como fôr, há sempre obrigação de reparar um dano sem culpa. Si a teoria da culpa não admite a responsabilidade sem a prova real ou presumida da culpa, claro está que sempre que a lei obrigue a reparar um dano sem aquele elemento, sem a prova do êrro de conduta, estamos em face de uma responsabilidade objetiva. Si esta responsabilidade objetiva é regulada de maneira especial, atendendo a con-

---

(347) PAUL CUCHE, art. cit., na «Revue Critique», 1930, pags. 198 e sg.



siderações de equidade ou sociais, nem por isto o seu fundamento se desloca. Ainda admitindo que se trate, em última análise, de uma lei de assistência, de uma pensão alimentar, não estaremos sempre em face de uma obrigação, de uma reparação de perdas e danos jamais injustificável perante os princípios da teoria da culpa? Há sempre para o patrão, que indeniza o operário vítima de acidente, uma diminuição patrimonial, mesmo no caso do seguro que êle deve custear, para garantir a responsabilidade que a lei lhe impõe objetivamente, sem mais exame, e resultando exclusivamente do fato.

CUCHE censura o legislador por não ter proclamado a reintegração integral do dano sofrido pelo operário e aponta vários dispositivos da lei que não têm caráter alimentar, como as despesas de médico, farmácia e hospital, que entram na reparação do dano; rebate o argumento referente à ausência do proveito e ao qual já nos referimos (348).

Disse DEMOGUE, com bastante felicidade e com profunda acuidade, que o desenvolvimento rápido de toda fonte nova de danos provoca uma reação decorrente da necessidade de segurança. Quando surgiu e se desenvolveu o transporte por automovel, o alarme foi enorme e os debates sobre a maneira de garantir a vítima da nova fonte de danos foi um dos mais notáveis (349). Tal se deu com os acidentes do trabalho.

---

(348) Vide ns. 31 e 32.

(349) Vide PEZELLA, obr. cit., pags. 18 e segs., 86 e segs., 116 e segs.; Cozzi, obr. cit., n. 3; JEAN LOUP, obr. cit., pags. 73 e segs.

**35** — A responsabilidade decorrente dos desastres de aeronave não podia deixar de provocar o estudo dos doutrinadores e a sabedoria dos legisladores, assim como a reunião de notáveis congressos para a solução do magno problema. O equilíbrio no exercício dos direitos era rompido de modo iniludível; a segurança material de cada um de nós era anulada ante gravidade do perigo e das suas consequências.

Si o operário, em face da máquina moderna, se julgava sèriamente ameaçado; si o pedestre via no automóvel o “engenho perigoso”, como dizia COLIN, criando para o público um risco novo, e cuja circulação era preciso regular de molde que fosse severa a repressão dos danos por êle causado, mais flagrante era a desigualdade entre o autor e a vítima nos acidentes da aeronave, que voa sôbre nós, sôbre nossas propriedades, criando acidentes danosos, muitas vezes inevitáveis, e cujas causas são, na maioria dos casos, absolutamente desconhecidas (350).

A maioria das legislações de todos os países, como o direito internacional público, têm adotado a teoria do risco para regular a responsabilidade extra-contratual dos danos ocasionados a terceiros, vítimas de um acidente e não passageiros da aeronave.

Os sistemas adotados pelas legislações que regulam a navegação aérea podem ser assim classificados:

a) Sistema que adota os princípios da responsabilidade comum, isto é, aplicação da teoria da culpa.

---

(350) LISA BRUNSWICK, «La responsabilité envers les tiers dans la navigation aérienne», pag. 13 e segs.



b) Sistema que adota a presunção da culpa do responsável, podendo elidí-la pela prova em contrário.

c) Sistema da responsabilidade objetiva.

Observemos, entretanto, que as divergências não só se acentuam, muitas vezes, doutrinariamente, na pesquisa do verdadeiro fundamento jurídico da responsabilidade, em face do direito positivo, como na própria lei se encontram textos que consagram ora um, ora outro fundamento, conforme a hipótese encarada.

Assim é que o decreto-lei de 20 de Agosto de 1923 da Itália consagra para uns a teoria subjetiva, para outros, a objetiva.

Para MUSTO (351) COZZI (352) SAVOIA (352-bis) o art. 38 do citado Decreto-Lei consagrou a responsabilidade objetiva, ao passo que outros como BRASIELLO (353) PEZELLA (354) AMBROSINI (354 bis) sustentam que o citado artigo não se afastou da responsabilidade subetiva. Outras opiniões surgem, declarando que o legislador adotou um sistema misto: KAFTAL pensa que na queda da aeronave a responsabilidade é absoluta, sem restrições; quando se trata, porém, de objetos caídos do avião, ou de danos ocasiona-

---

(351) Em A. KAFTAL, «La responsabilité pour dommages causés par les aéronefs», na «Revue trim. de droit civil», 1933, pag. 693.

(352) Obr. cit., n. 52.

(352 bis) «Diritto Aereo», pag. 126, só na parte referente ao «gettito». Conf. PIETRO COGLIOLO e SALVATORE CACOPARDO, «Manuale di diritto aeronautico», pag. 343.

(353) KAFTAL, art. cit. na «Rev. Tr. de Dr. civ.», 1933.

(354) Obr. cit., pag. 212.

(354 bis) Em «Annuario de dir. comp. e di studi leg.» (GALANGI), vol. IV-V, pag. 203, nota.

dos no momento da partida ou da aterragem, o dano deve ser reparado, salvo a prova de força maior; nos demais casos a responsabilidade será regulada pelos princípios do direito comum (335).

Entre os países que adotam o sistema da responsabilidade objetiva, cumpre-nos destacar os seguintes:

1.º) — Na França, pela lei de 31 de Maio de 1924, distingue-se o dano causado ao passageiro e o sofrido por terceiro; na primeira hipótese aplica-se o direito comum, visto como o autor e a vítima se acham na mesma situação de fato, admitindo a jurisprudência, atualmente, a presunção *juris tantum* da culpa a favor da vítima. O art. 53 da citada lei consagra, porém, a responsabilidade sem culpa no caso de dano a terceiro, estando o aparelho em evolução, ou no caso de objetos caídos da aeronave, só se elidindo a responsabilidade no caso de culpa da vítima, indo, assim, além da teoria do risco, que admite como excusa a força maior (356).

Nos Estados Unidos dezessete dos seus Estados, regendo-se pela “Uniform state law of Aeronautics” proclamam a responsabilidade objetiva no caso de danos produzidos às pessoas ou cousas no solo, por ocasião da ascensão, descida, vôo ou no caso de lançamento de qualquer objeto do aparelho, sendo elidida a

---

(355) Na Bélgica, segundo PIRSON e VILLÉ, (obr. cit., II, pag. 502) o arresto real de 27 de Novembro de 1929 nada inovou na matéria, aplicando-se o direito comum.

(356) LISA BRUNSHWIK, obr. cit., pag. 27 e segs.



responsabilidade apenas no caso de culpa da vítima (357).

Na Suíça a matéria é regulada pelo Decreto do Conselho Federal de 27 de Janeiro de 1930, que consagra no art. 26 a responsabilidade objetiva, sem distinguir si se trata de passageiros ou de terceiros (358).

Na Alemanha a responsabilidade dos danos decorrentes da aeronave é regulada pela lei de 1.º de Agosto de 1922, modificada pelo Dec. de 6 de Fevereiro de 1924, que consagra a responsabilidade objetiva no caso do dano produzido por acidente na atividade da aeronave, isto é, o avião em vôo e durante certas manobras da partida, sendo a culpa da vítima a única excusa (359).

Seguem o mesmo princípio da responsabilidade objetiva: — a Bulgária, o Chile, a Finlândia, a Turquia, S. Salvador, Suécia, Rússia e Jugoslávia (360).

Si passarmos em revista os trabalhos do Comité Jurídico Internacional da Aviação, fundado em Paris em 1909, nos seus vários congressos de Paris (1910), Genebra (1912), Francfort (1913), Mônaco (1921),

---

(357) L. BRUNSCHWIK, obr. cit., pag. 40; A. KAFTAL, art. cit., ROGER PROCHASSON, «Le risque de l'air», pag. 65 e segs.; MAZEAUD, obr. cit., II, n. 1393.

(358) A. PROCHASSON, obr. cit., pag. 135; BRUNSCHWIK, obr. cit., pag. 47; JEAN LOUP, obr. cit., pag. 335.

(359) ENNECCERUS — LEHMANN, obr. cit., vol. II, parte 2.ª, parag. 247; KRAFTAL, obr. cit., pag. 730; BRUNSCHWIK, obr. cit., pag. 27 e segs.; JEAN LOUP, obr. cit., pag. 335.

(360) BRUNSCHWIK, obr. cit., pag. 470 e segs.; GIUSEPPE CORTESANI, «La responsabilità nel diritto aereo», n. 29.

Praga (1922), Roma (1924), Lyon (1925) Madrid (1928) e Budapest (1930), verificaremos que o Código do Ar elaborado por aquele Comité consagrou no art. 48 o seguinte princípio: “*La responsabilité est basée sur le risque*”, rejeitando o princípio da presunção da culpa expresso no art. 20 da Convenção de Varsóvia de 12 de Outubro de 1929 (361). A Convenção de Roma de Maio de 1933, do mesmo Comité Jurídico Internacional, também consagrou, no art. 2 do seu projeto, o mesmo princípio da responsabilidade objetiva a favor das vítimas, que, achando-se na superfície, sofrem danos da aeronave em vôo, ou por um corpo lançado da mesma aeronave, ainda em caso regulamentar ou em estado de necessidade, só podendo ser elidida esta responsabilidade, nos termos do art. 3, no caso de culpa da vítima (362).

Os resultados destas convenções internacionais, nas quais tomaram partes notáveis juristas, têm uma significação real, pois, demonstram a orientação jurídica do pensamento moderno sobre a matéria, consagrando o princípio da responsabilidade objetiva.

**36** — Si no domínio da responsabilidade decorrente dos acidentes de aeronaves, como vimos, as leis de vários países já solucionaram o problema, com incon-

---

(361) Vide LISA BRUNSHWIK, obr. cit., pag. 87 e segs.; PEZELLA, obr. cit., pags. 154 e segs.; COGLIOLO E SALVATORE CACOPARDO, obr. cit., pags. 416 e segs.

(362) COGLIOLO — CACOPARDO, obr. cit., pag. 483.

(363) Em PEZELLA, obr. cit., pags. 18 e segs. pags. 86 e segs. encontra-se a exposição sucinta e clara destas inúmeras teorias.



testável proeminência da teoria objetiva, o mesmo não se dá em relação aos acidentes de automóveis.

As disputas doutrinárias são intermináveis e as construções teóricas se avolumam, no desejo de encontrar o fundamento jurídico da responsabilidade dos causadores dos sinistros (363).

Si passarmos ao terreno do direito positivo, já verificámos que na França a querela é inconciliável entre os que vêem na interpretação do art. 1.384 § 1.º a aplicação da teoria da culpa, embora presumida *juris et de jure*, ou a aplicação da teoria da culpa na guarda, contra os que proclamam que os tribunais consagram a teoria do risco, criando a “presunção da responsabilidade”. O célebre arresto de 13 de Fevereiro de 1930 sôbre accidentes de automóvel teria fixado o princípio de que o agente responde pelo dano decorrente do fato da cousa.

JOSSERAND (364) assim o proclama, no seu brado de triunfo, como diz RIPERT, que por sua vez nega, ao referido julgado, a extensão que lhe emprestam (365).

A verdade é, entretanto, que a jurisprudência dos tribunais franceses evoluem para a idéia do risco, à vista da insuficiência manifesta de se poder assegurar à vítima a reparação dos danos que lhe são equitativamente devidos (366).

---

(364) «EVOLUTIONS ET ACTUALITÉS», pag. 52 e segs. Vide COZZI, obr. cit., ns. 4 e 17.

(365) Vide JEAN LOUP, obr. cit., pags. 107 e segs.; PEZELLA, obr. cit., pag. 107, nota 1, em apóio ao ponto de vista de RIPERT.

(366) SAVATIER, art. cit., ns. 47 e segs.; JEAN LOUP, obr. cit., pag. 114 e segs.; DURAND, obr. cit., pag. 47.

Na Itália reina o dissídio doutrinário quanto ao verdadeiro fundamento da responsabilidade do condutor do veículo; de um lado PEZELLA (367) PERETTI GRIVA (368) e outros, que sustentam a teoria subjetiva e de outro lado COZZI (369) e mais alguns que proclamam a opinião oposta.

Mas, deixando o terreno das discussões doutrinárias levantadas na França e na Itália, na interpretação e aplicação da própria lei, vejamos como a legislação de outros povos solucionou o problema.

Na Alemanha a matéria é regulada pela lei de 3 de Maio de 1909, com numerosas modificações. Como é sabido, o Cod. Civil alemão consagra, em regra geral, o princípio da culpa. A referida lei de 1909 derroga, em parte, a regra, proclamando a responsabilidade pelo risco, o qual consiste em responder o detentor do veículo pelos danos causados durante a atividade do mesmo em acidente inevitável, uma vez que este provenha de defeitos do veículo ou falta de seus dispositivos. Si o acidente inevitável não é ocasionado, nem por defeito do veículo, nem por falta de um de seus dispositivos, exclui-se a responsabilidade (370). E para mais acentuar a responsabilidade pelo risco, o § 7, ap. 2, prop. 2 declara que se considera inevitável um acontecimento, especialmente quando é atribuído à conduta da vítima ou de 3.º ou de um animal, embora o deten-

---

(367) Obr. cit., pag. 125 e segs.

(368) Obr. cit., n. 34.

(369) Obr. cit., n. 56.

(370) ENNECCERUS-LEHMANN, obr. cit., vol. II, parag. 246, JEAN LOUP, obr. cit., pags. 302 e segs.



tor, assim como o condutor tenham observado a diligência exigida pe'as circunstâncias do fato.

O conceito, pois, de acontecimento inevitável é mais amplo do que o de fôrça maior, porque basta que haja funcionamento anormal ou estado anormal do automóvel, mesmo no caso de culpa da vítima, de terceiro ou fato de um animal, para que surja a responsabilidade. Ora, a fôrça maior é um acontecimento externo que não deriva de modo algum da atividade, da exploração ou do movimento (371).

Entretanto, PEZELLA (372), passando em revista as legislações estrangeiras referentes à responsabilidade que decorre dos danos produzidos pelos veículos, refere-se à legislação alemã, para sustentar a aplicação da teoria da culpa, na hipótese acima estudada. O citado jurista italiano declarou: "*Il § 7.º della sua legge speciale stabilisce come dirimente della responsabilità l'evento inevitabile. Dunque, nelle evento, vi deve essere qualche cose che si può evitare e che non si è evitato: ERGO CULPA!*"

Mas o notável jurista quando se refere ao parag. 7.º, que declara que o evento inevitável é dirimente da responsabilidade, não acrescentou que tal evento inevitável exclúi a responsabilidade quando não provenha nem de um defeito de veículo, nem da falta de dispositivo. Há, portanto, segundo a lei alemã, dois eventos inevitáveis que devem ser considerados: 1.º) — O que pro-

---

(371) ENNECCERUS-LEHMANN, obr. cit., vol. II, parag. 246, notas 7 e 11, vol. I, parag. 200.

(372) Obr. cit., pag. 67.

vém do estado ou funcionamento anormal do veículo. 2.º) — O que não provém dêste mesmo estado ou funcionamento anormal.

No 1.º caso, a responsabilidade subsiste, ainda que tenha havido culpa da vítima, de terceiro ou fato do animal; no 2.º caso a responsabilidade desaparece, si não fôr provada a culpa.

Ora, no acontecimento inevitável por vício ou mau funcionamento do automóvel, o condutor poderá ignorar o vício ou defeito do veículo; responderá, pois, por um caso fortuito, ou seja, por causa interna, tal como preconiza a teoria do risco.

Não levando em conta a culpa da vítima, de terceiro ou o fato do animal, quando o acidente é inevitável por causa do estado ou funcionamento anormal, o legislador alemão nada mais fez do que aplicar a teoria da causa adequada (373).

A lei de 9 de Agôsto de 1908 da Áustria, que adotou a teoria da culpa presumida *juris tantum*, proclamando no art. 1.º a responsabilidade do condutor e do proprietário, estatui no art. 2 os casos que excluem a responsabilidade, cabendo ao responsável a prova em contrário. Dentre êstes casos está o de provar que “nem a natureza particular de seu automóvel, nem as condições especiais, ou defeitos de seu funcionamento, são causas do acidente” (374). A *contrario sensu*, desde que o acidente provenha de defeitos

---

(373) F. DEgni — «Studi sul dir. delle Obligationi», pags. 153 e s.

(374) JEAN LOUP, obr. cit., pags. 308 e segs.



do automóvel, surge a responsabilidade pelo caso fortuito, na concepção da teoria do risco.

Como expressão da tendência moderna do direito, em matéria de responsabilidade decorrente de acidentes de automóveis, vemos que a “Société d'études législatives”, no seu projeto sobre a matéria, cujo redator foi Ambrósio Colin, tendo sido a discussão ampla e nela tomando parte juristas notáveis, adotou a teoria do risco (375).

O art. 1.º deste projeto é exarado nestes termos: *“Tout accident ou dommage accidentel occasioné par le fait d'un véhicule automobile, circulant sur la voie publique, donne droit au profit de la victime ou de ses représentants, à une indemnité du préjudice matériel ou moral à la charge du propriétaire du dit véhicule, sans qu'il soit besoin de démontrer qu'il ait commis aucune faute. Le propriétaire du véhicule automobile peut se soustraire au paiement total ou partiel de l'indemnité en prouvant que l'accident ou le dommage a été provoqué ou aggravé par une faute grave de la victime”*.

No art. 2.º do mesmo projeto concede-se ao proprietário do veículo o direito de ação contra os terceiros, autores responsáveis pelo acidente que ocasionou o dano, assim como contra o locatário, quando este ou seu preposto conduzia o automóvel.

Como se vê, o projeto consagra a teoria da responsabilidade objetiva, responsabilizando o proprietário

---

(375) «Bulletin de la Société d'études législatives», 1907, pags. 22 e segs. e 379 e segs.

do veículo, que só se exime, total ou parcialmente da responsabilidade, no caso de culpa grave do lesado.

Em 1932 a mesma Sociedade de Estudos Legislativos elaborou novo projeto sobre a responsabilidade dos acidentes de automóvel. Embora fixe o valor da reparação, prejudicando a vítima, como dizem os irmãos MAZEAUD, o princípio da responsabilidade sem culpa é aí consagrado. (376).

**37** — Além dos casos regulados pelas leis especiais sobre acidentes do trabalho e dos danos produzidos por aeronave, outras leis especiais têm regulado a matéria da responsabilidade extra-contratual, aplicando a teoria objetiva.

Acham-se nestas condições as leis reguladoras da exploração de minas, de vários países europeus. Na França os arts. 15 e 45 da lei de 21 de Abril de 1810 regulam a responsabilidade dos danos causados pelos concessionários de uma mina aos proprietários da superfície ou aos concessionários vizinhos. A jurisprudência, na interpretação e aplicação dos citados dispositivos, julga o concessionário responsável na ausência de qualquer culpa (377).

No direito civil belga a matéria é regulada pelo artigo 58 do decreto real de 15 de Setembro de 1919, que dispõe que o concessionário de uma mina é respon-

---

(376) Obr. cit., II, n. 1.263, vide RIPERT, *«Le regime democratique et le droit civil modernes»*, n. 179.

(377) MAZEAUD, obr. cit., I, n. 650; PLANIOL-RIPERT-PICARD, obr. cit., vol. II, n. 465; LALOU, obr. cit., n. 585; DEMOGUE, obr. cit., IV, ns. 750 e 751



sável, de pleno direito, pelos danos causados pelos trabalhos executados na mina, aplicando-se o mesmo dispositivo aos trabalhos de pesquisas. A responsabilidade é, pois, consequência do risco criado, como compensação do proveito e mesmo em razão do caráter perigoso da indústria. Assim se tem pronunciado a jurisprudência, extendendo-se essa proteção a qualquer pessoa vítima dos referidos serviços. Só no caso de força maior, isto é, do fato externo, sem relação com o exercício da atividade humana, não haverá responsabilidade. O caso fortuito, ou seja o fato interno decorrente do risco criado, do risco profissional, do perigo criado, não exonerará da responsabilidade o concessionário (378).

No direito alemão, a matéria é regulada pela lei do Reich sobre a responsabilidade civil, de 7 de Junho de 1871, modificada em parte pelo art. 42 da lei de introdução do Cod. Civ., pela lei de 8 de Julho de 1923 e pelo Dec. de 24 de Outubro de 1923. A lei de 1871 no § 1.º trata da responsabilidade dos transportes ferroviários e no § 2.º regula a responsabilidade do empresário de uma mina, excavação ou fábrica, o qual responde pelas mortes ou lesões corporais causadas culposamente pelos seus prepostos ou capatazes. O § 1.º consagra a responsabilidade pelo risco, ao passo que o § 2.º só se refere ao princípio da culpa do preposto, decorrendo a responsabilidade do empresário pelo fato do preposto, sem que haja, portanto, culpa do empresário. A responsabilidade surge desde que o dano seja produzido

---

(378) PIRSON e VILLÉ, obr. cit., vol. II, n. 435, pag. 483 e segs.

durante a atividade da mina, numa excavação ou fábrica (379).

**38** — A responsabilidade decorrente de acidentes em ferro-carrís tem sido regulada por algumas legislações estrangeiras sob a influência do princípio da responsabilidade sem culpa. A legislação alemã, já acima referida, adota a responsabilidade objetiva para a reparação dos danos causados em caso de lesões aos viajantes, empregados ou quaisquer outras pessoas, uma vez que o dano seja consequência da atividade de um ferro-carril movido por eletricidade, a vapor, à tração animal, ou por qualquer outra fôrça, desde que haja um nexo causal com os riscos especiais da mesma atividade ferro-carril (380).

No direito italiano, a matéria relativamente à responsabilidade das companhias de estradas de ferro, pelos danos decorrentes de acidentes ferroviários, é regulada pelo art. 290 da lei de 20 de Março de 1865 e art. 47 da lei de 27 de Dezembro de 1896. Divergem as opiniões doutrinárias a respeito do fundamento desta responsabilidade. Sustentam alguns que a responsabilidade é objetiva (381), ao passo que outros julgam que se trata de responsabilidade decorrente da culpa (382).

No direito civil francês, na ausência de lei especial que regule a matéria, a responsabilidade pelos

---

(379) ENNECCERUS-LEHMANN, obr. cit., n. 245.

(380) ENNECCERUS-LEHMANN, obr. e loc. cit.

(381) COZZI, obr. cit., n. 43; vide DEMOGUE, obr. cit., V, n. 1158.

(382) PERETTI-GRIVA, obr. cit., n. 67.



danos ocasionados nos transportes encontra, na doutrina, três correntes diversas: 1.<sup>a</sup>) A dos que aplicam o dispositivo do art. 1.382 do Cod. Civ., fundando a responsabilidade na culpa. 2.<sup>a</sup>) A dos que aplicam ao transporte a responsabilidade contratual, considerando o transporte um contrato no qual existe, tácitamente, a cláusula de segurança de levar são e salvo, ao destino. o passageiro; a violação desta cláusula contratual caracteriza a culpa, e, conseqüentemente, a obrigação de reparar o dano, em caso de acidente. 3.<sup>a</sup>) A dos que aplicam ao transporte o dispositivo do art. 1.384, § 1.<sup>o</sup>, declarando que a responsabilidade é objetiva uma vez verificado o fato, desde que não tenha havido culpa da vítima ou força maior (383). Embora tenha prevalecido na jurisprudência a segunda doutrina, já vimos (384) que a teoria objetiva, depois do arresto de 20 de Fevereiro de 1930, predomina cada vez mais e que a chamada teoria da culpa na guarda outra coisa não é senão a responsabilidade pelo fato da própria coisa, independente do exame da conduta do condutor do veículo. É aplicação da teoria das cousas inanimadas ao transporte de pessoas (385).

13-4  
J. K. 4.

**39** — Outras leis de caráter especial são referidas pelos escritores franceses, derogativas do princí-

---

(383) MAZEAUD, obr. cit., ns. 154 e segs.; COZZI, obr. cit., pag. 11 e segs.; COCAT, obr. cit., pags. 29 e segs., 110 e segs.; JOSSERAND, «Les transports», n. 870 e «COURS», II, n. 486 e segs.

(384) N. 27.

(385) COCAT, obr. cit., n. 82; JOSSERAND, «Evolutions et Actualités», pag. 43.

pio da responsabilidade baseada na culpa, atestando a necessidade de se afastar da responsabilidade subjetiva. substituindo-se o fato culposo pelo fato em si mesmo, a-fim-de se poder manter o equilíbrio possível dos direitos e dos interesses em choque, ante a criação, cada vez maior, de novos riscos, que reduzem ou aniquilam a segurança material de cada indivíduo (386).

Em matéria de lei reguladora de acidentes por eletricidade, PIRSON e VILLÉ (386 bis), se referem à lei belga de 10 de Março de 1925, que dispõe no art. 58 que as indenizações por danos resultantes do estabelecimento ou exploração de uma distribuição de energia elétrica estão inteiramente a cargo da empresa interessada, a qual responderá por todas as consequências danosas em relação a terceiros. Declaram os referidos escritores que a responsabilidade, nos termos do citado dispositivo, resulta do próprio fato, não tendo a vítima a obrigação de provar senão o dano e que o mesmo resultou da exploração industrial. O art. 58 cit. se assemelha ao art. 58 da lei sobre minas, cujos termos são idênticos.

Este conjunto de leis, que regulam situações diversas justifica, plenamente, este conceito do professor JORGE AMERICANO: “Não é um direito anômalo, direito singular de classe; mas, apenas, a nova manifestação ainda tímida do velho *jus commune*, nascida das novas circunstâncias sociais, revelada através

---

(386) JOSSEKAND, COURS, II, n. 557; MAZEAUD, I, n. 646.

(386 bis) Obr. cit., II, n. 440.



do esforço pesquisador da doutrina e da jurisprudência, ao mesmo passo que solicitada pelas classes que mais de perto lhe sentiam a necessidade. O característico do *jus singulare* é nascer por imposição, por conveniência ou por favor. Entretanto, ao percorrer as teorias pelas quais passou o conceito do dano produzido no trabalho, vemos a inspiração buscada pelos aplicadores da lei nos princípios universais de justiça” (387).

São êstes mesmos princípios universais de justiça que têm orientado os doutrinadores e os legisladores na defesa e na aplicação dos princípios da teoria da responsabilidade baseada no risco.

---

(387) Obr. cit., n. 23, pag. 31.

## CAPÍTULO IV

### O PROBLEMA DA RESPONSABILIDADE EXTRA-CONTRATUAL NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

40. — A culpa como princípio gera a responsabilidade extra-contratual. 41. — Da responsabilidade por fatos de outrem. 42. — Da responsabilidade decorrente do fato do animal. 43. — Da responsabilidade decorrente da ruína de edifícios. 44. — Casos de consagração da responsabilidade sem culpa: legítima defesa e estado de necessidade. 45. — Da responsabilidade decorrente das cousas lançadas ou caídas em lugar indevido. 46. — Da responsabilidade do preposto do farmacêutico. 47. — Da responsabilidade decorrente do direito de vizinhança. 48. — Acidente do trabalho. 49. — Da responsabilidade das estradas de ferro. 50. — Da responsabilidade dos acidentes de aeronaves. 51. — Da responsabilidade dos acidentes nas minas.

40 — O Código Civil brasileiro, seguindo a tradição do nosso direito (338), não se afastou da teoria da culpa, como princípio genérico regulador da responsabilidade extra-contratual. O art. 159 do Código,

---

(388) CARLOS DE CARVALHO, «Nova Consolidação das Leis Civis», art. 1014.



abrangendo no seu dispositivo o delito e o quasi-delito civil da antiga doutrina, definiu o ato ilícito do qual, em regra, promana a obrigação de ressarcir o dano. O ato ou a omissão voluntária violadores do direito de outrem, causando-lhe dano, é o delito civil; a ação ou omissão decorrente da negligência ou imprudência, violando direito de outrem e causando-lhe prejuízo, é o quasi delito e caracteriza a culpa.

No caso de delito civil ou ato ou omissão cometidos com a intenção de violar direito de outrem, a vontade se dirige ao fim almejado. Surge o dolo que é a vontade *in se* e *in causa*. Na hipótese de simples negligência ou imprudência caracteriza-se a culpa; o agente quer voluntariamente o ato praticado, sem pretender o resultado prejudicial a terceiro, com a violação de seu direito. A sua ação ou omissão afastam-se daquela norma de conduta comum, que o direito impõe, em regra, a todos os indivíduos.

E si não bastasse o próprio conceito de ato ilícito que o art. 159 encerra, abrangendo o dolo e a culpa, a segunda parte do citado artigo determina que a verificação da culpa se regula pelos dispositivos dos arts. 1.518 a 1.532 do cit. Código. No artigo 1.523 o legislador fundamenta a responsabilidade indireta das pessoas enumeradas no art. 1.521, com exceção do n. V, na culpa, que deve ser provada pela vítima. No art. 1.527 criou o legislador uma presunção *juris tantum* da culpa a favor da vítima, podendo o agente elidí-la pela prova de que não cometeu culpa alguma, ou porque guardava e vigiava o animal com o cuidado preciso, ou ain-



da porque o animal fôra provocado por outro ou houve imprudência da vítima. São causas estranhas à sua conduta diligente, guardando ou vigiando o animal. Na hipótese prevista no art. 1.528, a responsabilidade do proprietário do edifício ou construção, em virtude de danos decorrentes da ruína dos mesmos, baseia-se também na negligência do proprietário em não ter mandado fazer os reparos indispensáveis à segurança do prédio. Temos ainda o art. 1.545 regulando a responsabilidade dos médicos, cirurgiões, farmacêuticos, parteiras e dentistas pelos danos decorrentes de seus atos profissionais, quando haja imprudência, negligência ou imperícia, que caracterizam a culpa.

Nos arts. 1.530 e 1.531 não há referência expressa à culpa; entretanto, como veremos oportunamente, o fundamento da responsabilidade dos referidos dispositivos é a culpa. À vista dos citados dispositivos legais, parece-nos incontestável que a culpa é o fundamento da responsabilidade extra-contratual no Código Civil brasileiro, e assim se tem pronunciado a maioria dos nossos juristas. (359).

A despeito, porém, de parecer evidente e indubitável que o legislador brasileiro fundamentou na culpa a

---

(389) Vide neste sentido EDUARDO ESPÍNOLA, «Breves anotações ao Cod. Civ. Brasileiro», vol. 1, pag. 456, n. 225; SPENCER VAMPRÉ, «Cod. Civ. Br.», Parte geral, pag. 130; CARVALHO DOS SANTOS, «Cod. Civ. Interpretado», vol. III, pag. 321; MANOEL CARLOS, «Rev. dos Tribunais», vol. 75, pag. 572; VICENTE DE AZEVEDO, «Crime-Dano-Reparação», n. 40; LINO LEME, «Da responsabilidade civil no cód. civ.», parag. 7.º, pags. 23 e 55; PONTES DE MIRANDA, «Manual do Cód. Civ. Brasileiro», ed. PAULO DE LACERDA, vol. 16, 3.ª parte, pag. 88.



responsabilidade extra-contratual, CLÓVIS BEVILÁQUA (390), COSTA MANSO (391), JUSTINIANO SERPA e GONÇALVES MAIA, êstes dois últimos quando da discussão da matéria na elaboração do Código Civil, sustentam que é indiferente à responsabilidade extra-contratual o elemento da imputabilidade. CLÓVIS manifestou-se a respeito, em notável discurso proferido em sessão de 31 de Outubro de 1901, procurando mostrar que não é necessario consignar num código civil a teoria da imputabilidade, e, além de outras considerações, dizia: *“Êstes dois pontos de vista diferentes fazem com que no Direito Criminal procuremos firmar a imputabilidade e no Direito Civil nos contentemos com estabelecer o vínculo da causalidade. Um indivíduo causou dano a alguém? Praticou um ato ilícito, que dá lugar à satisfação do prejuízo causado? Não é mistér fazer mais dilatadas indagações. Para que então exigirmos todos êstes requisitos da vontade, da liberdade, da intenção e do discernimento, no direito civil, quando sabemos que até no direito penal estas idéias, por complicadas e por inconcipientes, estão sendo afastadas pelos chamados Simplistas da Escola Penal?”* (392). Nos comentários ao artigo 159 do Código Civil (393), CLÓVIS espousa a opinião de JUSTINIANO DE SERPA, quando afirma “que

---

(390) ‘Cód. Civ. Com.», vol. I, pags. 468 e s.; «Teoria geral do direito civil, 2.<sup>a</sup> ed., p. 352.

(391) «Casos Julgados», pags. 252 e s.

(392) Trabalhos da Com. Exp. da Câmara dos Deputados, vol. IV, pag. 213.

(393) Obr. cit., I, pg. 471.

*todo dano deve ser reparado, independentemente de culpa ou dolo*, doutrina que triunfou na redação final do Código”.

Na 2.<sup>a</sup> edição da sua “Teoria geral do direito Civil” (1929), CLÓVIS, depois de declarar que lhe parece que a noção de culpa não é complemento indispensável ao conceito de responsabilidade civil, não se refere especialmente ao Código Civil. Mas em parecer que se lê no seu livro “Soluções Práticas de Direito” (vol. I, pag. 413) declara: “*O Código distingue entre dolo e culpa; mas não faz depender, exclusivamente, de um ou de outra, a obrigação de indenizar, que é devida ainda na ausência de culpa, pelo simples fato do dano*”.

COSTA MANSO, apoiando-se na opinião de CLÓVIS e de JUSTINIANO DE SERPA, declara “*que os próprios autores que mantêm a antiga noção de culpa, só o fazem porque a julgam indispensável à classificação e nomenclatura dos atos danosos. Não negam, porém, o direito à reparação, na ausência de culpa, limitando-se a explicar que, nestes casos, a obrigação é puramente legal ou é baseada no enriquecimento sem causa* (ALVES MOREIRA “Dir. Civ. Port., vol. I, pag. 588)”.

Em que pese ao valor de tão preclaros mestres, é impossível defender a opinião dos mesmos, à vista das considerações já expostas. O Código Civil, como vimos, consagra, quer no texto do art. 159, quer nos demais dispositivos referentes à matéria, expressamente, a teoria da culpa, mas nem por isto deixou de aceitar e regular casos de responsabilidade independente de



culpa, como, aliás, o fazem tantas legislações modernas.

O Prof. SPENCER VAMPRÉ (394), conceituando o ato ilícito, diz: “O ato ilícito, no conceito do Código, é o que se pratica sem direito, causando dano. O Código não indaga do discernimento do agente, e assim, o menor de 14 anos, o alienado, o perturbado nos sentidos e na inteligência, e o violentado, ainda que criminalmente irresponsáveis, respondem civilmente pelos danos causados, quer por atos classificados crimes, quer por atos estranhos ao Direito Penal. A isenção da responsabilidade criminal não implica a da responsabilidade civil (Código Penal art. 31; CLÓVIS, Teoria Geral do Direito Civil, § 71)”. CLÓVIS realmente afirmou o mesmo que diz o Prof. SPENCER VAMPRÉ, como vimos, mas sem referência expressa ao Cod. Civil.

Em face, porém, do texto do art. 159 do Cod. Civil não é possível concluir, como o professor VAMPRÉ, pela responsabilidade dos privados de discernimento, o que importaria na negação completa do sistema adotado pelo legislador brasileiro. Quando no art. 159 se fala em ação ou omissão voluntária, ou quando se refere à negligência ou imprudência, está clara e implicitamente exigido o uso da razão, da vontade esclarecida.

Na primeira parte do artigo 159 o legislador se refere ao dolo, para o qual exige a ação ou a omissão voluntária, com o propósito de alcançar o fim almejado; na segunda parte exige a negligência ou imprudência,

---

(394) Obr. cit., pag. 132.



que só poderão ser juridicamente consideradas, tendo em vista o indivíduo que possa discernir. A negligência ou a imprudência caracterizam um êrro de conduta, um desvio do caminho que o homem segue nas relações jurídicas com os seus semelhantes; para se desviar desta conduta, é preciso conhecê-la, compreendê-la, achar-se em condições de observá-la. O alienado ou todos os que se acham privados ou perturbados da razão, desde que não possam compreender e observar a conduta normal, não poderão ser negligentes e imprudentes, sob o ponto de vista jurídico.

Desta forma, o legislador, no seu conceito de ato ilícito, inseriu a necessidade de uma vontade esclarecida.

A afirmação dos preclaros mestres CLÓVIS BEVILÁQUA e SPENCER VAMPRÉ nos levariam a consequências que nem sequer as legislações que regulam a responsabilidade dos alienados nos arrastam — a reparação integral dos danos, nas mesmas condições em que se impõem aos sãos de espírito. Seria, ademais, a consagração mais brutal da responsabilidade objetiva, porque sendo inconsciente o ato da pessoa privada de discernimento, a responsabilidade surgiria, não da imputabilidade moral, mas pura e exclusivamente de um fato material; seria a proclamação, como um princípio, da responsabilidade do alienado, quando as próprias legislações, que acolheram a obrigação de reparar os danos ocasionados pelos mesmos, fundando-a na equidade, repudiam, declarando-o expressamente, como princípio, a sua responsabilidade.



Não queremos com isto afirmar que um menor de 16 anos não possa ser responsável pelos atos ilícitos que porventura pratique, si houver prova que agiu com discernimento. A matéria será convenientemente estudada quando tratarmos da responsabilidade prevista no art. 1.521 do Cod. Civ.

O fato da isenção da responsabilidade criminal não dirimir a responsabilidade civil, não significa que, para que surja esta, não é necessario o discernimento. Apenas significa que a não imputabilidade criminal não importa na irresponsabilidade civil, porque fatos há que não atingem a esfera penal, mas que constituem delicto ou quasi delicto civil, ou seja o ato ilícito gerador da responsabilidade, em face da lei civil. Si em face da lei penal, o ato lesivo do direito alheio não reúne os elementos constitutivos do crime, nem por isto poderemos, desde logo, proclamar que não os reúna para constituir o ato ilícito, nos termos da lei civil.

**41** — Ao passarmos ao estudo dos vários dispositivos do Código Civil, queremos, de início, deixar aqui consignados, por serem dignos de menção e bem demonstrarem o grande valor do seu autor, os ensinamentos que, já em março de 1917, COSTA MANSO (395) expunha, condensando em um quadro sinótico a doutrina da responsabilidade aquiliana no Código Civil. Resulta do mesmo, claramente, que o nosso legislador adotou um sistema misto de responsabilidade extra-

---

(395) Obr. e loc. cit. Veja-se no final do capítulo o referido quadro.

contratual, proclamando em vários artigos a obrigação de reparação do dano sem culpa, sob o influxo das novas doutrinas e de vários dispositivos de outros códigos civis. (396)

No art. 1.521, regulando a responsabilidade por fato de outrem, o legislador pátrio não fugiu do princípio genérico da culpa no art. 159, quanto ao fundamento da responsabilidade extra-contratual.

O art. 1.523 dispõe que a vítima deverá provar que as pessoas responsáveis determinadas no art. 1521, com exceção do n. V, concorreram para o dano por culpa ou negligência de sua parte.

Entretanto, na interpretação do art. 1.523 duas correntes se estabeleceram: — uma, daqueles que não vêem neste dispositivo alteração alguma ao princípio geral da responsabilidade, impondo à vítima a obrigação de provar a culpa do responsável pelo dano (397); outra, dos que vêem no art. 1.523 uma presunção de culpa a favor da vítima, surgindo a responsabilidade do próprio fato danoso, uma vez que o responsável não prove fôrça maior, caso fortuito ou culpa da vítima (398).

Justificando esta opinião, diz PONTES DE MIRANDA que o art. 1.523 não cria responsabilidade por cul-

---

(396) ESPÍNOLA, obr. cit., I, pag. 454 e segs.

(397) CLÔVIS, obr. cit., V, pags. 287-288.

(398) SABOIA LIMA, «Rev. de crítica judiciária», vol. XX, pag. 140 e segs.; MOREIRA DE AZEVEDO, Rev. cit., pag. 148; PONTES DE MIRANDA, «Do direito das obrigações» no «Man. de dir. civ.», de P. LACERDA, vol. XVI, 3.ª parte, pags. 291-294.



pa alheia, mas por fato próprio, por culpa que se deve presumir desde que as circunstâncias não afastam esta presunção. “A culpa do responsável consiste em não haver exercido, como devera, o dever de vigiar, de fiscalizar, culpa *in vigilando* ou de haver aceito quem não podia exercer, com toda correção, o encargo (culpa *in eligendo*)”.

Embora o dissídio continue, como atesta CARVALHO SANTOS, e dele nos dá notícia SABOIA LIMA na citada sentença publica na “Rev. de crítica judicaria (vol. XX, p. 140) (399) a nós se nos afigura que o art. 1.523 em nada derogou o princípio da responsabilidade baseada na culpa provada pela vítima.

O legislador fixou no art. 1.521 a responsabilidade dos pais, dos tutores, curadores, patrões, amos ou comitentes e outros, pelos atos, respectivamente, de seus filhos, tutelados, curatelados e prepostos. Si aí ficasse o legislador, teríamos duas consequências jurídicas: — 1.<sup>a</sup>) — que estas pessoas alí enumeradas seriam responsáveis, exclusivamente, pelo fato de outrem; 2.<sup>a</sup>) — que uma vez provado êste fato de outrem surgiria a responsabilidade. Estaríamos, assim, em face de uma responsabilidade *ex lege*, sem necessidade da culpa. Não era êste, entretanto, o sistema que o legislador adotara, regulando a chamada responsabilidade indireta ou complexa. Teria o legislador pátrio ido além do sistema da presunção *juris et de jure* adotado pela jurisprudência francesa, como vimos. A

---

(399) Obr. cit., vol. XX, pags. 291-294; SPENCER VAMPRÉ, na «Rev. de Crit. Jud.», vol. IX, pag. 447.



responsabilidade das pessoas enumeradas no art. 1.521 ns. I a IV resulta da culpa própria, embora o dano seja consequência de ato material de terceiro; mas êste simples ato material não basta para criar a responsabilidade daquelas referidas pessoas. O art. 1.523 veio completar o art. 1.521, para que o mesmo não pudesse ser interpretado como derogativo do princípio genérico da necessidade da culpa, consagrado no art. 159 do Cod. civil. Só no caso de culpa provada das pessoas enumeradas no art. 1.523 ns. I a IV surgirá a responsabilidade pelos atos dos terceiros ali enumerados.

Mas a quem compete fazer a prova da culpa do responsável? E aí reside a questão. Há uma presunção *juris tantum* de culpa do responsável, ou é necessária a prova desta culpa, por parte da vítima?

Pensamos que a prova da culpa do responsável não resulta do próprio ato da pessoa pela qual ela responde, seguindo a opinião comumente aceita (400). Senão vejamos, encarando as várias hipóteses do cit. art. 1.521.

Consideremos o ato de um filho menor, de um tutelado ou de um curatelado, que viola o direito de outrem e lhe causa um dano; a culpa do pai, tutor ou curador, não resulta do próprio fato do qual resulta a culpa *in vigilando* ou de qualquer outra natureza. O mesmo se verifica tratando-se de um preposto, cujo ato ilícito tenha

---

(400) CLÔVIS, obr. cit., V, pags. 287-288; LINO LEME, obr. cit., § 14, pag. 85; COSTA MANSO, obr. cit., pag. 256, que no seu referido quadro sinótico coloca o art. 1.528 entre os fatos imputáveis por culpa; ESPÍNOLA, «Pareceres e questões jurídicas», pag. 249; CUNHA BARRETO, «Direito aplicado», pags. 311 e segs.



ocasionado um dano a outrem; a culpa *in vigilando* ou *elegendo* do comitente não está provada só porque houve um ato culposo do seu preposto.

É possível, em vários casos concretos, que provada a culpa do preposto, provada fique a culpa do comitente; assim como provado o fato de um filho menor, dele resulte a prova da culpa *in vigilando* dos pais. Mas si tal não se der, a prova da culpa do responsável se impõe, em face do cit. art. 1.523.

Declara PONTES DE MIRANDA (401) que se não houvesse presunção de culpa, não haveria razão de ser do art. 1.523; excusado seria dispôr sobre a responsabilidade que os princípios gerais já tinham consignado e que se não aplica somente àquelas pessoas referidas no art. 1.521, mas a tôdas que causarem danos a terceiros.

Não procede a observação, como vimos. Andou prudentemente o legislador, porque o art. 1.521 fixa a responsabilidade das pessoas alí enumeradas, em virtude de atos de terceiros; si o art. 1.523 não declarasse, expressamente, que deve ser provada a culpa dêstes responsáveis, teríamos, em face do art. 1.521, uma obrigação legal de reparação, decorrente exclusivamente do acto de terceiro. Este ato é que seria examinado em face do princípio genérico do art. 159, a-fim-de verificarmos a existência de um ato ilícito violador de direito de outrem. O princípio geral do art. 159 se refere à

---

(401) Obr. cit., ns. 291-294; CARVALHO DOS SANTOS, obr. cit., XX, pags. 214 e s. e 288.

ação ou omissão, à negligência ou imprudência do agente violador do direito de outrem, isto é, à responsabilidade decorrente de ato pessoal. Ora, si o art. 1.521 não fosse completado pelo dispositivo do art. 1.523, onde expressamente se exige a culpa das pessoas enumeradas no primeiro artigo, ou seja, a responsabilidade pelo fato de outrem, mas decorrendo de culpa própria, teríamos uma responsabilidade surgida de simples representação, mas sem ato próprio ou seja sem ação ou omissão, sem negligência ou imprudência do próprio responsável. Desta forma, violado seria o princípio geral do art. 159 do Cod. Civil, criando-se um princípio de responsabilidade ou baseado numa presunção *juris et de jure* da culpa ou na teoria do risco. Na responsabilidade pelo fato de outrem, o responsável civilmente o é pelas consequências do fato de outrem, mas em virtude de fato próprio, de culpa própria (402). Sem o art. 1.523 o legislador brasileiro teria consagrado a responsabilidade decorrente só do fato de outrem.

Sem dúvida alguma o legislador patrio não seguiu a melhor doutrina, impossibilitando, na maioria dos casos, a reparação dos danos causados por atos de prepostos e outros (403), pois deveria ter consagrado

---

(402) Vide MAZEAUD, obr. cit. ns. 708, 780 e segs., 826 e 833; HENoch AGUIAR, obr. cit., n. 81.

(403) Vide WALDEMAR FERREIRA, «A responsabilidade das pessoas jurídicas por atos de seus prepostos», na Rev. da Faculdade de Direito, vol. êXXIV, fasc. I, pags. 134 e segs.; SABOIA LIMA e MOREIRA 45 AZEVEDO, locs. cit.



a presunção *juris et de jure* da culpa adotada pela jurisprudência francesa ou a presunção *juris tantum*, nos termos do art. 831 do Código civil alemão.

Enquanto as legislações modernas ou a jurisprudência dos Tribunais franceses, como vimos, consagram o princípio da presunção *juris et de jure* da culpa ou da responsabilidade objetiva, o nosso legislador se conservou dentro dos estreitos limites da culpa.

Eis a razão porque o deputado DANIEL DE CARVALHO apresentou à Câmara dos Deputados, em 1934, um projeto de lei exarado nestes termos:

“Art. 1.º — *A culpa ou negligência do patrão, comitente, ou pessoa jurídica que exerça exploração industrial no caso do art. 1.523 do Cod. Civ., considera-se provada, desde que o esteja a culpa ou negligência dos seus empregados, serviços ou prepostos*”.

Estabelecia o projeto, como o diz o seu próprio autor, quando da sua justificação (404), a presunção *juris et de jure* do comitente e outros, uma vez provada a culpa do preposto. Desta forma, provada a culpa do autor do dano, a responsabilidade do patrão ou comitente decorrerá do próprio ato ilícito do seu preposto.

O projeto não logrou aprovação e continuamos a assistir à irresponsabilidade dos comitentes, mórmen-

---

(404) DANIEL CARVALHO, «Responsabilidade civil das companhias de transportes por ato de seus prepostos», na «Rev. de Crítica Judiciária», vol. XXIV, pag. 13. Referindo-se aos arts. 1.521, 1.522 e 1.523 do nosso Cod. civ. VENIAMIN (obr. cit., pag. 430) declara que a vítima deve provar o concurso do comitente ao ato ou provar a sua culpa.

CUNHA BARRETO, obr. cit. pags. 313 e s.



te das grandes empresas, em relação aos atos dos seus prepostos. A facilidade da prova de ausência da culpa *in elegendo* ou da culpa *in vigilando* exclui, na maioria dos casos, a responsabilidade do comitente (405).

É de se observar, porém, que o Código de Menores, no art. 25, § 7 dispõe:

*“São responsáveis pela reparação civil do dano causado pelo menor os pais ou a pessoa a quem incumbia legalmente a sua vigilância, salvo se provarem que não houve de sua parte culpa ou negligência”*. Derrogou, desta forma, o citado dispositivo, o art. 1.521 n. I combinado com o art. 1.523 do Código Civil, criando a favor da vítima uma presunção *juris tantum* da culpa.

A responsabilidade do pai ou da pessoa a quem legalmente compete a vigilância do menor será elidida, uma vez que o civilmente responsável prove que não houve de sua parte culpa ou negligência. Não haverá, pois, a responsabilidade, provando-se que o ato do menor ou tuteado não resultou de deficiência de vigilância, de ausência de educação ou de qualquer outro fato imputável ao responsável. (406).

---

(405) Vide SÁ PEREIRA, «Decisões e Julgados», pag. 187.

(406) C. SANTOS, *obr. cit.*, XX, pag. BVE e segs.

O Código civil argentino baseando a responsabilidade extra-contratual na culpa, conforme preceitua o art. 1.109, estabelece um preceito genérico para regular a responsabilidade pelo fato de outrem. O art. 1.113 estatui, na sua 1.<sup>a</sup> parte, a responsabilidade dos danos causados pelas pessoas que estão sob nossa dependência. Mas nos arts. 1.114 a 1.117 o legislador argentino regula os casos concretos da responsabilidade dos pais, tutores, curadores, diretores de colégios, mestres, hoteleiros e



O art. 156 do Código, tendo equiparado o menor ao maior para os efeitos da responsabilidade por ato ilícito, em nada alterou a situação jurídica em relação à responsabilidade dos pais ou dos responsáveis por êles. Ao contrario, a responsabilidade dos pais, ou dos que legalmente respondem pelos menores, continua a subsistir, parecendo-nos, entretanto, meramente subsidiária.

Tal responsabilidade subsiste porque, continuando a exercer sobre os mesmos o pátrio poder, com os deveres que êste encargo impõe, com as obrigações referentes à vigilância e à educação, a responsabilidade não se extinguirá. Nas mesmas condições se acham todos os que, nos casos previstos no art. 1.521, res-

---

outros. HENOCI AGUIAR, (obr. cit. ns. 84, 85 e 90), estudando a matéria, declara que o art. 1.113 encerra um princípio geral de responsabilidade objetiva; provada a dependência da pessoa que praticou o ato ilícito, surge a responsabilidade da pessoa que pela mesma responde. As hipóteses previstas nos arts. 1.114 e segs. são derogativas do princípio genérico do art. 1.113, criando-se a favor da vítima uma presunção *juris tantum* (obr. cit., ns. 99 e segs.). Fora dos casos previstos nos arts. 1.114 a 1.117, a responsabilidade pelo fato de outrem ou está regulada pelo princípio genérico do art. 1.113 ou por disposições especiais (arts. 1.118, 1.119, 1.561 e 1.631) que criam presunções *juris et de jure* da culpa (obr. cit., ns. 106 e segs.).

Entretanto, no Projeto de reforma do Código Civil iniciado em 1926 e concluído em 1936, os seus redatores submeteram o princípio da responsabilidade por fato alheio à presunção *jures tantum* da culpa, que será afastada provado o cuidado na escolha do servidor, como nas máquinas e utensílios ou na direção do serviço encomendado (art. 889). No art. 890 o Projeto regula a responsabilidade dos pais, tutores, curadores e diretores de colégio pelos atos de seus filhos, tutelados, curatados, alunos ou aprendizes, criando-se a presunção de culpa, salvo a prova da impossibilidade de prevenir o dano ou de deligência que devia prestar aos mesmos.

pondem pelos atos dos menores sob sua guarda. Aplica-se, na solução da hipótese, não só o disposto no art. 1.518 § único, que fixa a responsabilidade solidária dos autores e cúmplices do ato ilícito, como o disposto no art. 1.521 n. I, com a modificação do art. 25 § 7 do Código de Menores. Si, entretanto, o pae pagar o dano causado pelo filho não terá contra o mesmo o direito regressivo, nos termos do art. 1.524 (407).

42 — Depois de fixar no art. 159 o princípio da responsabilidade extra-contratual decorrente de ato pessoal e de o ter mantido no art. 1.521 combinado com o artigo 1.523, regulando a responsabilidade pelo fato de outrem, o legislador brasileiro, sem se afastar do princípio da teoria subjetiva, mas criando uma presunção *juris tantum* da culpa, regulou no art. 1.528 a responsabilidade do dono ou detentor do animal que tenha causado danos a terceiros. A vítima, tendo a seu favor a presunção de que o fato se deu em virtude de culpa do dono ou do detentor do animal, deverá provar apenas o dano causado pelo animal e quem seja o seu dono ou detentor. Para elidir os efeitos desta presunção de culpa, cumpre ao responsável provar a au-

---

(407) Vide Clôvis, obr. cit., vol. V, pag. 285.

A hipótese do art. 1.521, n. V, é excetuada do preceito do art. 1.523, porquanto se trata de um caso de enriquecimento injusto; a hipótese é de ação *in rem verso*, como diz PONTES DE MIRANDA (obr. cit., 3.<sup>a</sup> parte, n. 270). Mas toda vez que a pessoa obrigada participou do produto do crime, sem culpa, a responsabilidade decorre do simples fato ou de uma presunção *juris et de jure* da culpa (Vide LINO LEME, obr. cit., § 7, pag. 25).



sência de culpa, a culpa da vítima, o caso fortuito ou a força maior, ou ainda o fato de terceiro que tivesse provocado o animal. Mas ao se referir à prova da ausência de culpa, o legislador determinou que o responsável deverá provar que o guardava e vigiava com o cuidado preciso.

A fixação deste cuidado é matéria a considerar em cada caso concreto.

PONTES DE MIRANDA (408), comentando o citado dispositivo, declara que não basta um cuidado normal, o de qualquer pessoa diligente, mas o que se devia ter no caso concreto; a expressão envolve a exigência de atenção maior, de vigilância imposta pelas circunstâncias especiais de cada caso.

É preciso, porém, não interpretar a lição de PONTES DE MIRANDA como afirmação de uma diligência que não esteja dentro do conceito da culpa *in abstracto* (409). A diligência a que se refere o n. I do art. 1.527 não é o cuidado especial, diverso do que se deve ter em todos os atos da vida, mas é o cuidado indispensável como o teria, naquele caso, e naquela situação, rodeado das mesmas circunstâncias, o homem diligente.

---

(408) Obr. cit., XVI, parte 4.<sup>a</sup>, n. 457.

(409) LACERDA DE ALMEIDA (Efeitos das obrigações», pags. 342 e s.) afirma que a teoria da culpa *in concreto* foi abraçada pelo legislador patrio, citando os casos dos arts. 1.251, 1.253, 1.266 e 1.300 do Código Civil. Tais hipóteses, entretanto, são derogativas da aplicação da culpa *in abstracto*.

Tratando-se da guarda de um animal doméstico e manso, não serão necessárias as mesmas precauções que devem ser tomadas na hipótese de um animal selvagem ou bravio. A expressão — cuidado preciso — não é, pois, uma diligência de natureza especial, mas uma diligência que deva ser a indispensável para evitar que o animal produza o dano ocasionado a terceiro.

43 — É ainda sob a influência do princípio da culpa que o legislador brasileiro, no art. 1.528, consagra a responsabilidade do proprietário do edifício ou construção, pelos danos ocasionados pela sua ruína, si esta provier da falta de reparos, cuja necessidade seja manifesta.

Subordinando a responsabilidade à condição de ter sido a ruína ocasionada pela falta de reparos, cuja necessidade era manifesta, restringiu o legislador demasiadamente a responsabilidade decorrente dos danos provenientes da ruína de um edifício, circunscrevendo a culpa a uma necessidade patente de ausência de reparos.

Desta forma, em casos de acidentes desta natureza, causador de danos, deve a vítima provar que a causa do acidente foi a falta de reparos no edifício. reparos êstes, cuja necessidade era manifesta, iniludível.

Não há, no caso, presunção de culpa, como parece afirmar PONTES DE MIRANDA (410) quando de-

---

(410) Obr. cit., n. 575.



clara: — “*E si houve o dano, para que manter ao réu o ônus da prova? Não o inverteu, dadas as circunstâncias, a natureza da coisa, o próprio dano ocorrido?*”

O dano por si só não prova o requisito - condição que a lei impõe para que haja reparação, isto é, a falta de reparos, cuja necessidade fosse manifesta. O próprio dano ocorrido, desde que se não conheça a sua causa, não basta para que surja a figura jurídica da responsabilidade prevista no cit. art. 1.528. Si este art. nenhuma referência fez à prova da culpa, que é exigida no requisito essencial para que surja a responsabilidade — a falta de reparos, cuja necessidade fosse manifesta — negligência imperdoável na conservação da coisa, culpa *in vigilando* denunciadora de um erro de conduta, que não a cometeria um homem diligente, é claro que ao autor da ação cumpre provar o fato que constitua a referida culpa *in vigilando* (411).

Provada a falta de reparos, cuja necessidade era manifesta, a culpa do proprietário também está provada. O ônus da prova da culpa é, pois, incontestavelmente, da vítima, porque da prova exclusiva da ruína e do dano pode não se deduzir que houve falta de reparos necessários. Si assim não fosse, a responsabilidade do proprietário, uma vez provada a ruína do edifício e o dano, surgiria, si não fosse possível provar a causa do

---

(411) Vide MANREZA Y NAVARRO, obr. cit., vol. XII, pag. 676, e segs., que comentando o dispositivo do artigo 1.907 do Cód. espanhol, no qual se inspirou o legislador pátrio, sustenta que o fundamento da responsabilidade é a culpa, cabendo à vítima a prova do dano e da causa do acidente, isto é, a falta de reparos necessários.

acidente. Tal não seria possível em face do requisito que a lei impõe, como condição, para que surja a responsabilidade.

Determinando-se, porém, que a causa do acidente foi a falta de reparos, cuja necessidade era manifesta, o proprietário já não poderá elidir a responsabilidade, provando que não houve de sua parte culpa alguma, visto ignorar a necessidade dos reparos. E tal não pode alegar porquanto a falta de reparos de uma necessidade manifesta, palpitante, não pode escapar à vigilância de um homem prudente, diligente. Si escapou à sua observação, demonstra o proprietário ser negligente, relaxado e inadmissível seria considerar as suas condições pessoais para fixar a existência da culpa. Esta, como sabemos, é apreciada *in abstracto* e ao homem diligente, possuidor de um prédio, não deve e nem pode passar despercebida a necessidade de reparos indispensáveis à conservação de um edifício ou construção.

Entende o Prof. LINO LEME (412) que se trata na espécie de responsabilidade objetiva, do “risco da propriedade”. Não fundamenta, entretanto, a sua opinião. Ela é, todavia, a nosso ver, insustentável e só poderia ser justificada si o legislador não tivesse submetido a responsabilidade à condição final do art. 1.528. Na verdade, si a responsabilidade só se verifica quando a ruína decorre da falta de reparos, cuja necessidade era manifesta, é evidente a existência da culpa *in vigilando*, desde que o proprietário não mantenha a vigilância

---

(412) Obr. cit., pag. 108.



necessária para verificar a existência daqueles reparos indispensáveis. É evidente a culpa *in negligendo*, si deixou de fazer os reparos necessários, conhecendo a necessidade dos mesmos, que se impunham de modo ineludível.

A teoria do risco faz resultar a responsabilidade do próprio fato, como consequência do risco criado, sem perquirir da conduta do agente, da sua negligência ou de sua imprudência; ora, o proprietário do edifício não é responsável, em face do art. 1.528, pelo fato da ruína, como consequência do risco criado, contrapondo-se ao proveito auferido pelo proprietário. A responsabilidade surge do fato causador do dano, que é a ruína do edifício, mas por não ter o proprietário feito os reparos necessários como devia, si fosse diligente, prudente ou, em uma palavra, si agisse como o *bonus pater familias*.

A culpa resulta, portanto, segundo o preceito genérico do art. 159, da negligência ou da imprudência de não se ter feito o reparo, cuja necessidade era manifesta; a previsibilidade ou a possibilidade de previsibilidade do dano resultam das próprias condições do prédio, cujos reparos indispensáveis eram manifestos.

E', entretanto, judiciosa a observação de CLÓVIS, quando declara, comentando o cit. art. 1.528, que a necessidade de reparo deve ser manifesta, sendo certa que esta restrição parece retirar à responsabilidade estabelecida no código civil brasileiro o caráter puramente objetivo, que apresenta, no direito francês, no suíço e em outras legislações. Porém acrescenta: "Mas a

objetividade não desaparece inteiramente, porque o proprietário poderá achar-se ausente, ignorar, de fato, a necessidade de reparo, aliás manifesta aos olhos dos vizinhos ou trausentes, e, no entanto, responderá pelo dano resultante da ruína”.

Da lição do mestre concluímos:

1.º) — Que, em regra, a responsabilidade repousa na culpa.

2.º) — Que a responsabilidade poderá ser puramente objetiva, si o proprietário ignora a existência da necessidade dos reparos.

Pedimos vênia ao douto mestre para divergir. A ausência do proprietário não faz desaparecer a culpa *in vigilando* que lhe cumpre ter. O proprietário ausente não deve deixar o prédio à mercê de sua sorte; si o deixa, de maneira a criar a situação de fato de precisar de reparos, cuja necessidade é manifesta, sem ter quem dele zeze, comete a culpa *in vigilando*. Si, entretanto, se tratar de uma ausência passageira e durante esta surja a necessidade de reparos, poderá não haver culpa *in vigilando*. Nesta hipótese, pouco provável, a solução dependerá de circunstâncias de fato, porque a necessidade de reparos, em casos tais, poderá ter sido ocasionada por uma causa estranha, não imputável ao proprietário.

44 — Não se ateve exclusivamente, entretanto, ao princípio da culpa, o legislador pátrio. Em vários dispositivos relativos à responsabilidade extra-contratual



é evidente a consagração da responsabilidade sem culpa.

Passemos ao exame dos dispositivos legais que, segundo a opinião da maioria dos nossos juristas, consagram a responsabilidade objetiva, afastando-se, assim, do princípio genérico do art. 159.

O Código Civil, depois de definir no art. 159 o ato ilícito, dispõe no art. 160 ns. I e II, que não constituem atos ilícitos os praticados em legítima defesa ou em estado de necessidade, reportando-se aos artigos 1.519 e 1.520, nos quais, abrindo exceção ao dispositivo do art. 159, proclamam a responsabilidade dos que agiram em legítima defesa ou em estado de necessidade, em determinadas hipóteses.

Antes de examinarmos as hipóteses previstas nos arts. 1.519 e 1.520 e no artigo 1.540, cumpre-nos observar, como aliás o fazem os que defendem a aplicação da teoria objetiva nos referidos casos (413), que se trata da responsabilidade decorrente de um ato lícito, no exercício regular de um direito. O agente no exercício da legítima defesa, quer de sua pessoa, quer de terceiro, ou na prática de um ato danoso para evitar perigo iminente, observados os requisitos legais que a lei exige para que surjam as figuras jurídicas da legítima defesa ou do estado de necessidade, está no exercício regular de um direito, o que exclui, evidentemente, a existência da culpa.

---

(413) ESPÍNOLA, obr. cit., pag. 460; CLÔVIS, «Cód. Civ. Com.», I, pags. 468 e segs. e vol. V, pags. 281-282; COSTA MANSO, obr. cit., pag. 254, C. SANTOS, obr. cit., XXI, pag. 166.

Entretanto, a despeito de se tratar do exercício regular de um direito, verificamos que nos termos dos artigos 1.519, 1.520 e 1.540 o agente responde por certos danos decorrentes de seu ato.

Preceitua o art. 1.519 que si o dono da coisa deteriorada ou destruída para remover o perigo iminente, não fôr culpado do perigo, assistir-lhe-á direito à indenização do prejuízo sofrido. Estamos, pois, em face de um ato praticado para a remoção de um perigo iminente, causando, porém, a terceiro, que não foi o culpado do perigo, um dano.

Impossível seria pretender que o fundamento desta responsabilidade repousasse na culpa, pois, si esta nada mais é do que um êrro de conduta, incompatível se torna com o exercício de um direito. Conduzir-se como o permite a lei, exercendo um direito reconhecido, não é afastar-se das normas de conduta seguidas pelo homem diligente; é, ao contrário, obedecê-las, conduzir-se como se conduziria, qualquer outra pessoa colocada nas mesmas circunstâncias de fato em que se encontrava o agente.

A obrigação imposta, pois, ao agente, no caso de estado de necessidade, é puramente objetiva, decorrendo exclusivamente do dano causado à vítima que não correu para o ato lesivo.

Verifica-se o mesmo nos casos dos arts. 1.520, § único, e 1.540 do Código, em que o agente, no exercício de um direito, como a legítima defesa, causa dano a terceiro e não ao seu agressor (414).

---

(414) Vide ESPÍNOLA, obr. cit., pag. 464.



A despeito de nos parecer incontestável que, nas hipóteses analisadas, a responsabilidade resulta exclusivamente do ato danoso, sustentam alguns dos nossos juristas que não se trata, nos casos referidos, de responsabilidade objetiva.

Deste teor é a opinião do ilustre magistrado Dr. MANOEL CARLOS, em sentença publicada na “Revista dos Tribunais”, vol. 75, pag. 572 e sgs., quando afirma o seguinte:

“Não é a consequencia damnosa que obriga uma reparação, como têm dito escriptores de tomo; é também a concurrencia daquelle elemento subjectivo, cuja presença faz com que o acto se opere de modo a não poder attribuir-se ao caso fortuito ou á força maior, que se identificam com a acção de causas que estão fora do alcance da vontade humana, isto é, tudo o que não pode prever ou que, previsto, não se pode evitar. Em summa, o sujeito que se vê em estado de necessidade, pode sujeitar-se ao mal evitavel. A mesma coisa é possivel no caso de aggressão injusta; a victima pode optar por soffrer a offensa, em vez de repeli-la, matando, ou ferindo”.

Em que pese a opinião do preclaro jurista, a sua construção é sofística, porque parte do pressuposto que a intervenção da vontade ou do elemento subjetivo, excluindo a força maior ou o caso fortuito, faz surgir a culpa. Tal não é verdade. A vontade, como elemento propulsor da ação do agente, não basta para que surja a culpa, pois, si assim fôra, a criação dos riscos, como atos voluntários, seriam atos culposos. Desta forma, risco e culpa passariam a ser uma só cousa.

A culpa surge do ato voluntário quando êste se desvia da conduta normal que o *bonus pater familias* seguiria nas condições em que se acha o agente. A vontade, como elemento subjetivo, é apenas apreciada para verificar a capacidade delitual, a imputabilidade moral do agente, como exige a teoria clássica da culpa. Verificada esta capacidade, o ato do agente é examinado, tomando-se como padrão a conduta do homem diligente. Si a conduta do agente obedeceu à normalidade, si êle procedeu como procederia qualquer pessoa prudente, nas mesmas circunstâncias, o elemento subjetivo, a sua vontade, nenhuma significação jurídica apresenta para a classificação da natureza culposa ou não de sua ação.

Na opinião do Dr. MANUEL CARLOS, uma vez que o ato é consequência do elemento subjetivo, da vontade do agente, excluindo a força maior ou o caso fortuito, haverá culpa, o que seria desvirtuar, por completo, o conceito de culpa, e pregar abertamente a teoria do risco. Assim, por exemplo, o indivíduo que no exercício de sua atividade profissional, por um ato de sua vontade, causasse dano a outrem, seria responsável porque o fato não provém da força maior ou do caso fortuito, mas da ação humana impelida pela vontade. Não basta excluir a força maior ou o caso fortuito ou as causas estranhas à vontade humana, para que a culpa surja. E' preciso ainda que, embora existindo a vontade humana, que ergueu o braço do causador do dano, se considere a ação resultante desta vontade, examinando-a, a-fim-de se verificar si houve um êrro de conduta. Tudo isto, porém, considerando-se a teoria



clássica da culpa que exige o elemento da imputabilidade moral. Si, entretanto, considerarmos a opinião dos que sustentam que na culpa não se deve levar em apreço o elemento moral, psíquico, com mais razão se repele a opinião sustentada e que ora combatemos.

Conc'ue o ilustre jurista que o agente poderia preferir a ofensa ou sujeitar-se ao mal evitável. Poderia, sem dúvida, si o desejasse, ou si pudesse, mas desde que a lei lhe assegura o direito de agir, em sua defesa ou para evitar maior mal, ninguém poderia impor-lhe que agisse de forma diversa. Mas não é só.

Suponhamos que alguém, para salvar uma pessoa, que se acha prêsa em um prédio onde há um incêndio, quebre um fino vitral, a-fim-de penetrar no edificio e daí retirar a referida pessoa. Nos termos do art. 1.519 do Código Civil o salvador heroico deverá pagar ao proprietário, que não foi culpado do incêndio, o preço do vitral. Verificamos, no exemplo dado: — 1.º) — que o agente, impellido por um sentimento de profunda abnegação e altruismo, agiu conduzindo-se abnegadamente, como talvez não o fizesse o homem prudente; 2.º) — que o agente não podia evitar o mal, e, salvando a referida pessoa, não só agiu como a lei o permitia, mas praticou uma ação digna de louvores. Perguntamos: — onde está o elemento subjetivo ou a vontade que caracteriza um êrro de conduta, uma imprudência ou uma negligência?

O que verificamos é tão sòmente um dano que a lei manda ressarcir por quem praticou um ato lícito e digno de louvores; tal responsabilidade, ou seria me-

lhor, tal obrigação de reparar o prejuízo, resulta exclusivamente do fato danoso.

Neste ponto seguimos a lição de PONTES DE MIRANDA (415) que, declarando ser objetiva a responsabilidade nas hipóteses dos citados artigos, afirma que ha “illicitude do Ato”.

**45** — A responsabilidade decorrente do dano proveniente das cousas que caírem ou forem lançadas em lugar indevido, é regulada pelo art. 1.529 do C. Civil. Os nossos comentadores sustentam ser objetiva a responsabilidade regulada no citado artigo, porquanto basta que haja a queda ou o lançamento de qualquer coisa em lugar indevido, causando dano, para que surja a responsabilidade, mesmo que o fato seja praticado por outrem. Entretanto, é discutível esta opinião para tôda e qualquer hipótese, porque exigindo o cit. art. 1.529 que a coisa tenha caído ou sido lançada em lugar indevido, a culpa reside nesta imprudência, de atirar objetos em lugares onde o público passa, podendo, pois, ser presumível o ato danoso.

O próprio fato de lançar a coisa em lugar indevido atesta um erro de conduta, que jamais praticaria o homem diligente. Provado o lançamento da coisa em lugar impróprio, provada está a culpa decorrente de imprudência manifesta. A imprudência é, na hipótese, prefixada pela lei e uma vez provados os fatos que a

---

(415) Obr. cit., vol. XVI, 3.<sup>a</sup> parte, pags. 155 e 241.



caraterizam, que a definem, surge a responsabilidade (416).

E' de se ponderar, porém, que nos termos em que o citado artigo 1.529 determina a responsabilidade do morador da casa, bem pode acontecer que o fato seja praticado por um terceiro, como um hóspede, uma visita ou um intruso. Nestas hipóteses, não distinguindo a lei si a responsabilidade do morador decorre tão sòmente de ato seu ou das pessoas que com êle residem, claro está que o morador responde pelo dano, sempre que o objeto seja lançado, imprudentemente, por qualquer pessoa, que se ache em sua casa. A responsabilidade é, neste caso, objetiva, visto como não há fato algum imputável ao morador, que responderá por ato de terceiro, sem a menor relação jurídica com o mesmo. Desta forma quis o legislador proteger a segurança geral contra possíveis danos desta natureza (417).

**46** — Nos termos do art. 1.546 do Código Civil, o farmacêutico responde solidàriamente pelos erros e enganços de seu proposto. Eis-nos em presença de uma responsabilidade sem culpa.

O legislador, que no artigo 1.521 n. III, já havia regulado a responsabilidade dos patrões ou comitentes pelos atos de seus prepostos, fundando-a, como vimos, na culpa, vem no artigo 1.546 modificar o princípio

---

(416) CLOVIS, obr. cit., vol. V, pag. 294; PONTES DE MIRANDA, obr. cit., vol. XVI, parte 4.<sup>a</sup>, ns. 580 e 583; C. SANTOS, obr. cit., vol. XX, pag. 339.

(417) PONTES DE MIRANDA, obr. cit., pag. 51.

anterior em relação à responsabilidade dos farmacêuticos por atos de seus prepostos, tôdas as vezes que êste, por um êrro ou engano, tenha produzido dano a outrem.

E' evidente que se trata, no caso, de uma responsabilidade objetiva, como afirmam os comentadores do citado dispositivo legal (418). Neste sentido, diz muito bem o PROF. LINO LEME, que o legislador tendo destacado a responsabilidade solidária do art. 1.546, da solidariedade regulada no art. 1.518 § único, assim como destacou o art. 1.546 do art. 1.545, que também trata da responsabilidade dos farmacêuticos por atos pessoais, quis firmar que a responsabilidade é objetiva.

O legislador tinha nos preceitos dos arts. 1.521 n. III e 1.518, § único, a solução da responsabilidade do farmacêutico por atos de seus prepostos, fixando a obrigatoriedade de responder, solidariamente, pelos danos causados pelos mesmos prepostos, no exercício de suas funções.

Si, portanto, destacou, dentre as pessoas enumeradas no art. 1.521 n. III, o farmacêutico, teve em vista, sem dúvida, agravar a responsabilidade do mesmo; a não ser assim, não se justificaria que o legislador formulasse um preceito especial para nele dizer o que já estava consagrado na regra geral da responsabilidade dos comitentes pelos atos de seus prepostos. Desta forma, criando um preceito especial, para declarar que

---

(418) CLÔVIS, obr. cit., V, pag. 310; C. SANTOS, obr. cit., vol. XXI, pag. 345; LINO LEME, obr. cit., pag. 51.



o farmacêutico responde solidariamente pelos erros ou enganos do seu preposto, outra não foi a intenção do legislador senão a de criar uma responsabilidade de natureza objetiva. Atendeu não só ao caráter delicado e grave do serviço, de maneira a obrigar o farmacêutico a ter o máximo cuidado possível e atenção, como também para garantir à vítima do dano a possibilidade de obter o ressarcimento do prejuízo sofrido, quasi sempre impossível em se tratando de empregados sem recursos para responderem pelas consequências danosas dos seus atos.

O caráter objetivo desta responsabilidade também se acentua no fato de se responsabilizar o preposto por ato decorrente de um erro ou engano, sem restrição, não se permitindo, pois, que se prove que este erro ou engano é excusável, ou decorreu de negligência, imprudência ou imperícia.

VICENTE DE AZEVEDO (419) e CARVALHO SANTOS (420) entendem que não se presume a culpa do preposto, que deve ser provada de acôrdo com a regra geral.

A regra geral para se provar a culpa consiste em demonstrar o fato e dele se deduzir o erro de conduta; ora, si a lei declara que o farmacêutico responde pelos erros ou enganos de seu preposto, claro está que, provada a existência do erro ou do engano, provada está a culpa do preposto e a responsabilidade solidária do farmacêutico. Si os referidos escritores pretendem

---

(419) Obr. cit., n. 93.

(420) Obr. cit., vol. XXI, pag. 346.

afirmar que é necessário provar que êste erro ou engano é fruto da culpa do preposto, elaboraram, a nosso vêr, em grave equívoco, porque seria destituir de valor prático o preceito legal e ir além do que pretendeu o legislador.

A culpa do preposto reside precisamente no erro cometido ou no engano praticado, pressupondo-se a imperícia no erro e a negligência ou imprudência no engano, mas presumindo-se de modo irrefragável. Porque, a não ser assim, desnecessário seria o preceito do artigo 1.546, visto como a solução da hipótese já estava contida nos dispositivos dos arts. 1.523, 1.545, e 1.518 § único do Código Civil (421). Por êstes artigos, o preposto do farmacêutico só responderia por atos decorrentes de sua culpa, provada pela vítima; o farmacêutico, como patrão ou comitente, responderia, solidariamente, si fosse provada sua culpa *in eligendo* ou *in vigilando*. Consequentemente, si o legislador estabeleceu a responsabilidade do preposto do farmacêutico em preceito próprio, quis fugir do princípio geral, já fixado relativamente à responsabilidade dos prepostos e comitentes.

47 — O legislador brasileiro consagrou, na parte referente ao Direito das Cousas, um capítulo especial ao direito de vizinhança, que tem íntima relação com a matéria que ora nos preocupa.

---

(421) V. VENIAMIN (obr. cit., pag. 340) refere-se à hipótese do art. 1.546 do nosso Código Civil como consagração da responsabilidade de pleno direito.



Estatúi o art. 554 o princípio genérico de que o mau uso da propriedade, uma vez que cause dano ao vizinho, faz surgir a responsabilidade do proprietário. A expressão mau uso da propriedade, de que se serve o legislador pátrio, é, sem dúvida, de uma grande amplitude e que só pode ser apreciada em cada caso concreto. Mas é certamente dentro do conceito da culpa que o problema será resolvido; farão mau uso da propriedade todos aqueles que se conduzam no exercício de seu direito dominical de maneira diversa da que seguiria o *bonus pater familias*. Certamente que aquí entram em apreciação as modernas concepções referentes à função social da propriedade e do abuso do direito (422); mas isto não altera o fundamento do art. 554 do Código Civil, porque o homem avisado usa de sua propriedade atendendo às condições econômicas e sociais de seu tempo.

Entretanto, na solução das obrigações resultantes das relações de vizinhança, o preceito do art. 586 do Código Civil é a consagração da responsabilidade objetiva.

Dispõe o art. 586 do Código civil que todo aquele que violar as disposições dos arts. 580 e seguintes é obrigado a demolir as construções feitas, respondendo por perdas e danos. Si o ato é pessoal do proprietário, a responsabilidade decorre de sua própria culpa, pela violação de preceitos proibitivos da lei.

---

(422) Vide FILADELFO AZEVEDO, «Destinação do imóvel» ns. 31 e s.

Mas figuremos a hipótese de uma construção que o proprietário confie a um empreiteiro, o qual venha, por exemplo, a violar o preceito do artigo 580 § único do Cod. civil. Neste caso, si applicarmos o dispositivo dos arts. 1.521 e 1.523 do Cód. Civil, a responsabilidade só poderá surgir provada a culpa ou negligência do proprietário; no caso contrário, a responsabilidade será apenas do construtor. Mas, em face do art. 586, a responsabilidade será do proprietário porque houve, em seu benefício, para a construção que mandou fazer, violação do art. 580 § único e da violação do preceito legal surge a responsabilidade do proprietário.

PONTES MIRANDA (423) declara que a idéia de culpa não aparece, no dito artigo, surgindo a obrigatoriedade pelo fato do dano e da simples violação. O prof. MÁRIO MASAGÃO, em voto proferido quando desembargador do Tribunal de Justiça do Estado, sustentou que no caso de violação de direito de vizinhança, a responsabilidade é do dono da obra, nos termos do art. 586 do Código Civil, sendo indiferente que a obra seja feita por êle próprio ou por terceiros. A responsabilidade decorre da vizinhança e recái sôbre o vizinho. O mesmo ponto de vista sustentou o Dr. José Osório de Oliveira em brilhante artigo “Direito de vizinhança”, publicado na Revista dos Tribunais e no qual estuda a matéria.

---

(423) Obr. cit., parte IV, pag. 303.



**48** — Na legislação especial reguladora da responsabilidade extra-contratual várias são as nossas leis nas quais encontramos a aplicação da responsabilidade sem culpa.

A lei de acidentes do trabalho, regulando as indenizações nos casos de acidentes propriamente ditos e dos males decorrentes do trabalho, é fundamentada na teoria objetiva. Substituindo a primitiva lei n. 3.724 de 15 de janeiro de 1919, regula hoje os acidentes do trabalho o Dec. 24.637 de 10 de Julho de 1934, que no art. 1.º fixa o conceito do acidente do trabalho, incluindo as moléstias profissionais. No art. 2.º do citado Dec. 24.637 consagrou o legislador o princípio da responsabilidade objetiva do patrão, excetuando o do'lo da vítima ou de terceiros ou os casos de força maior, por fatos estranhos ao trabalho. São excluídas das hipóteses da força maior, a ação dos fenômenos naturais quando determinada ou agravada pela instalação do estabelecimento ou a natureza do serviço 423-A).

**49** — A lei n. 2.681 de 7 de dezembro de 1912, regulando a responsabilidade das Companhias de estradas de ferro pelos danos causados aos passageiros e aos proprietários marginais e pela perda ou avaria de mercadorias, está em pleno vigor, não tendo sido revogada pelos dispositivos do Cod. Civ. referentes à matéria da responsabilidade extra-contratual, estendendo-se a sua aplicação a outra espécies de transportes

---

(423-A) Vide ARAUJO CASTRO, obr. cit., pags. 104 e segs.



urbanos, segundo a jurisprudência quasi unânime dos nossos tribunais (424).

Pela citada lei, nos termos dos arts. 1 e 17, a responsabilidade se baseia em uma culpa presumida, que só é elidível pela prova dos casos especificados nos mesmos artigos. Pelo exame das hipóteses previstas, verifica-se que a companhia não se pode eximir da responsabilidade, a não ser que prove o caso fortuito ou a força maior, a culpa do viajante, não concorrendo a da estrada, assim como nas demais hipóteses previstas no art. 1.º, para perda e avarias de mercadorias. Não poderá a Companhia, para eximir-se da responsabilidade, provar ausência de culpa. Esta presunção de culpa, desde que só possa ser afastada no caso de força maior ou caso fortuito ou culpa da vítima, é, na verdade, uma presunção *juris et de jure*, o que importa em adotar, nos seus efeitos, como vimos, a responsabilidade objetiva (425).

Mas a citada lei, que permite a prova do caso fortuito ou força maior e da culpa da vítima, nas hipóteses já examinadas, dispõe no art. 26 sobre a responsabilidade das companhias de estradas de ferro pelos danos causados aos proprietários marginais, por incêndios ateados pelas fagulhas das locomotivas, resul-

---

(424) CARVALHO SANTOS, obr. cit., XX, pag. 242; PONTES DE MIRANDA, obr. cit., n. 298. P. AZEVEDO, obr. cit., n. 36. Entretanto, a jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo tem-se pronunciado contra a aplicação da citada lei às empresas de transporte urbano. CLÓVIS, obr. cit., vol. V, pag. 287.

(425) A matéria não é pacífica, como mostra LINO LEME, obr. cit., pag. 93, § 21.



tando tal responsabilidade do fato apenas do incêndio produzido pelas mesmas fagulhas.

A despeito da controvérsia que a matéria tem suscitado nos tribunais (426), o preceito do art. 26 da citada lei 2.681 de 1912 é concebido em termos que parecem revelar a intenção do legislador de obrigar as Companhias a indenizarem todos os danos causados aos proprietários marginais, quando na exploração de suas linhas, sem que tenha feito as retrições constantes dos arts. 1 e 17 *cits.* Ora, si o legislador pretendesse fundar tal responsabilidade na culpa provada ou presumida, tê-lo-ia dito expressamente (427).

**50** — A publicação do decreto-lei n. 483 de 8 de Julho de 1938, que criou o “Código Brasileiro do Ar”, revogou o art. 84 do Regulamento dos “Serviços Cívís de Navegação Aérea”, de 22 de Julho de 1925, que mandava aplicar os dispositivos do Código Civil no caso de prejuízos causados por uma aeronave, a-fim-de apurar a responsabilidade do piloto e do armador. No Capítulo V — Da responsabilidade civil — o Código Brasileiro do Ar estuda a responsabilidade contratual, na sua secção I e a responsabilidade para com terceiros, na sua secção II.

---

(426) Vide PONTES DE MIRANDA, *obr. cit.*, ns. 7 e 98; CLÔVIS, *obr. cit.*, vol. I, pag. 287.

A matéria é objeto de viva controvérsia jurídica na doutrina, na Itália, como observa e estuda COZZI (*obr. cit.*, n. 44, n. I).

(427) Vide LINO LEME *obr. cit.*, § 21; C. DE MENDONÇA, «Obrigações», 2.<sup>a</sup> ed., vol. , pag.

Na secção I referida, o legislador regula a responsabilidade dos danos causados ao passageiro, durante o vôo ou nas operações de embarque ou desembarque, sendo a mesma considerada contratual. A responsabilidade é fundada na culpa, porquanto o art. 83 do citado Código do Ar declara que haverá responsabilidade: — a) — Havendo defeito na aeronave; b) — Havendo culpa da tripulação. Além disto, o art. 88 dispõe que em qualquer dos casos acima previstos, o transportador não será responsável si provar que, por si e seus prepostos, foram tomadas, de maneira satisfatória, as medidas necessárias para que se não produzisse o dano ou que se tornaria impossível fazê-lo.

Dos referidos dispositivos se infere que a vítima é que deve provar o defeito da aeronave ou a culpa da tripulação, podendo o transportador, feita esta prova, destruí-la provando que foram tomadas as medidas necessárias para que o dano não se produzisse ou que se tornou impossível assim proceder.

Passando a regular a matéria que nos interessa, isto é, a responsabilidade extra-contratual, o Código do Ar adotou a teoria objetiva, quando no art. 97 dispõe que dará direito à reparação qualquer dano que uma aeronave, em vôo, manobras de partida ou de chegada, causar a pessoas ou bens que se encontram na superfície do solo. No § único do cit. artigo 97, o legislador, depois de fixar o princípio da responsabilidade, declara que a mesma só será elidível ou atenuada, na medida em que couber culpa à pessoa lesada.



Desta forma, a responsabilidade extra-contratual pelos danos causados a terceiros que se acham na superfície, decorre pura e exclusivamente do fato danoso produzido pela aeronave, atenuando-se ou excluindo-se esta responsabilidade tão somente no caso de culpa da vítima, culpa que será considerada na medida em que concorrer para a realização do prejuízo sofrido.

Aplica-se o mesmo princípio, nos termos do artigo 98, aos danos causados por objetos ou substâncias que caírem da aeronave ou dela forem projetados, não se excetuando os alijamentos regulamentares ou resultantes de força maior.

A responsabilidade extra-contratual referida só se aplica à aeronave em vôo ou em manobras, exclunido-se expressamente, no art. 99, os danos causados pela aeronave em repouso.

Seguiu o legislador brasileiro o sistema adotado pelo direito francês e alemão, quando tratam da responsabilidade em relação a terceiros, elidindo-se a responsabilidade tão somente no caso de culpa da vítima (428).

**51** — Em relação à responsabilidade do concessionário de mina, pelos prejuízos causados a terceiros, tanto pelos trabalhos superficiais, como pelos subterrâneos, o art. 66 do dec. 24.642 de 10 de julho de 1934, que criou o Código de Minas, fixou o princípio de uma responsabilidade objetiva decorrente apenas do fato da-

---

(428) Vide N. 35.

noso. O referido dispositivo do Código de Minas é idêntico ao art. 15 da lei francesa de 21 de Abril de 1810, que a jurisprudência dos tribunais franceses têm interpretado como aplicação da teoria da responsabilidade sem culpa. Esta interpretação se baseia no fato de se tratar da exploração de serviços que expõem a perigos incalculáveis os terceiros, com aplausos de muitos doutrinadores, como vimos (429).

As expressões usadas pelo legislador brasileiro no art. 66 citado: — “Correm por conta do concessionário da mina danos causados a terceiros, tanto pelos trabalhos superficiais como pelos subterrâneos”, parece excluir toda a idéia de culpa, já porque, regulando a responsabilidade extra-contratual, o legislador nenhuma referência faz à culpa, como também pelo emprêgo das expressões — “correm por conta...”, que parecem indicar o risco.

Ademais, si o legislador pretendesse tomar como fundamento da responsabilidade a culpa, tê-lo-ia dito expressamente ou reportar-se-ia ao Código Civil, porque os danos são cometidos pelos prepostos na execução dos trabalhos de exploração das minas. Acresce ainda, como vimos, que todos os países têm leis especiais sobre a matéria, nas quais expressamente se fixa o fundamento da responsabilidade, quasi sempre baseada no risco da exploração.



Do estudo sumário que acabamos de fazer, vê-se claramente que o legislador brasileiro consagrando a teoria da culpa, nem por isto deixou de abrir excepções ao princípio, admitindo casos de responsabilidade sem culpa, muito embora não tivesse acompanhado, com mais amplitude, a orientação moderna de outras legislações, como seria de desejar.

---

*Nota:* Segue o quadro de Costa Manso, já referido.



|                                                                                                                                                                                                                           |                     |                                                        |                                                                                                                                                             |                                                                                                                                                                                                                                                                                   |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------|--------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Do dano causado por ação ou omissão ...                                                                                                                                                                                   | Imputável ao agente | Praticada no exercício de um direito reconhecido ..... | Uso <i>normal</i> do direito. ( <i>Ato lícito</i> ). Arts. 100 e 160. ....                                                                                  | Sem colisão com direito do paciente. Dano indireto.. <i>Não resulta obrigação de indenizar.</i>                                                                                                                                                                                   |
|                                                                                                                                                                                                                           |                     |                                                        |                                                                                                                                                             | Em colisão com direito do paciente. Dano direto. Arts. 1.519, 1.520 e 1.540 .....                                                                                                                                                                                                 |
|                                                                                                                                                                                                                           |                     | Praticada sem direito. <i>Ato ilícito</i> .....        | Uso <i>anormal</i> (abuso de direito, escolha da pior via). <i>Ato ilícito</i> . Arts. 160 n. I, 2. <sup>a</sup> parte; 160 § único; 502 § único; 554. .... |                                                                                                                                                                                                                                                                                   |
|                                                                                                                                                                                                                           |                     |                                                        | Com intenção maléfica ( <i>Dolo</i> ). Delito. Arts. 79, 159, 513, 515, 1.537 e segs. ....                                                                  |                                                                                                                                                                                                                                                                                   |
|                                                                                                                                                                                                                           |                     |                                                        | Sem intenção maléfica ....                                                                                                                                  | <div> <div>Por <i>imprudência, negligência</i> ou <i>imperícia</i>. (<i>Culpa</i>). Quasi-delito. Arts. 80, 159, 1.523, 1.527-28-29 e 1.545</div> <div> <div>Inexcusável. (Negligência) .....</div> <div>Excusável. <i>E.r</i> art. 514, <i>in fine</i> .....</div> </div> </div> |
| <p>Não imputável. (Enriquecimento indébito. Ato de pessoa incapaz. Ato de terceiro. Reposição do incapaz ao responsável direto). <i>Cod. Civ.</i>, arts. 96 1.521 v., 1.524 e 1.545 <i>Digesto Português</i>, I, 472.</p> |                     |                                                        |                                                                                                                                                             |                                                                                                                                                                                                                                                                                   |



## CAPÍTULO V

### SITUAÇÃO ATUAL, NO DIREITO CIVIL MODERNO, DAS TEORIAS DA CULPA E DO RISCO

52 — O estudo da evolução do conceito da culpa através dos processos técnicos postos em jôgo, criando-se, ao lado de presunções *juris et de jure* da culpa, a teoria da culpa na guarda, as culpas preexistentes e prováveis, é a demonstração irrefragável da objetividade do conceito da responsabilidade extra-contratual. Foram os próprios defensores da teoria subjetiva que, verificando a impossibilidade de resolver o problema da reparação dos danos, nos acanhados limites da culpa subjetiva, exigindo a imputabilidade moral, materializaram a noção da culpa. Nesta objetivação se alongaram de tal forma, no intuito de não se desligarem jamais do elemento básico — a culpa, que se perderam em conceitos e teorias cujos fundamentos são, na realidade, o risco. As presunções *juris et de jure* não passam de casos de responsabilidade decorrentes do próprio fato, pois, senão em teoria, mas na realidade, tais presunções são meros artifícios, mentiras jurídicas criadas com o intuito apenas de

não dar às cousas os seus verdadeiros nomes (430).

A teoria da culpa na guarda, como vimos, responsabiliza o guarda, sem indagar de sua conduta; desloca-se a responsabilidade do fato pessoal para a responsabilidade decorrente da obrigação de ter o controle da coisa, sem que se possa provar a ausência de culpa na perda deste poder absoluto sobre a coisa. A responsabilidade não decorre, pois, da conduta na custódia, porque a culpa não reside nesta conduta, cuja análise é denegada. A culpa repousa na obrigação legal de não perder o poder absoluto que se deve ter sobre as coisas em custódia, a-fim-de que as mesmas não causem danos a terceiros.

Eis porque RIPERT, no capítulo “La réparation des risques” de sua cit. obra “Le régime démocratique et le droit civil moderne”, confessa que a culpa só persiste no problema da responsabilidade, como um *ultimum subsidium*, desde que a responsabilidade não possa ser apurada pelo jogo de outra regra. A questão da responsabilidade passou a ser um simples caso de reparação; um novo princípio deve para o futuro assegurar a ordem social, permitindo a reparação de todos os danos. Esta verdade é confessada, porém, para repudiar os princípios que a fundamentam, declarando que se trata de influência de imposições políticas, que arrastaram os legisladores e a jurisprudência à consagração de novas idéias. Os maquinismos e a indústria, apontados como causas desta evolução

---

(430) Vide J. DABIN, obr. cit., pags. 517 e 548, nota 1; GASTON MORIN, obr. cit., pag. 114 e segs.; RIPERT, «Le régime démocratique et le droit civil moderne», n. 180.



da responsabilidade, já existiam muito antes do aparecimento desta materialização da responsabilidade extra-contratual, cujo verdadeiro fundamento não pode deixar de ser moral.

A confissão do grande jurista, que se funda na realidade dos fatos, bastaria para demonstrar que o princípio da responsabilidade extra-contratual não repousa, exclusivamente, no direito civil moderno, na culpa, mas também no risco (431).

Mas a asserção de RIPERT contém dois exageros inverídicos: — 1.º) O de ver tão sòmente na influência de forças políticas a causa da evolução do problema da responsabilidade civil extra-contratual. Si não é possível eliminar aquela influência, cumpre assinalar que tantos outros fatores vieram concorrer para a evolução referida. O progresso econômico-social decorrente das grandes indústrias, das grandes invenções modernas, da multiplicação quasi incomensurável de causas de acidentes, do aumento vertiginoso da densidade das populações, criou a insegurança material da vítima e quasi anulou a possibilidade da reparação dos danos.

Desta forma, para um aumento assustador de acidentes e para a criação cada vez mais acentuada da impossibilidade de provar a causa dos mesmos ou a culpa dos seus responsáveis, procuraram o legislador e

---

(431) Declara DEMOGUE (obr. cit., V, n. 819), quer se queira ou não, é preciso reconhecer o direito de cidade que a teoria do risco adquiriu no direito francês. SAVATIER (art. cit., n. 34) observa que é preciso verificar até onde se pode ir, mas o princípio não pode ser mais retirado do direito moderno.

o Juiz uma nova fórmula capaz de se contrapor à desigualdade patente entre a vítima e o agente do fato danoso.

Assim agindo, não se procurava arquitetar uma teoria especulativa, filosófica ou abstrata, mas acudir às necessidades imperiosas da vítima, haurindo na própria vida, nas suas manifestações reais, inconfundíveis, brutais, às vezes, a lição dos fatos para a confeção dos preceitos. O direito não surge por encanto, diz PEZZELLA (432), mas supõe estrutura econômica suficiente para que a sua ação possa se desenvolver e sintetizar-se. Assim sendo, dentro da estrutura econômica moderna, neste borborinho infernal de movimento criador de danos, impossível seria manter o princípio de igualdade, que deve reinar juridicamente entre os homens, nos moldes da teoria da culpa. “A história das instituições jurídicas, diz SILVIO TRETIN (433), não é senão o esforço pelo qual o homem, ser social, ensaia de fazer valer a prerrogativa, que êle tem por sua própria natureza, de se colocar em igualdade *vis-à-vis* dos outros sujeitos com os quais êle se põe em contato no comercio da coexistência”. A teoria objetiva da responsabilidade civil, partindo de uma verdade real e incontestável que a vida forneceu ao jurista — a criação da insegurança material da vítima, da desigualdade manifesta entre os criadores de riscos e aqueles que suportam os efeitos nocivos dêstes perigos criados — procurou na segurança jurídica, responsabilizando o

---

(432) Obr. cit. pag. 38.

(433) Obr. cit., pag. 342.



homem pelo fato decorrente da sua atividade, aquela igualdade a que se refere o notável jurista italiano.

Si materializou a noção da responsabilidade, no sentido de não procurar o elemento moral subjetivo, a imputabilidade moral, que filosoficamente é o pedestal da teoria subjetiva, não desprezou, entretanto, os princípios de uma elevada moral social, dentro de um sistema solidarista, que não enxerga indivíduos juxtapostos e isolados, mas um organismo de humanidade no qual todos os membros são solidários (434).

Não se materializou o princípio da responsabilidade por se julgar que os princípios morais devem ser expurgados do direito; materializou-se a função da responsabilidade em face do dano, rebuscando somente o nexo de causalidade e o risco criado, para não se deixar a vítima inocente sem a reparação do mal sofrido pelo criador de uma atividade disseminadora de perigos. E nesta arrancada de renovação, sob um fundamento profundamente moral, chegou ao ápice de suas finalidades, proclamando a responsabilidade do alienado pela reparação do dano causado, sem que a vítima sofra os males da loucura alheia e sem que o pobre infeliz sofra também a fatalidade de sua desdita. E si materialista é tal sistema, porque afasta da pesquisa do problema da responsabilidade a imputabilidade moral, materialista são todos sistemas que se baseiam na culpa encarada objetivamente, prefixada por lei, pondo à margem o agente.

---

(434) G. MORIN, obr. cit., pag. 124.

Vivemos em uma sociedade cada vez mais complexa e que exige desenvolvimento da ação humana; as relações obrigatórias são funções das relações econômicas e sociais e quanto mais estas se intensificam mais aquelas se desenvolvem. O conceito é do notável JOSSE RAND (435), referindo-se à obrigação de segurança que tácita ou expressamente deve existir nos contratos, mas que se aplica às relações extra-contra-tuais. Si a autonomia da vontade não pode deixar de sofrer restrições no domínio do próprio contrato, para assegurar o direito das partes, com mais força de razão a vontade deve ceder terreno aos princípios que impõe a segurança jurídica nas relações extra-contra-tuais.

2.º) Exagera ainda RIPERT as suas conclusões quando declara que a culpa é o *ultimum subsidium* para a proclamação da responsabilidade. Não é esta, na verdade, a situação jurídica do direito civil moderno. Consagram todos os códigos civis, como vimos, o princípio da culpa como basilar da responsabilidade extra-contratual. Abrem-se exceções ao princípio, não por amor a sistemas ou a doutrinas, cujos raciocínios ou silogismos não resistem à realidade complexa da vida (436), mas por amor à equidade, à justa reparação do

---

(435) «Le contrat e la loi», em «Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Geny», pags. 333 e segs.

(436) Vide ALFREDO ORGAZ, «Responsabilidad por el hecho de las cosas inanimadas», pag. 36.



dano, às necessidades práticas que devemos satisfazer, pela coação imperiosa da lógica dos fatos (437).

O que assistimos é a imposição da vida abrindo brecha no princípio secular que nos legaram os juristas romanos com a sua profunda sabedoria, criando-se um sistema mixto da responsabilidade aquiliana, ora decorrendo da culpa, ora se fundamentando exclusivamente no fato danoso ou pela aceitação legal das presunções *juris et de jure* da culpa ou por outros artifícios doutrinários, quando não seja pela proclamação do princípio da teoria do risco criado.

A legislação especial, ao lado de preceitos do direito comum, recolhe na vida os fatos que estão sob a ameaça de ficarem injustamente impunes; traça, para regulá-los, novos preceitos de responsabilidade sem culpa, derogando o princípio básico dos Códigos Civis e proclamando a sua insuficiência. Para novos inventos que surgem, criadores de atividades perigosas que põem em risco a segurança individual, a consciência jurídica social reclama um novo preceito. O automóvel provocou o clamor da doutrina e os legisladores vão, pouco e pouco, resolvendo o problema dentro dos princípios da responsabilidade objetiva.

O aeroplano, oferecendo perigos inevitáveis e de proporções alarmantes nas suas catástrofes, criou uma legislação moldada, quasi unânime, nos princípios da teoria objetiva. Impossível seria deter a marcha deste movimento, que não é a resultante de uma especulação do espírito humano. Fala-se e proclama-se o re-

---

(437) MAX RUMPEL, obr. cit., pags. 130 e segs.



trocesso da doutrina do risco nas concepções teóricas (438), esquecendo-se, primeiramente, da observação sensata de PAUL DUEZ, de que a luta se arrefeceu, porque a teoria triunfou com a consagração de seus princípios (439), tomando o seu devido lugar na solução do árduo problema da responsabilidade extracontratual. Em segundo lugar, uma síntese do estado atual da doutrina, sem levar em apreço nuances de pequena monta, demonstrará que três são as correntes fixadoras do movimento da questão crucial da responsabilidade civil, como NAST (440) denomina o problema do seu fundamento:

a) A teoria dos que, como RIPERT, presos à tradição, arrimados ao princípio moral como fundamento da responsabilidade civil, continuam a vêr no conceito clássico da culpa o fundamento da reparação do dano. Para êstes tôdas as concepções de culpa fundadas nas presunções *juris et de jure*, na *teoria da guarda*, ou em culpas hipotéticas, são meros disfarces, “tapa-olhos”, mentiras jurídicas, que acobertam as idéas novas. Nesta orientação, como vimos, se inscrevem ESMEIN, (441), RIPERT (442) e outros defensores da culpa.

---

(438) HENOC AGUIAR, obr. cit., pag. 509; H. DE PAGE, obr. cit., ns. 934 e 936 bis.

(439) Obr. cit., pag. 68.

(440) «Le problème de la resp. civile», na «Revue critique», 1936, pag. 376.

(441) «Le fondement de la resp. contr. rapproché de la resp. del.» em «Rev. tr. de dr. civ.», 1933, pag. 626 e segs.

(442) «Le reg. democratique», cit., ns. 174 e s.



b) Aplaudindo os processos técnicos de evolução do conceito da culpa, objetivando-a, os irmãos MAZEAUD criaram a culpa sem imputabilidade moral. A culpa, com o artifício da presunção *juris et de jure* continua, em princípio, filosoficamente, a ser o fundamento da responsabilidade. A teoria na guarda completa o sistema de objetivação da culpa sem culpabilidade. Aquí se inscreve o grande número dos modernos sustentadores da culpa sem a apreciação da imputabilidade moral: — os irmãos MAZEAUD, DE PAGE, BOISSON, HARVEN e outros.

3.º) Finalmente, a doutrina do risco criado, afastando a culpa, faz derivar a responsabilidade do fato humano, como produto das atividades em choque, criadoras de riscos, a-fim-de restabelecer o equilíbrio dos patrimônios. Embora diversificando, nos seus fundamentos, são seus defensores JOSSE RAND, SALEILLES, CHAUVEAU, GENY, GAUDEMONT e tantos outros.

Comparando estas orientações doutrinárias verificamos que a primeira vem em apôio da última, quando afirma que a consagração das presunções *juris et de jure*, da *teoria da culpa na guarda* e de outros processos de objetivação da culpa, não passam de aceitação das novas idéias. E como tais presunções e outras concepções da culpa objetiva estão triunfalmente incorporadas aos preceitos dos Códigos Civis, não podemos deixar de concluir que, embora amarga ao preclaro doutrinador, a confissão de RIPERT, já referida, encerra uma verdade incontestável.

Esta evolução, porém, na teoria da responsabilidade extra-contratual, não é um fenómeno singular, mas simples consequência, em um dos institutos jurídicos, das correntes que disputam a primazia de orientar as instituições jurídicas: — uma, encarando o direito como categoria moral, dando maior ou menor influência ao elemento subjetivo como fator primacial nas soluções jurídicas. Outra, em sentido contrário, sem perscrutar as intenções subjetivas, pretende atender à necessidade de estabelecer o equilíbrio dos patrimônios (443).

A primeira proclama a influência decisiva das regras da moral que constituem o *abstractum* dos preceitos jurídicos; a segunda vendo no *vinculum juris*, de preferência, meras situações patrimoniais (444).

Nenhuma das duas correntes poderá, no entanto, levar aos extremos as conclusões, porque si a sociedade é uma realidade moral, como diz GEORGES TASSITCH (445), não é menos verdade que o direito não se alimenta só da moral, mas recebe também uma boa parte de suas soluções da Economia, repousando na idéia do

---

(443) JOSÉ ESCOBEDO GONZALEZ ALBERÚ, «Las nuevas orientaciones del derecho», pags. 29 e s.

(444) Vide J. DABIN, obr. cit., ns. 109-120; RIPERT, «La règle morale dans les obligations civiles», introdução, pags. 1-21 e n. 203; N. ALMOSNINO, «L'endeichissement sans cause et son caractère subsidiaire», n. 17.

(445) Em ETIENNE CAYRET, «Le procès de l'individualisme juridique», pag. 158.



útil (446), pois, além do respeito à ordem jurídica tende a realizar a ordem social (447).

O problema da responsabilidade extra-contratual não podia furtar-se da influência dos dados econômicos e sociais, sem desprezar a influência dos princípios morais.

Eis porque os próprios defensores da teoria do risco, a princípio, pretendendo fazer táboa rasa da culpa, com o intuito de só admitir a responsabilidade decorrente exclusivamente do fato humano, retrocederam nas suas conclusões, delimitaram os seus conceitos, proclamando hoje um sistema misto, no qual ao lado da responsabilidade fundada na culpa, inscreve-se o princípio da teoria do risco criado (448).

É preciso vencer o dano, o inimigo comum, fator de desperdício e de insegurança, lançando mão de todos os meios preventivos e repressivos sugeridos pela experiência, sem dismantelar e desencorajar as atividades úteis (449). Para tal conseguir não devemos nos encastelar dentro de princípios abstratos, ou de preceitos envelhecidos para a nossa época, só por amor à lógica

---

(446) F. GENY, «La notion du droit en France», em «Archive de Philosophie du droit et de soc. jur.», 1931, cahier 1-2, pag. 28; JIVOÏN PÉRITCH, «De la matérialisation des droits privés», em «Rev. tr. de droit civ.», 1931, pag. 107 e segs.

(447) PAUL CUCHE, «A propos du «positivisme juridique» de Carré Malberg», em «Mélanges R. Carré Malberg», pag. 79.

(448) Vide JOSSEMAN, «Évolutions et Actualités», pag. 49; CHAUVÉAU, art. cit., n. 47; DABIN, obr. cit., pag. 547; GAUDEMET, obr. cit., pag. 321.

(449) DABIN, obr. cit., pag. 554; Cozzi, obr. cit., pag. 81; SAVATIER, obr. cit., n. 34.

dos homens, à vaidade das concepções, ou à intransigência de moralistas de gabinete.

A vida aí está, com todo o espetáculo das suas realidades criadoras de novas situações jurídicas, a desafiar e a exigir soluções sem desmantê-lo da harmonia social. Os velhos conceitos dogmáticos se transformam, se adaptam, se objetivam e novas concepções surgem para a solução dos problemas que a vida nos impõe. Pelo homem surge e vive o direito, diz COGLIOLO, que foi jurista-filósofo, mas não o homem prêso a si, com todos os arbítrios egoístas que tanto descrédito lançou ao individualismo, mas o homem social que segundo a velha, mas sempre nova fórmula kantista “*deve la libertà e l'attività propria explicare in limiti che non soffochino la libertà e l'attività degli altri* (450)”.

Uma das funções primaciais da lei é anular o desequilíbrio das partes, vindo em socorro dos mais fracos; assim se procede no proprio terreno contratual onde há a livre manifestação da vontade.

Com mais força de razão, quando as circunstâncias da vida, múltiplas, imprevisíveis, inexoráveis, colocam os homens mais à mercê uns dos outros, justifica-se, sobremaneira, o amparo da lei na proteção da vítima (451).

A insegurança material da vida moderna criou a teoria do risco-proveito, sem se afastar dos princípios de uma moral elevada, sem postergar a dignidade humana e sem deter a marcha das conquistas dos homens.

---

(450) «*Scritti varii de dir. privato*», vol. I, pag. 15.

(451) HORACIO MORINE, «*Contribucion al estudio de la lesion*», pag.



## BIBLIOGRAFIA

- RAYMOND SALEILLES — «Étude sur la théorie générale de l'obligation» — 3.<sup>a</sup> ed. — Paris — 1925.
- G. TARDE — «Les transformations du droit» — Paris — 1893.
- VIRGILE VENIAMIN — «Essais sur les données économiques dans l'obligation civile» — Paris — 1931.
- SYLVIO TRETIN — «La crise du droit et de l'état» — Paris-Bruxelas — 1935.
- GEORGES RIPERT — «Le régime démocratique et le droit civil moderne» — Paris — 1936.
- PIERRE BONNET — «Le droit en retard sur le faits» — Paris — 1930.
- PIERRE DE HARVEN — «Mouvements généraux du droit civil belge contemporain» — Bruxelles-Paris — 1928.
- LOUIS JOSSEERAND — «La transformation du droit des obligations et des contracts depuis la promulgation du Code civil français», no «Livre-souvenir des journées du droit civil français» — Paris — 1936.
- RENÉ DEMOGUE — «Traité des obligations» — Paris — 1923.
- PLANIOL-RIPERT-ESMEIN — «Des obligations» no «Traité pratique de droit civ. français» — Paris — 1930.
- GASTON MORIN — «La loi et le contrat — La decadence de leur souveraineté» — Paris — 1927.
- VITTORIO POLACCO — «Le obbligazioni nel diritto civile italiano» — 2.<sup>a</sup> ed. — Roma — 1915.
- JULIEN BONNECASE — «Supplement» ao «Tr. de droit civil» de BAUDRY — Paris — 1925.
- BOCHKO PÉRITCH — «De la responsabilité délictuelle du fait d'autrui en droit français et yougoslave» — Paris — 1938.

- HENRI DE PAGE — «Traité de droit civil belge» — Bruxelles-Paris — 1934.
- EDMOND PICARD — «Les constantes du droit» — Paris — 1921.
- MAX RUMPF — «Le droit et l'opinion», tr. fr. de LOUIS HUGUENEY — Paris — 1911.
- JOSÉ AUGUSTO CARDOSO DE GOUVEIA — «Da responsabilidade contractual» — Lisboa — 1932.
- JOSEPH RUTSAERT — «Le fondement de la responsabilité civile» — Bruxelles-Paris — 1930.
- L. JOSSERAND — «L'évolution de la responsabilité» em «Évolutions et Actualités» — Paris — 1936.
- L. JOSSERAND — «Le contract et la loi» em «Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Geny» — Paris — Sirey.
- R. DEMOGUE — «De la réparation civile des delits» — Paris — 1898.
- COLIN e CAPITANT — «Curso elemental del derecho civil», tr. esp. de DEMOFILO DE BUEN — Madrid — 1924.
- LOUIS HUGUENEY — «La peine privé».
- EMILIO BETTI — «Diritto Romano — Parte Geral» — Padova — 1935.
- F. GIRARD — «Manuel de droit romain» — 4.<sup>a</sup> ed. — Paris — 1906.
- GASTON MAY — «Manuel de droit romain» — Paris — 1932.
- E. CUQ — «Manuel de droit romain» — Paris — 1928.
- C. FERRINI — «Delitti e quasi-delitti» em «Enc. giur. italiana».
- ROGER PIRSON e ALBERT VILLÉ — «Traité de la responsabilité civ. extra-contractuelle» — Bruxelles-Paris — 1935.
- JEAN VAN RYN — «Responsabilité aquilienne et contrats» — Paris — Sirey.
- IHERING — «De la faute en droit privé» em «Études complementaires de l'esprit du droit romain», tr. fr. de MEULENAERE — Paris — 1880.
- MARIO COZZI — «La responsabilita civile per danni da cose» — Padova — 1935.
- GIACOMO VENEZIAN — «Opere giuridiche» — Roma — 1919.
- HENRI ET LÉON MAZEAUD — «Tr. théorique et pratique de la resp. civ. dél. e contractuelle» — 2.<sup>e</sup> ed. — Paris — 1934.



- FEDERICO PEZELLA — «Il fondamento della resp. colposa nella dottrina tedesca e nella tradizione giuridica romana», na «Rev. di diritto civ.» — 1932.
- W. MOMIGLIANO — «Il resarcimento del danno extra-contrattuale cagionato da persona priva de discernimento», na «Rev. di diritto civile» — 1937.
- JEAN SCHMIDT — «Faute civile et faute pénale» — Paris — 1928.
- P. SHOLTEIN — «L'influence de droit civ. fr. sur le droit civ. hollandais», em «Annales de l'Inst. de dr. comparé de l'Un. de Paris», n. II.
- N. SUGIYAMA — «Les transformations du droit civ. japonais et l'influence du droit français», em «Annales de l'inst. de dr. comparé», n. II.
- LUDWIG ENNECCERUS e HANS CARL NIPPERDEY — «Derecho Civil — Parte Geral» e «Derecho de Obligaciones» — tr. esp. de GONZÁLEZ e ALGUER — Barcelona — 1935.
- A. SHENEIDER e H. FICK — «Com. au Code fédéral des obligations», tr. fr. de MAX E. PORRET — Neuchatel — 1915.
- A. VON TUHR — «Tratado de las obligaciones» tr. esp. de W. ROCES — Madrid — 1934.
- EDOUARD JENKS — «Digeste de droit civ. anglais», tr. fr. de BAUMANN e GOULÉ — Paris — 1923.
- ARTHUR CURTI — «Manuel de droit civil et com. anglais» — Paris — 1929.
- MARIO SARFATTI — «Le obbligazioni nel diritto inglese in rapporto al dir. italiano» — Milão — 1924.
- ARTHUR KHUN — «Principes de droit anglo-américain», tr. fr., em colaboração, por MAX PETITPIERRE — Paris — 1924.
- BASILE ELIACHEVITCH e outros — «Traité de droit civ. et com. des soviets» — Paris — 1930.
- RENÉ SAVATIER — «La resp. del dilitto nel dir. fr. e nel projeto ital. — fr. di um codice de obbligazioni» no «Annuario de dir. comparato» (GALGANI).
- PAUL DURAND — «Le droit des obligations dans les jurisprudences française et belge» — Paris — Sirey.
- PAUL DUEZ — «La responsabilité de la puissance publique» — Paris — 1927.

- JULIEN BONNECASE — «Où est le droit civil?» em «La cité moderne et les transformations du droit» — Paris — 1925.
- POTHIER — «Oeuvres complets — Traité des obligations» — 1821-1824.
- CHARLES MASSIGLI — «Les travaux de Raymond Saleilles sur la théorie objective de la resp. extra-contractuelle» em «L'oeuvre juridique de R. Saleilles» — Paris — 1914.
- FEDERICO PEZELLA — «La responsabilità del proprietario di veicoli negli infortuni della strada e dell'aria» — Milão — 1935.
- RAPHAEL BIELSA — «La culpa en los accidentes del trabajo» — Buenos Ayres — 1926.
- JACQUES BICHOT — «L'autonomie de la responsabilité du fait des choses et du fait d'autrui» — Paris — 1933.
- DEMOFILO DE BUEN — Notas a Colin e Capitant no «Curso elemental del derecho civil» — Madrid — 1924.
- EDUARDO ESPÍNOLA — «Sistema de dir. civ. brasileiro» — Rio — 1925.
- CHIRONI — «Colpa extra-contrattuale» — Turim — 1926.
- G. VENZI — «Manuale de dir. civ. italiano», 8.<sup>a</sup> ed. — Turim — 1936.
- M. I. CARVALHO DE MENDONÇA — «Doutrina das obrigações — 1.<sup>a</sup> ed. — Curitiba — 1908.
- LACERDA DE ALMEIDA — «Obrigações» — Porto-Alegre — 1897.
- CHIRONI e ABELLO — «Tr. de dir. civ. italiano» — Turim — 1904.
- SIMONCELLI — «Inst. de dir. privato».
- FRANÇOIS GENY — «Risques et responsabilité», na «Revue tr. de droit civ.» — 1902.
- HENRI FROMAGEOT — «De la faute comme source de la resp. civ. en droit privé» — Paris — 1891.
- M. A. SOURDAT — «Tr. gén. de la responsabilité» — 4.<sup>a</sup> ed. — Paris — 1897.
- MARCO COHIN — «L'abstention fautive en droit civ. et pénale» — Paris — 1929.
- G. PACCHIONI — «Delle leggi in generale» — Turim — 1933.
- LUIGI SERTORIO — «La culpa in concreto nel dir. romano e nel diritto odierno» — Turim — 1914.



- R. SAVATIER — «Règles générales de la resp. civ.», em «Revue critique et de législation» — 1934.
- JEAN DEFROIDMONT — «La science du droit positif» — Paris — 1933.
- JEAN CHABAS — «De la déclaration de la vonlonté en droit civ. français» — Paris — 1931.
- H. DE PAGE — «A propos du gouvernement des juges» — Bruxelles-Paris — 1931.
- G. RIPERT — «La règle morale dans les obligations civiles» — 2.<sup>a</sup> ed. — Paris — 1927.
- EUGÈNE GAUDEMET — «Traité gén. des obligations» — Paris — 1937.
- HENOCH AGUIAR — «Actos illicitos — Responsabilidad civil» — Buenos Aires — 1936.
- F. RICCI — «Corso te.-prat. di diritto civile» — Turim — 1929.
- BAUDRY-BARDE — «Des obligations» — Paris — 1908.
- C. BEVILÁQUA — «Teoria geral do direito» — 2.<sup>a</sup> ed. — Rio — 1927.
- E. ESDÍNOLA — «Breves anotações ao Código Civil Brasileiro».
- J. LIMOUZINEAU — «Le problème de la resp. civ. extra-contr. de l'aliené en France» — Lyon — 1932.
- FRANCESCO INVREA — «Le parte generale del diritto» — Padova — 1935.
- V. CAVALLO — «La responsabilit  obbiettiva nel dir. penale» — Naples — 1934.
- ALVES MOREIRA — «Inst. do dir. civ. português» — Coimbra — 1907.
- JOSSERAND — «Cours de droit civ. fr.» — Paris — 1930.
- CHAUVEAU — «Exame synthétique des questions de resp. civiles» na «Rev. critique» — 1933.
- J. CHARMONT — «Les transformations de droit civil» — Paris — 1912.
- ANDRÉ BESSON — «La notion de garde dans la resp. du fait des choses» — Paris — 1927.
- JOSSERAND — «Les transports» — 2.<sup>a</sup> ed. — Paris — 1926.
- HENRI LALOU — «La responsabilit  civile» — Paris — 1928.
- GEORGES VIMONT — «De la resp. en matière d'accidents de chasses» — Paris — 1937.

- JEAN LOUP — «La resp. des accidents causés par les automobiles» — Paris — 1932.
- PIERRE JOURDAN — «Les collisions de véhicules — Étude sur un problème de resp. civile» — Paris — 1937.
- AUBRY et RAU — «Cours de droit civ. français» — 5.<sup>e</sup> ed. — Paris — 1920.
- JEAN AZEMA — «La resp. en matière de sports» — Paris — 1935.
- JACQUES ISORÉ — «La nouvelle réglementation des perturbations radio-électriques» — Paris.
- ROBERT BEINEIX — «La resp. civile en matière d'accidents et de dommages provoqués par le courant électrique» — Paris — 1938.
- JACQUES ALIBERT — «Obligations et responsabilités des distributeurs d'énergie électrique» — Paris — 1937.
- ALEXANDRE NEAGU — «Contribution à l'étude de la faute subjective dans la resp. civ. — Étude sur la resp. des aliénés et de leurs gardiens» — Paris — 1927.
- GEORGES CORBESCO — «Devoirs moraux et obligations légales» — Paris — 1903.
- GIORGI — «Teoria delle obbl. nel dir. moderno italiano» — 7.<sup>a</sup> ed.
- MARCEL COCAT — «Du fondement de la resp. du voiturier en matière de transport de personnes» — Paris — 1923.
- PAUL LEYAT — «La resp. dans les rapports de voisinage» — Paris — 1936.
- PLANIOL-RIPERT-PICARD — «Les Biens» — Paris — 1926.
- F. GENY — «Méthode de la interprétation et sources en droit privé positif».
- JOSSEERAND — «De l'esprit des droits et de leur relativité» — Paris — 1927.
- LEON MICHEL — «La responsabilité des maîtres», na «Revue critique» — 1901.
- JEAN SAPIN — «Les assurances de resp. professionnelle» — Paris — 1938.
- VINCENZO FERRIOLO — «Il nuovo codice della strada» — Nápoles — 1935.
- MANREZA Y NAVARRO — «Com. al código civil español» — Madrid — 1920.



VALVERDE Y VALVERDE — «Tr. de derecho civil español» — Valladolid — 1926.

E. H. PERRAU — «Jur. en matière de droit civ. — Questions de resp.» em «Revue critique» — 1902.

HENRI PASCAUD — «La resp. des alienés» em «Revue critique» — 1905.

ESMEIN — «Trois problèmes de responsabilité» na «Revue tr. de dr. civ.» — 1934.

JEAN DABIN — «La philosophie de l'ordre juridique positif» — Paris — 1929.

GUIDO BORTOLOTTI — «Infortuni sul lavoro e malattie professionali» — Milão — 1935.

ARAÚJO CASTRO — «Acidentes do trabalho» — 4.<sup>a</sup> ed. — Rio — 1935.

RENÉ FOIGNET e EMILÉ DUPONT — «Législation Industrielle» — 1930 — 1932.

JORGE AMERICANO — «Dos atos ilícitos no acidente do trabalho». — S. Paulo.

PAUL CUCHE — «La nature juridique des indemnités d'accidents du travail» na «Revue critique» — 1930.

LISA BRUNSCHWICH — «La responsabilité envers les tiers dans la navigation aérienne» — Paris — 1934.

A. KAPTAL — «La resp. pour dommages causés par les aéronefs» na «Revue tr. de droit civ.» — 1933.

CESARE SAVOIA — «La responsabilità civ. del vettore aereo» — Roma — 1928.

PIETRO COGLIOLO-SALVATORE CACOPARDO — «Manuale de dir. aeronautico» — Firenze — 1937.

ROGER PROCHASSON — «Le risque de l'air» — Paris — 1931.

GIUSEPPE CORTESANI — «La resp. nel diritto aereo» — Turim — 1919.

PERETTI-GRIVA — «Le resp. civili attinenti alla circolazione dei veicoli» — 3.<sup>a</sup> ed. — Turim — 1936.

CARLOS DE CARVALHO — «Nova Consolidação das leis civis».

SPENCER VAMPRÉ — «Código civil brasileiro — Parte geral» — 1917.

CARVALHO SANTOS — «Código civil brasileiro interpretado» — Rio.

- VICENTE DE AZEVEDO — «Crime-Dano-Reparação» — São Paulo — 1936.
- LINO LEME — «Da responsabilidade civil extra-contratual no código civil» — S. Paulo — 1925.
- PONTES DE MIRANDA — «Direito das obrigações» no «Manual do cod. civ. br.» — ed. P. LACERDA — Rio — 1930.
- FILADELFO AZEVEDO — «Destinação do imóvel» — Rio — 1932.
- COSTA MANSO — «Casos Julgados» — S. Paulo — 1920.
- WALDEMAR FERREIRA — «A responsabilidade das pessoas naturais e jurídicas por atos de seus prepostos» na «Revista da Faculdade de Direito de São Paulo» — vol. XXXIV.
- ALVINO LIMA — «O direito de retenção e o possuidor de má fé» — S. Paulo — 1936.
- DANIEL CARVALHO — «Resp. civil das companhias de transporte por ato de seus prepostos», na «Rev. de Crítica Judiciária», vol. XXIV.
- CLÓVIS BEVILÁQUA — «Código civil com.» — 1.<sup>a</sup> ed.
- CUNHA BARRETTO — «Direito aplicado» — Pernambuco — 1937.
- P. COGLIOLO — «Scritti varii di dir. privato» — 6.<sup>a</sup> ed. — Turim — 1925.
- JOSÉ ESCOBEDO GONZALEZ ALBERÚ — «Las nuevas orientaciones del derecho» — Madrid — 1925.
- N. ALMOSNINO — «L'enrichissement sans cause et son caractère subsidiaire» — Paris — 1931.
- ETIENNE CAYRET — «Le procès de l'individualisme juridique» — Paris — 1932.
- FRANÇOIS GENY — «La notion du droit en France», em «Archives de philosophie et de soc. juridique» — 1931 — cahier-1-2.
- JIVOÏN PÉRITCH — «De la matérialisation des droits privés», na «Rev. tr. de droit civ.» — 1931.
- PAUL CUCHE — «A propos du «positivisme juridique» de Carré Malberg», em «Mélanges R. Carré Malberg» — Paris — 1933.
- HORACIO MORIXE — «Contribucion al estudio de la lesion» — Buenos Aires — 1929.



## ÍNDICE

|                                                                                      |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Introdução .....                                                                     | 5   |
| <b>CAPS.</b>                                                                         |     |
| I — Da responsabilidade extra-contratual<br>sob o fundamento da culpa .....          | 26  |
| II — Da responsabilidade extra-contratual<br>sob o fundamento do risco .....         | 86  |
| III — Da responsabilidade sem culpa na le-<br>gislação especial .....                | 150 |
| IV — O problema da responsabilidade extra-<br>contratual no Direito Civil Brasileiro | 174 |
| V — Situação atual, no direito civil mo-<br>derno, das teorias da culpa e do risco   | 217 |
| Bibliografia .....                                                                   | 229 |

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL



STF00069594