

JOSÉ DE AGUIAR DIAS

DA
RESPONSABILIDADE
CIVIL

I



1609

Edição

REVISTA FORENSE

RIO DE JANEIRO

1944

DEP.º DIR. CIVIL
BIBLIOTECA ESPÍNOLA

TÍTULO PRELIMINAR

RESPONSABILIDADE

I. VARIAS SIGNIFICAÇÕES. RESPONSABILIDADE NO SENTIDO PRÓPRIO E SEU FUNDAMENTO RACIONAL. II. RESPONSABILIDADE JURÍDICA E RESPONSABILIDADE MORAL. CORRELAÇÃO. RESPONSABILIDADE, IMPUTABILIDADE E CAPACIDADE.

SUMÁRIO: 1 — Responsabilidade. Seu conteúdo, noção e definição. 2 — Mecanismo da responsabilidade. 3 — Responsabilidade jurídica e responsabilidade moral. 4 — Responsabilidade penal: imputabilidade, culpabilidade, capacidade. 5 — Responsabilidade penal, responsabilidade civil: distinção, pontos de contacto. 6 — Desenvolvimento da responsabilidade civil; sua explicação.

1. Tõda manifestação da atividade humana traz em si o problema da responsabilidade. Isso talvez dificulte o problema de fixar o seu conceito, que varia tanto como os aspectos que pode abranger, conforme as teorias filosófico-jurídicas.

Várias são, pois, as significações. Os que se fundam na doutrina do livre-arbítrio, pondera o eminente PONTES DE MIRANDA, sustentam uma acepção que repugna à ciência. Outros se baseiam na distinção, aliás bem vaga e imprecisa, entre psicologia normal e patológica. Resta, rigorosamente sociológica, a noção de responsabilidade como aspecto da realidade social. Decorre dos fatos sociais, é o fato social. Os julgamentos de responsabilidade (por exemplo: a condenação do assassino ou do ladrão, do membro da família que a deshonrou) são “reflexos individuais, psicológicos, do fato exterior social, objetivo, que é a *relação de responsabilidade*. Das relações de responsabilidade, a investigação científica chega ao conceito de *personalidade*. Com efeito, não se concebem nem a sanção, nem a indenização, nem a recompensa, sem o indivíduo que

as deva receber, como seu ponto de aplicação, ou seja, o sujeito passivo, ou paciente.”¹

Nesse terreno, onde as dificuldades filosóficas ameaçam, a cada passo, desviar a pesquisa para o plano metafísico, é que coincidem as noções de responsabilidade, culpabilidade e imputabilidade, tanto que a acepção vulgar assimila uma às outras. Não é possível acatar em juízo, mas é preciso não diminuir a estreita afinidade que apresentam aquelas idéias.

Mais aproximada de uma definição de responsabilidade é a idéia de obrigação. A noção de garantia, empregada por alguns autores, em hábil expediente para fugir às dificuldades a que os conduz seu incondicional apêgo à noção de culpa, como substituta da responsabilidade, corresponde, ela também, à concepção de responsabilidade.

A palavra contém a raiz latina *spondeo*, fórmula conhecida, pela qual se ligava solenemente o devedor, nos contratos verbais do direito romano. Dizer que responsável é aquele que responde e, portanto, que responsabilidade é a obrigação cabente ao responsável, é, além de redundante, insuficiente, porque, por aí, a definição, permanecendo na própria expressão verbal que se pretende aclarar, não dá solução ao problema que se quer resolver, a começar pelos conceitos.

Digamos, então, que responsável, responsabilidade, assim como, enfim, todos os vocábulos cognatos exprimem idéia de equivalência de contra-prestação, de correspondência. É possível, diante disso, fixar uma noção, sem dúvida ainda imperfeita, de responsabilidade, no sentido de repercussão obrigacional (não interessa investigar a repercussão inócua) da atividade do homem. Como esta varia até o infinito, é lógico concluir que são também inúmeras as espécies de responsabilidade, conforme o campo em que se apresenta o problema: na moral, nas relações jurídicas, de direito público ou privado.

¹ PONTES DE MIRANDA, in PAULO LACERDA (*Manual do Cód. Civil*, XVI, 3.^a parte, *Direito das Obrigações*), “Das obrigações por atos ilícitos”, págs. 7 e segs.

A responsabilidade não é fenômeno exclusivo da vida jurídica, antes se liga a todos os domínios da vida social.²

Um grande jurista, que investigou apaixonadamente a questão, frisa o acerto dessa concepção ao pôr em relêvo o caráter unitário contido na noção de responsabilidade. Mostra que ela não é independente de qualquer premissa, mas “térmo complementar de noção prévia mais profunda, qual seja a de *dever*, de *obrigação*.”³ A responsabilidade é, portanto, resultado da ação pela qual o homem expressa o seu comportamento, em face dêsse dever ou obrigação. Se atua na forma indicada pelos cânones, não há vantagem, porque supérfluo, em indagar da responsabilidade daí decorrente. Sem dúvida, continua o agente *responsável* pelo procedimento. Mas a verificação dêsse fato não lhe acarreta obrigação nenhuma, isto é, nenhum dever, traduzido em sanção ou reposição, como substitutivo do dever de obrigação prévia, precisamente porque a cumpriu.

O que interessa, quando se fala de responsabilidade, é aprofundar o problema na face assinalada, de violação da norma ou obrigação diante da qual se encontrava o agente.

MARTON estabelece com muita lucidez a boa solução, quando define responsabilidade como a situação de quem, tendo violado uma norma qualquer, se vê exposto às conseqüências desagradáveis decorrentes dessa violação, traduzidas em medidas que a autoridade encarregada de velar pela observação do preceito lhe imponha, providências essas que podem, ou não, estar previstas.⁴

² MARTON, *Les fondements de la responsabilité civile*, Paris, 1938, n. 97, pág. 304.

³ G. MARTON, *Les fondements de la responsabilité civile*, Paris, 1938, n. 33, pág. 251.

⁴ G. MARTON, ob. e loc. cit., BONNECASE (*Précis de droit civil*, t. II, 1934, n. 471) define: “O terno responsabilidade é, em essência, o equivalente do que chamamos a execução indireta da obrigação. Serve de traduzir a posição daquele que não executou a obrigação, que não pode ser obrigado a executá-la *in natura*, e que, dessa forma, vai ser condenado a perdas e danos”. O único defeito da definição de BONNECASE é perfeitamente assinalado por MARTON, que lhe atribue arbitrária restrição à noção de responsabilidade. Com efeito, esta não se

2. Desta forma, representa-se exteriormente toda responsabilidade precisamente pelo esquema sugerido pela etimologia, a dizer, na feição de *interrogatório*. O órgão emissor ou zelador da norma indaga e o violador responde, tal como figura MARTON: "por que faltaste a teu dever, praticando (ou omitindo) tal ato?", ao que responde o interrogado, de forma satisfatória, caso em que é desobrigado, ou de maneira irrelevante, e, então, é condenado. ⁵

Esta imagem serve para fazer compreender melhor o mecanismo da responsabilidade. Cumpre, porém, não exagerar, além dêsse préstimo, o seu valor, porque a responsabilidade, excepcionalmente, surge também em casos em que o agente não responde, ou por impossibilidade de discernir, ou porque não é mesmo admitido a responder, justificando-se. ⁶

3. Como a princípio fizemos notar, os diferentes planos em que se desenvolve a atividade do homem, inclusive a simples atividade da consciência, é que caracterizam os aspectos da responsabilidade. Todavia, uma visão de conjunto reduz a dois êsses aspectos: o jurídico e o moral.

Assinalar essa distinção, não quer dizer que a inclusão de um fato em um dos dois títulos o exclua do âmbito do outro. Longe disso, a responsabilidade pode resultar da violação, a um tempo, das normas, tanto morais, como jurídicas, isto é, o fato em que se concretiza a infração participa de caráter múltiplo, podendo ser, por exemplo, proibido pela lei moral, re-

resume ao caso de ser impossível extorquir a prestação original ao devedor, por via da execução forçada. Responsabilidade existe também no caso em que seja possível compelir o devedor a satisfazer diretamente a obrigação estipulada (MARTON, ob. cit., n. 84, pág. 258, nota 1).

⁵ G. MARTON, *Les fondements de la responsabilité civile*, Paris, 1938, n. 86, pág. 263. O mesmo autor adverte que a resposta satisfatória se restringe a quatro pontos: a) ausência de obrigação a cargo do agente; b) existência de obrigação, sem que o agente tenha cometido o ato incriminado; c) prática do ato, sem envolver violação de dever; d) prática do ato com a consequência, em princípio, de violação do dever, mas forrado por uma escusa legal (mesmo local, nota 1).

⁶ G. MARTON, ob. cit., n. 86, pág. 264.

ligiosa, de costumes ou pelo direito.⁷ Isto põe de manifesto que não há *separação estanque* entre as duas disciplinas. Seria infundado sustentar uma teoria do direito estranha à moral. Entretanto, é evidente que o domínio da moral é muito mais amplo que o do direito, a êste escapando muitos problemas subordinados àquele, porque a finalidade da regra jurídica se esgota com manter a paz social, e esta só é atingida quando a violação se traduz em prejuízo.

Daí, resulta que não se cogita da responsabilidade jurídica enquanto não há um prejuízo. Ocorre, aqui, a primeira distinção entre responsabilidade jurídica e responsabilidade moral. Esta se confina — explicam HENRI e LÉON MAZEAUD — no problema do pecado. O homem se sente moralmente responsável perante Deus ou perante sua consciência, conforme seja, ou não, um crente. Puramente objetiva, portanto, é a sua noção. Para apurar se há, ou não, responsabilidade moral, cumpre indagar do estado de alma do agente: se aí se acusa a existência de pecado, de má ação, não se pode negar a responsabilidade moral. Essa é a única investigação a proceder. Não se cogita, pois, de saber se houve, ou não, prejuízo, porque um simples pensamento induz essa espécie de responsabilidade, terreno que escapa ao campo do direito, destinado a assegurar a harmonia das relações entre os indivíduos, objetivo que, lógicamente, não parece atingido por êsse lado.⁸

Os mesmos autores salientam a estreita afinidade entre as duas disciplinas. A regra de direito careceria de fundamento, se não se ativesse à ordem moral. O domínio desta, é, sem dúvida, mais extenso que o do direito, e isto porque desembaraçado de qualquer fim utilitário, o que não acontece

⁷ G. MARTON, ob. cit., n. 87, pág. 265. Êste autor classifica de falso o critério que opõe o fôro moral, como puramente interno, ao fôro jurídico, puramente externo. “As regras morais e religiosas, diz êle, não são, de maneira alguma, fenômenos exclusivamente internos...” No seu conjunto, constituem “o sistema positivo de mandamentos morais e religiosos de uma dada sociedade”. De sua parte, o direito não deixa de apresentar seu aspecto interno, revelado na convicção jurídica do homem (ob. cit., pág. 266).

⁸ HENRI et LÉON MAZEAUD, *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile, Délictuelle et Contractuelle*, 3.^a edição, Paris, 1938, tomo 1.^o, n. 7, pág. 4.

com o direito, cuja função é fazer prevalecer a ordem e assegurar a liberdade individual e harmonia de relações entre os homens. Mas, restrito a essas finalidades, nem por isso o direito, como finalmente nenhuma outra matéria, pode deixar de ser expressão dos princípios definidos pela moral.⁹

MARTON atribue à presunçosa complacência dos doutrinadores, no tocante à ausência de uma análise séria dos fundamentos da responsabilidade jurídica, o estágio remoto em que se encontra a doutrina moderna da responsabilidade civil. Empreendendo a tarefa de suprir tal omissão, não se detém no domínio da responsabilidade jurídica, até porque o seu sistema, em dada sociedade, não é senão a reprodução do seu sistema de responsabilidade moral.¹⁰ Encarecendo a importância da distinção, sob o ponto de vista de responsabilidade moral, entre as concepções individual e social, frisa que a primeira é mais profunda, mais fundamental, ao passo que a segunda é o produto demorado do desenvolvimento humano: numa palavra, ao lado do egoísmo, a equidade, que o ameniza. A concepção social é o corretivo da concepção individual da responsabilidade moral.¹¹ Quanto à responsabilidade jurídica, foi em certo tempo, nos primórdios da civilização, a própria responsabilidade moral. É o legislador, aparecendo na sociedade primitiva para estabelecer as normas necessárias à regulamentação da vida social, que se deixa influir por outros elementos, percebendo que, além daquelas, outras considerações, de caráter utilitário, deviam pesar na regulamentação. Foi, antes de qualquer outra, à idéia da *prevenção* que teve de atender.¹²

4. Isolada da responsabilidade moral, a responsabilidade jurídica logo precipita a necessidade de nova distinção. MAZEAUD ET MAZEAUD a estabelecem, pondo em relêvo que os danos que turbam a ordem social são de natureza diversa: ora atin-

⁹ MAZEAUD et MAZEAUD, ob. e loc. citis.

¹⁰ MARTON, ob. cit., n. 97, pág. 304.

¹¹ MARTON, ob. cit., n. 98, págs. 305 e segs.

¹² MARTON, ob. cit., n. 105, pág. 340.

gem a coletividade, ora o indivíduo, às vezes é a ambos que alcança. A sociedade reage contra êsses fatos que ameaçam a ordem estabelecida: fere o seu autor, com o propósito de impedir que volte a afetar o equilíbrio social e evitar que outros sejam levados a imitá-lo.¹³

É onde a responsabilidade jurídica se cinde em responsabilidade civil e responsabilidade penal, exigindo a acentuação dos seus caracteres diferenciais.

A responsabilidade penal pressupõe uma turbacão social, determinada pela violacão de uma norma penal. Mas, como o problema, aquí, é aplicar uma pena, não pode deixar de suscitar a dupla questão da liberdade humana e da existêcia da lei moral. Regista-se, neste ponto, um contacto entre a responsabilidade moral e a responsabilidade penal. Mas é preciso não exagerar a sua extensão. Como a pena tem por objetivo a defesa da sociedade, há, de um lado, domínios onde se reprime o ato, sem indagação sôbre a responsabilidade moral do agente, como sucede nas contravenções e delitos de imprudência, onde se pune a falta de senso social e não a de senso moral; de outra parte, a lei penal faz influir, na dosagem da pena, o resultado do ato, ao lado do grau de culpabilidade, como nas medidas de segurança.¹⁴ É orientação, aliás, do nosso recente Código Penal, onde são contempladas as medidas de segurança, sistema em que se completa a defesa da sociedade contra todos os criminosos, responsáveis, ou não, moralmente, desde que acarretem perigo para a ordem social, mediante um critério que é, mais que de punição, de recuperaçãe e restabelecimento dos indivíduos inculcados.

Sendo assim, desta vez se atenta na distincão entre a responsabilidade moral e a responsabilidade penal. Esta supõe necessariamente um dano, o que não ocorre naquela, muito

¹³ MAZEAUD *et* MAZEAUD, ob. cit., n. 8, pág. 6. A paz jurídica tanto é perturbada pelo delito como pela ofensa ao patrimônio. Acontece, porém, que êste se recompõe, quanto possível, pela indenizaçãe, ao passo que a paz social só se restaura com a pena. Pode suceder, contudo, que baste ora uma, ora outra das satisfações, geralmente prestadas em conjunto.

¹⁴ MAZEAUD *et* MAZEAUD, ob. cit., n. 9, pág. 6.

mais ampla, pois o simples pensamento, digamos, o pecado, a má intenção, não pode constituir dano. Para que haja, pois, responsabilidade penal, é necessário que o pensamento exor-bite do plano abstrato para o material, pelo menos em comêço de execução. Mas a lei não é imprudente. Cuida de esta-belecer as situações em que tem lugar a responsabilidade penal. Obediente ao princípio *nulla pœna sine lege*, o legislador com-pendia, nos códigos penais, os atos que considera prejudiciais à paz social, e que, como tal, acarretam a responsabilidade penal do agente. Importa, em homenagem àquele princípio, que o indivíduo, ao agir, conserve a sua liberdade, isto é, que, praticando certos atos, saiba que não será inquietado, sabendo, por outro lado, que aqueles outros, infringentes da norma penal, provocarão a ação repressora.

Esta ação repressora não se preocupa, porém, com o dano aos particulares (embora, em concreto, êle ocorra), mas tem em vista o dano social, contra o qual reage, ferindo, isolando, acautelando, em uma palavra, restabelecendo e conservando o equilíbrio desfeito. Nisso se mostra diferente da responsa-bilidade civil, que é repercussão do dano privado. Distinguem-se também uma da outra, em que a vítima do dano não pode, *ex proprio Marte*, ferir o autor do prejuízo. Só lhe cabe pedir a reparação, traduzida em uma importância em dinheiro.

Na responsabilidade penal, ainda, exige-se a investigação da culpabilidade do agente ou o estabelecimento da anti-socia-lidade do seu procedimento. O penalista pressupõe no homem a liberdade de querer. Não discutamos, que aquí não se trata disso, os sistemas filosóficos penais: qualquer que seja o prin-cípio capital, é indiscutível que a base da imputabilidade penal consiste na faculdade da escolha da norma de vida, no sentido de que o agente adota uma, gozando, porém, da possibilidade de seguir outra, o que é certo pelo menos para a maioria dos indivíduos, e se apura pela nítida impressão do conflito de ins-pirações em que o homem se debate, entre as várias causas de agir postas em confronto pela consciência, no mecanismo do raciocínio. Para o jurista, o dissídio entre determinismo e responsabilidade não tem sentido: "O fenômeno mais sim-ples na economia da vida é o movimento para escapar às va-riações das fôrças do mundo exterior, . . . A reação contra o

crime, o ato imoral, o pecado, não difere, essencialmente, das reações dos animais inferiores..."¹⁵ O conceito da imputabilidade, assimilado, no direito penal constituído, ao de responsabilidade é, na essência, o de complexo de condições em face das quais se pode atribuir determinado fato a alguém, para que êste responda pelas suas conseqüências. Em definição rigorosa, a responsabilidade penal consiste na declaração, pronunciada pelo órgão jurisdicional estatal, de que em determinado indivíduo se verificam, em concreto, as condições de imputabilidade pela lei genêricamente requeridos, e de que êle, se é imputável, é obrigado efetivamente a sofrer as conseqüências de um fato, como seu autor. A imputabilidade, uma vez afirmada em forma de acusação concreta, é a imputação; declarada como efetiva e real, constitue a responsabilidade.

5. A diferença entre responsabilidade civil e responsabilidade penal — dizer MAZEAUD ET MAZEAUD — é a distinção entre direito penal e direito civil. Não se cogita, na responsabilidade civil, de verificar se o ato que causou dano ao particular ameaça, ou não, a ordem social. Tampouco importa que a pessoa compelida à reparação de um prejuízo seja, ou não, moralmente responsável. Aquêle a quem sua consciência nada reprova pode ser declarado civilmente responsável.¹⁶

Não há senão concordar com esta última consideração. A primeira, porém, precisa ser entendida em têrmos hábeis, para que não pareça demasiado estreita a uma perfeita noção da responsabilidade civil. Queremos dizer que, do ponto de vista da ordem social, consideramos infundada qualquer distinção a propósito da repercussão social ou individual do dano. O prejuízo imposto ao particular afeta o equilíbrio social.¹⁷ É, a

¹⁵ PONTES DE MIRANDA, ob. cit., n. 20, pág. 52.

¹⁶ MAZEAUD et MAZEAUD, ob. cit., n. 11, pág. 9; HENRI LA-LOU, *La responsabilité civile*, Paris, 1932, 2.^a ed., n. 13, pág. 7.

¹⁷ "O homem que causa dano a outrem, diz PONTES DE MIRANDA, não prejudica somente a êste, mas à ordem social; a reparação para o ofendido não adapta o culpado à vida social, nem lhe corrige o defeito de adaptação. O que faz é consolar o prejudicado, com a prestação do equivalente, ou, o que é mais preciso e exato, com a expectativa jurídica da reparação" (ob. cit., n. 15, pág. 42).

nosso ver, precisamente nesta preocupação, neste imperativo, que se deve situar o fundamento da responsabilidade civil. Não encontramos razão suficiente para concordar em que à sociedade o ato só atinge no seu aspecto de violação da norma penal, enquanto que a repercussão no patrimônio do indivíduo só a êste diz respeito. Não pode ser exata a distinção, se atentarmos em que o indivíduo é parte da sociedade; que êle é cada vez mais considerado em função da coletividade; que tôdas as leis estabelecem a igualdade perante a lei, fórmula de mostrar que o equilíbrio é interêsse capital da sociedade.

SOLON, segundo refere PLUTARCO, já dizia que a cidade realmente civilizada é aquela em que todos os cidadãos sentem a injúria feita a um só e em que todos exigem sua reparação tão vivamente como aquêle que a recebeu.

Não é possível negar, a menos que isolando, contra a razão, o homem da sociedade a que pertence, que o dano infligido a êle repercute na coletividade. Claro que não se fala no aspecto puramente patrimonial: é exatamente aquí que reside a confusão. No regime da economia privada, não seria mais que absurdo sustentar essa opinião. Trata-se da repercussão social, o que deve ser explicado como o reflexo que, fora de qualquer discussão, a coletividade experimenta quando é ferido um seu membro, seja do ponto de vista físico, seja na ordem patrimonial.

E' do conhecimento vulgar a comoção que experimenta a coletividade ao saber de um dano a um seu membro, tanto que cogita logo de saber quem o restituirá à situação anterior: "o direito é social — diz o egrégio PONTES DE MIRANDA — o maior interessado na manutenção das situações é a sociedade e não o indivíduo".¹⁸

Para efeito da punição ou da reparação, isto é, para aplicar uma ou outra forma de restauração da ordem social, é que se distingue: a sociedade toma à sua conta aquilo que a atinge diretamente, deixando ao particular a ação para restabelecer-se, à custa do ofensor, no *statu quo* anterior à ofensa. Deixa, não porque se não impressione com êle, mas porque o Estado

¹⁸ Ob. cit., n. 23, pág. 57.

ainda mantém um regime político que explica a sua não intervenção. Restabelecida a vítima na situação anterior, está desfeito o desequilíbrio experimentado.

Assim, certos fatos põem em ação somente o mecanismo recuperatório da responsabilidade civil; outros movimentam tão somente o sistema repressivo ou preventivo da responsabilidade penal; outros, enfim, acarretam, a um tempo, a responsabilidade civil e a penal, pelo fato de apresentarem, em relação a ambos os campos, incidência equivalente, conforme os diferentes critérios sob que entram em função os órgãos encarregados de fazer valer a norma respectiva. Reafirmamos, pois, que é quase o mesmo o fundamento da responsabilidade civil e da responsabilidade penal. As condições em que surgem é que são diferentes, porque uma é mais exigente do que a outra, quanto ao aperfeiçoamento dos requisitos que devem coincidir para se efetivar. E não pode deixar de ser assim. Tratando-se de pena, atende-se ao princípio *nulla poena sine lege*,¹⁹ diante do qual só exsurge a responsabilidade penal em sendo violada a norma compendiada na lei; enquanto que a responsabilidade civil emerge do simples fato do prejuízo, que viola também o equilíbrio social, mas que não exige as mesmas medidas no sentido de restabelecê-lo, mesmo porque outra é a forma de conseguí-lo. A reparação civil re-integra, realmente, o prejudicado na situação patrimonial anterior (pelo menos tanto quanto possível, dada a falibilidade da avaliação); a sanção penal não oferece nenhuma possibilidade de recuperação ao prejudicado; sua finalidade é restituir a ordem social ao estado anterior à turbacão. Tomamos apoio para esta opinião na teoria de MERKEL, ao estabelecer, contra a distinção entre ilícito penal e ilícito civil, o princípio de que todo ilícito representa sempre uma voluntária rebelião contra a lei. Todo ilícito põe de relêvo a discórdia entre a vontade do particular imputável e a vontade geral objetivada na lei penal. A coacção civil e a acção penal

¹⁹ FILADELFO AZEVEDO aceita essa diferenciação e lhe dá por base a *prevalência* dos interesses feridos, acentuada pelo princípio da fixação estrita das figuras de crime, previamente fixadas. A diferença prática reside ainda no escrúpulo maior que tem os juizes no aplicar pena, ainda que leve (Parecer na *Rev. Forense*, vol. 91, pág. 367).

inspiram-se no interesse geral, e dirigem-se, segundo êle, contra os fatos anti-jurídicos. A reação penal, de tom mais enérgico, tem caráter subsidiário.²⁰

Quando coincidem, a responsabilidade penal e a responsabilidade civil proporcionam as respectivas ações, isto é, as

²⁰ A conclusão a que chegou ALIMENA, em crítica aos critérios propostos para distinguir o ilícito civil do penal é a de que é impossível separar, com um corte nítido, as duas espécies, assim como não há maneira de diferenciar (o que não importa em negar a diferença), de forma satisfatória, a pena da indenização. Não há como louvar suficientemente a contribuição trazida por MERKEL para melhor compreensão do problema. Sua teoria estabelece a unidade de todos os ilícitos. Representam, uns e outros, "conflito entre a vontade do particular imputável e a vontade geral, objetivada nas normas jurídicas". Recordando êste seguro ensinamento, o douto jurista português ABEL DE ANDRADE, filho, toma-o para base de suas conclusões sobre o assunto: a) aceita a concepção de MERKEL. Todo ilícito é, realmente, uma discórdia entre a vontade do particular imputável e a vontade geral objetivada nas normas jurídicas. O ilícito é transgressão da lei civil ou da lei penal. A coação civil, ou a indenização, e a coação penal são formas de reação contra os fatos anti-jurídicos, com o fim de eliminar o conflito, observando-se que a reação penal tem caráter subsidiário, que intervém quando se mostra insuficiente a outra forma de reação; b) é insustentável basear a crítica das diversas teorias de diferenciação do ilícito penal e do ilícito civil *de jure constituendo* em argumentos deduzidos *de jure constituto*; c) nenhum critério exclusivo satisfaz, pois nenhum atende à necessidade de proporcionar o traço diferencial entre os dois ilícitos, se bem que muitos justifiquem a formação histórica de certos conceitos; d) o primeiro critério é, pois, preferível, porque satisfaz a tôdas as exigências, se completado por ligeiras observações mais. No ilícito penal e no civil há uma característica fundamental comum: a existência de um fato contrário ao direito, a saber, a violação da norma jurídica. Extrinsecamente, a diferença se acentua nas consequências que uma ou outra das violações acarreta: do ilícito civil deriva ou a execução forçada, ou a obrigação de indenização, ou de restituição, ou a declaração de nulidade do ato; o ilícito penal, podendo produzir todos êsses resultados e consequências, provoca, além delas, uma consequência especial, a pena. Numa palavra, o ilícito civil acarreta coação patrimonial e o ilícito penal determina coação pessoal. Intrinsecamente, o ilícito civil afeta precipualemente o interesse da pessoa ou do grupo atingido pelo ato ilícito; o ilícito penal é principalmente um dano de perigo geral mais intenso. E' esta repercussão, sentida mais vivamente pela consciência dos interesses gerais e da vida juridicamente organizada que determina as consequências da pena (*Do ilícito penal, in Boletim do Instituto de Criminologia, Lisboa, ano IV, vol. VI, págs. 1 e segs.*).

formas de se fazerem efetivas: uma exercível pela sociedade, outra, pela vítima; uma tendente à punição, outra à reparação: a ação civil aí sofre, em larga proporção, a influência da ação penal. ²¹

6. No prefácio à obra de SAVATIER, ²² escreveu GEORGES RIPERT que nada lhe parece tão ilusório como a convicção de que se deve o extraordinário desenvolvimento da responsabilidade civil ao sentimento mais elevado de justiça e ao progresso do direito. A seu ver, trata-se, agora, exatamente como antes, de estabelecer a norma de prudente limitação à atividade humana. Nada mais certo, se bem que o fato não justifique certas considerações pessimistas do professor de Paris. A razão está em que as regras fundamentais de direito são suficientes como *standard*. Não se pode duvidar de sua eterna juventude e do seu incorruptível valor, se se repara em que, na matéria da responsabilidade, permanece íntegro o áureo princípio do *neminem laedere*. O que o tempo, o progresso, o aparecimento de novas e febrís atividades industriais determinam é o ajustamento daquela regra às necessidades atuais. Nem sempre, porém, pode o legislador fazê-lo, porque as leis devem ter caráter, tanto quanto possível, estável. Basta que, em termo razoável, recomponham as normas de acôrdo com as exigências da prática. Aos tribunais é que compete extrair dos preceitos fundamentais o pronunciamento que seja, na ocasião, o mais apto a realizar o fim do direito. O sentimento de justiça, nos que o tem, não é, por certo, mais refinado hoje do que anteriormente. Sucede, porém, que êle é, agora, muito mais *solicitado* a manifestar-se e a intervir, do que antigamente. É por isso que se tornou mais acentuadamente uma concepção social, em lugar de noção caracterizadamente individual. Mas, ainda que se não queira aceitar uma retração do egoísmo, em face da civilização atual, ao menos se deve reconhecer que também êle tem contribuído para a extensão da responsabilidade civil. A multiplicação dos infortúnios, derivada da vida moderna, induz, com efeito, o mais egoísta a

²¹ MAZEAUD et MAZEAUD, ob. cit., t. 1, n. 11, pág. 9.

²² *Traité de la responsabilité civile en droit français*, Paris, 1939.

pensar que amanhã será o seu dia de experimentar a desgraça, razão utilitária, de certo, mas nem por isso menos eficiente, para que aceite e sustente a necessidade de reparação com mais freqüência do que antigamente. À medida que a civilização se desenvolve, dizem MAZEAUD ET MAZEAUD, tornam-se mais e mais complexas as relações sociais, com interpenetração cada vez mais profunda dos círculos de atividade jurídica de cada um. É inevitável, em tais condições, o atrito de interesses,²³ cada vez mais intenso, desdobrando-se em problemas de responsabilidade civil.

Por outro lado, há, não se pode negar, no mundo atual, aguda sensibilidade para a reação contra o infortúnio. Neste ponto, é procedente a censura de RIPERT: "*Là où autrefois on supportait le dommage causé, en s'inclinant devant l'hasard néfaste, on tente aujourd'hui de trouver l'auteur du dommage*", realçada por MAZEAUD ET MAZEAUD.²⁴ É claro que, por sua vez, decididos partidários da teoria da culpa, estes escritores exageraram. Isso não compromete o valor da advertência, que tem seu cabimento. É também exato que, conforme a advertência dos MAZEAUD, o problema da responsabilidade civil acabou por invadir todos os domínios da ciência jurídica, conquistando êsse lugar privilegiado de "*centre du droit civil, donc du droit tout entier en chaque matière, dans toutes les directions, c'est à lui que l'on aboutit, dans le droit public comme dans le droit privé, dans le domaine des personnes ou de la famille comme dans celui des biens; il est de tous les instants et de toutes les situations; il devient le point névralgique commun à toutes nos institutions.*"²⁵ Em suma,

²³ MAZEAUD et MAZEAUD, ob. cit., 1, n. 13, pág. 11; cfr. SOURDAT, *Traité générale de la responsabilité ou de l'action en dommages-intérêts en dehors des contrats*, Paris, 5.^a ed., prefácio.

²⁴ Prefácio a GARDENAT et SALMON-RICCI, *De la responsabilité civile (délits et quasi-délits)*; MAZEAUD et MAZEAUD, ob. cit., vol. 1, n. 14).

²⁵ JOSSERAND, *apud* MAZEAUD et MAZEAUD, ob. cit., t. 1, n. 15-2. Preocupação exageradamente pragmática é essa. As questões de fronteira, no campo do direito, são antipáticas e injustificadas, quando excedem as exigências indispensáveis à caracterização da matéria regulada, pois os vários ramos do direito se avizinham extraordinariamente.

ocorreu o que SAVATIER chamou de hipertrofia da responsabilidade civil. ²⁶

Não se pode, porém, concordar com os eminentes tratadistas em que é perigosa a tendência assim manifestada. O problema da responsabilidade é o próprio problema do direito: "Todo o direito assenta", disse com o vigor de uma fórmula precisa o eminente juiz JOSÉ ANTÔNIO NOGUEIRA, "na idéia da ação, seguida da reação, de restabelecimento de uma harmonia quebrada". ²⁷ A importância crescente do instituto da responsabilidade civil não deve, pois, ser encarada senão como sinal do desenvolvimento maravilhoso da indústria e das aplicações da ciência, exigindo dos juristas a adaptação das normas do direito. Com razão, disse ilustre jurista argentino: "*Se assiste en la hora presente a un proceso de moralización de la substancia jurídica en el campo de las relaciones privadas, a una como humanización del derecho civil; y ello, no en virtud de descubrimientos de principios desconocidos o inéditos, pues en el Derecho, mas que en otro aspecto de la cultura, son difíciles los verdaderos hallazgos; sino en virtud de un afinamiento y de una educación progresivos de la conciencia jurídica contemporánea influida por la obra de juristas, legisladores y magistrados en quienes el "homo spiritualis" se encarna intermitentemente.*" ²⁸

Reconhecem MAZEAUD ET MAZEAUD, sem embargo da limitação que opõem à crescente absorção das regras jurídicas pelo princípio da responsabilidade, que êle está, nesta hora, em primeiro plano. Exatamente por isso, nele domina a incerteza. O legislador, na impossibilidade de prever tão espan-

revelando sua fundamental unidade, como partes do mesmo sistema (EUGÊNIO FLORIAN, com remissão a MARIANO D'AMELIO, in *La Giustizia Penale*, ano 44, fasc. 6, col. 393).

²⁶ RENÉ SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile en droit français*, Paris, 1939, t. 1, n. 2, pág. 1.

²⁷ *As novas diretrizes do Direito*, in *Rev. do Direito*, vol. 94, págs. 15 e segs.

²⁸ RAUL H. ORGAZ, *Civilización, Cultura, Derecho*, in *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Córdoba, março-junho de 1940, págs. 12 e segs.

toso desenvolvimento, limitou-se a estabelecer algumas regras gerais, que, apesar de tudo, merecem admiração, porque é com elas que se resolvem as questões mais modernas. ²⁹

O fenômeno é de tôdas as legislações e tem sido mesmo causa de quase desespero para muitos autores apressados que aí vêem tipos de decadência do direito, quando o que há é tão somente desequilíbrio entre a sua essência — que permanece íntegra, como indica precisamente essa instabilidade legislativa nos tempos modernos, na ânsia de afeiçoar a lei ao direito — e a sua técnica, que por fôrça se há de subordinar às contingências que pendem, no tempo, sôbre o processo científico. É por isso que GASTON MORIN advoga a inserção, na lei, não somente de conceitos renovados, mas de normas suficientemente maleáveis para permitir ao poder judiciário larga autonomia para agir, obedecendo a essa *moldura*, mas individualizando as disposições legais, conforme a necessidade do momento. ³⁰

Este fato revela mais uma vez a pobreza de técnica em face da pujança de evolução da sociedade, exigindo a readaptação das normas jurídicas às situações novas. Filosóficamente, não é possível conceber uma responsabilidade sem culpa. A obrigação civil decorrente de responsabilidade civil, se, sacrificados à tirania das palavras, quisermos guardar a significação rigorosa do termo, só pode ser entendida como consequência da conjugação destes elementos: imputabilidade mais capacidade. É disso que se aproveitam os partidários mais ardorosos da doutrina da culpa, esquecidos de que, na verdade, já não é de responsabilidade civil que se trata, se bem que haja conveniência em conservar o *nomen juris*, imposto pela semântica: o problema transbordou desses limites. Trata-se, com efeito, de reparação dos danos.

²⁹ MAZEAUD et MAZEAUD, ob. cit., t. 1, n. 16, pág. 28.

³⁰ GASTON MORIN, *La loi et le contrat*, pág. 44.

TÍTULO I

RESPONSABILIDADE CIVIL

CAPÍTULO I

NOÇÃO E CONTEÚDO. DEFINIÇÕES. EVOLUÇÃO

SUMÁRIO: 7 — Responsabilidade civil. Definições segundo as várias correntes. 8 — Responsabilidade civil e reparação do dano. 9 — Evolução da responsabilidade civil. 10 — Direito romano: *a*) tempos primitivos, lei das 12 tábuas; *b*) lei Aquília; *c*) a obra pretoriana na interpretação do texto aquiliano. 11 — Direito francês: *a*) aperfeiçoamento das idéias românicas; *b*) Código Napoleão; *c*) tempos modernos. 12 — Direito português: *a*) o direito primitivo, o Fuero Juzgo, as Partidas; *b*) as Ordenações do Reino. 13 — Direito brasileiro: *a*) Código Criminal de 1830; *b*) as Consolidações; *c*) os Códigos Penais de 1890 e 1940; *d*) o Código Civil e o Código das Obrigações.

7. O dissídio que lavra na doutrina, com relação ao problema da responsabilidade civil, alcança todos os seus aspectos. E começa, naturalmente, pela sua definição, a cujo propósito se manifestam divergências tão profundas — a acusar a luta, fecunda em conseqüências, entre a concepção tradicional da culpa e a doutrina moderna do risco — que MAZEAUD ET MAZEAUD, não obstante sua colocação entre os maiores pesquisadores da matéria, não hesitam em confessar a tentação de enfrentar o tema sem o definir.⁸¹

JOSSERAND considera responsável aquêle que em definitivo suporta um dano. Toma a responsabilidade civil no seu sen-

⁸¹ Ob. cit., t. 1, n. 1, pág. 1.

tido mais amplo, tanto que abrange na qualificação de responsável o causador do dano a si mesmo.³²

Nós acatamos o conceito do notável professor, cuja contribuição para o estudo da responsabilidade civil nunca será suficientemente encarecida. O fato de se confundirem, no mesmo patrimônio, o crédito pela reparação e a obrigação respectiva não afeta, a nosso ver, a figura da responsabilidade, tal como a entende JOSSERAND. O que se dá é o desinteresse na caracterização do dever de reparação conseqüente à responsabilidade.

MAZEAUD ET MAZEAUD divergem, pretendendo que a definição de responsabilidade deve colocar em confronto duas pessoas, supor, necessariamente, um conflito suscitado entre elas, para propor, ao cabo, que responsável será a pessoa que deve reparar um prejuízo. Explicam que não se trata de mera querela de palavras; a questão é, ao revés, muito mais importante do que se supõe, quando se atenta somente na identidade de soluções nos dois sistemas, porque o que está em jôgo aí é o próprio fundamento da responsabilidade civil.³³

De fato, o que pretendem é assentar, desde então, a defesa da teoria da culpa. Mas, mesmo nesse terreno, a censura perde muito do seu efeito se com SAVATIER³⁴ passarmos a considerar a culpa e o risco, não como fundamento, mas como fontes da responsabilidade civil. Culpa e risco são títulos, modos, casos de responsabilidade civil. Não importa que a culpa conserve a primazia, como fonte da responsabilidade civil, por

³² *Les transports*, 2.^a ed., n. 558.

³³ *Ob. cit.*, t. 1, ns. 4-5, págs. 2 e segs. Os mesmos autores ainda atribuem ao art. 1.382 um argumento em favor de sua tese, recordando que êsse dispositivo só contempla o dano "causado a outrem". Nem podia deixar de ser assim, porque o dano causado a si mesmo é juridicamente irrelevante, como diz FISCHER (HANS FISCHER, *A reparação dos danos no direito civil*, tradução de Férrer de Almeida, São Paulo, 1938, pág. 7). Também o art. 1.382 não estabelece irresponsabilidade do autor do dano a si mesmo e sim a sua irreparabilidade, explicável, como recordamos acima, pela confusão do débito e do crédito conseqüentes à lesão.

³⁴ *Traité de la responsabilité civile en droit français*, t. 1, n. 2, pág. 1.

ser o seu caso mais freqüente. O risco não pode ser repellido, porque a culpa muitas vezes é, sob pena de sancionar-se uma injustiça, insuficiente como geradora da responsabilidade civil.

8. Numa observação que pode parecer primária e menos ortodoxa, dissemos atrás que o problema da responsabilidade civil absorveu tôda a matéria da reparação do dano. Se convém, ou não, discriminar os respectivos âmbitos, restringindo o da responsabilidade civil à espécie de obrigações que derivam do complexo *imputabilidade mais causalidade*, e considerando, sob o título de reparação do dano, as obrigações de indenizar, por dever de assistência, solidariedade, garantia etc., parece-nos, se bem que teòricamente talvez ainda se justifique a distinção, indagação já agora tardia, em face do surto perturbador tomado pela disciplina, sob o nome de responsabilidade civil.

MAZEAUD ET MAZEAUD, os maiores campeões da doutrina da culpa, não fogem a essa influênciã, de que deveriam, entretanto, estar imunes, porque, uma vez baseados na teoria da culpa, nada os obrigava a estender à reparação do dano o campo de incidência da responsabilidade civil. Contudo, os eminentes autores o fazem, começando pela definição de *responsável* como aquêle a quem incumbe reparar um dano, e chegando a admitir a responsabilidade das pessoas privadas de discernimento.³⁵

Não vemos utilidade em continuar a dissimular êsse desencontro entre a denominação e o conteúdo da responsabilidade civil. Já não é só o leigo que amplia a significação do instituto a plano muito mais vasto do que o que estava contido na idéia primitiva. São os próprios juristas, e dos mais insignes, que prestigiam essa noção, reconhecendo que a idéia do ressarcimento prima sôbre a da responsabilidade.³⁶

³⁵ Ob. cit., ns. 4, págs. 2, e 448 e segs., págs. 498 e segs.

³⁶ "E' preciso vencer o dano, o inimigo comum, fator de desperdício e de insegurança, lançando mão de todos os meios preventivos e reparatórios sugeridos pela experiência, sem dismantelar e desencorajar as atividades úteis. Para tal conseguir, não nos devemos acastelar dentro de princípios abstratos ou de preceitos envelhecidos para nossa época, só

Aliás, o fenômeno não é isolado, mas comum às transformações do direito, mais precisamente do direito civil. O verdadeiro sentido dessa evolução é a preocupação de assegurar melhor justiça distributiva, com a adaptação das instituições antigas às exigências da vida moderna. Enquanto a evolução atende às exigências permanentes da justiça, forçosamente determinará alterações periódicas no elemento de segurança das normas, afim de acomodá-las à sociedade que se transforma. As alterações, por vezes surpreendentes, das condições da vida material, tornam indispensável a criação, diríamos melhor, a retificação das normas jurídicas. Mas há princípios que permanecem imutáveis: os que ordenam a boa fé, a fidelidade e a lealdade nos negócios jurídicos; os que proíbem o dolo, a fraude e a torpeza. A idéia da responsabilidade não podia fugir a essa contingência. Sua transformação é resultado das mudanças sociais, notadamente do grande desenvolvimento da indústria. Da responsabilidade assente na culpa se passa rapidamente às presunções *juris tantum*, e daí à responsabilidade legal.³⁷

A reparação do dano atende a tais anseios. É uma forma de restabelecer esse equilíbrio, em cuja conservação se interessa essencialmente uma civilização avançada "que receia a decadência". É também o modo de satisfazer, para cada membro da sociedade, sua aspiração de segurança, comprometida e ameaçada pela vida moderna.³⁸

Como o antigo fundamento da culpa já não satisfaz, outros elementos veem concorrer para que a reparação se verifique, mesmo em falta daquela. Daí o surto das noções de assistência, de previdência e de garantia, como bases complementares da obrigação de reparar: o sistema da culpa, nítida-

por amor à lógica dos homens, à vaidade das concepções ou à dos moralistas de gabinete" (ALVINO LIMA, *Da culpa ao risco*, trecho transcrito na *Rev. Forense*, vol. 83, págs. 385 e seguintes; cfr. ORLANDO GOMES, *Culpa x Risco*, *Rev. Forense*, vol. 83, págs. 378 e segs.).

³⁷ JORGE A. FRIAS, *Acerca de lo permanente y lo mudable en las transformaciones del Derecho Civil*, in *Boletim de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Córdoba, Argentina, ano 3, 1939, págs. 89 e segs.

³⁸ SAVATIER, ob. cit., n. 2, pág. 1.

mente individualista, evolue para o sistema solidarista da reparação do dano.³⁹

Para realizar a finalidade primordial de restituição do prejudicado à situação anterior, desfazendo, tanto quanto possível, os efeitos do dano sofrido, tem-se o direito empenhado extremamente em todos os tempos. A responsabilidade civil é reflexo da própria evolução do direito, é um dos seus mais acentuados característicos. É preocupação, no direito civil, só comparável à que inspira o instituto da pena, outro sinal distintivo do progresso jurídico.

9. Seria, pois, difícil aprofundar o problema sem esboçar, pelo menos nos traços essenciais, a evolução da responsabilidade civil. Esse estudo proporciona, dizem MAZEAUD ET MAZEAUD, a vantagem de melhor compreendê-la e de medir mais exatamente sua importância.⁴⁰

Os estádios em que se processa essa evolução mostram nitidamente que a reparação do dano é inspirada, antes de tudo, na preocupação de harmonia e equilíbrio que orienta o direito e lhe constitui o elemento animador. É por isso mesmo que não foi possível até hoje, mau grado o esforço dos melhores juristas, estabelecer uma teoria unitária e permanente (no sentido relativo que o termo tem em direito) da responsabilidade civil. O instituto é essencialmente dinâmico, tem de adaptar-se, transformar-se na mesma proporção em que evolue a civilização, há de ser dotado de flexibilidade suficiente para oferecer, em qualquer época, o meio ou processo pelo qual, em face de nova técnica, de novas conquistas, de novos gêneros de atividade, assegure a finalidade de restabelecer o equilíbrio desfeito por ocasião do dano, considerado, em cada tempo, em função das condições sociais então vigentes.

Não se deve, por temor à famosa tirania judiciária, abandonar o direito a outras tiranias, talvez menos suportáveis. Inglêses e americanos, povos de bom senso, tem na sua técnica judiciária os *standards*, fórmulas com flexibilidade bastante para evitar o escolho, a que o legalismo inevitavelmente conduz, do *summum jus summa injuria*.

³⁹ GASTON MORIN, ob. cit., n. 123.

⁴⁰ MAZEAUD et MAZEAUD, ob. cit., I, n. 18, pág. 31.

10. A princípio, o dano escapa ao âmbito do direito. Domina então a 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”.⁴¹

Depois, o uso consagra em regra jurídica o talião. O legislador se apropria da iniciativa particular, intervindo para declarar quando e em que condições tem a vítima o direito de retaliação. Na Lei das XII Tábuas ainda se encontra significativa expressão do critério: *si membrum rupsit ni eo pacit talio est*.

A êsse período sucede o da composição. Atenuam-se as susceptibilidades por demais irritáveis do homem primitivo. Já agora o prejudicado percebe que mais conveniente do que cobrar a retaliação — que é razoavelmente impossível no dano involuntário e cujo efeito é precisamente o oposto da reparação, porque resultava em duplicar o dano: onde era um, passavam a ser dois os lesados — seria entrar em composição com o autor da ofensa, que repara o dano mediante a prestação da *pœna*, espécie de resgate da culpa, pelo qual o ofensor adquire o direito ao perdão do ofendido. Aí, informa o eminente ALVINO LIMA, a vingança é substituída pela composição a critério da vítima, mas subsiste com o fundamento ou forma de reintegração do dano sofrido.⁴²

Vulgariza-se a composição voluntária e, por fenômeno análogo ao da admissão do talião, o legislador sanciona o uso. Veda à vítima, daí em diante, fazer justiça pelas próprias mãos, compelindo-a a aceitar a composição, fixada pela auto-

⁴¹ ALVINO LIMA, *Da culpa ao risco*, São Paulo, 1938, pág. 10; cfr. MAZEAUD et MAZEAUD, t. 1, n. 19, pág. 32; DEMOGUE, *De la réparation civile des délits*, págs. 5 e segs.; COLIN et CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, 8.^a ed., t. 2, n. 180. A pena, nesse período, está rigorosamente identificada com a idéia da reparação. Um consciencioso escritor, estudando o histórico da responsabilidade civil, oferece-nos mesmo a conclusão de que a reparação do dano é instituto mais antigo do que as penas aflitivas, como a privação da liberdade e o castigo corporal (VICENTE DE PAULO VICENTE DE AZEVEDO, *Crime-Dano-Reparação*, São Paulo, 1934, n. 6, pág. 22).

⁴² *Da culpa ao risco*, São Paulo, 1938, pág. 11.

ridade. Todavia, não há ainda um critério tarifário para a composição de certas espécies de dano. As ofensas à honra, por exemplo, estavam nesse número, disso perdurando até nossos dias sinais muito expressivos, como fazem notar os MAZEAUD, realçando a significação do duelo e de certas ações de indenização em que o prejudicado se limita a exigir uma quantia simbólica.⁴³ Exemplos dêsses processos em que as ofensas à honra se reparam mediante a condenação em quantia meramente simbólica são ainda freqüentes na Inglaterra e nos Estados Unidos, notadamente em matéria de injúria.

Quando assumiu a direção da composição dos pleitos, a autoridade começou também a punir, substituindo-se ao particular na atribuição de ferir o causador do dano. Evoluíu, assim, da justiça punitiva exclusiva, reservada aos ataques dirigidos diretamente contra ela, para a justiça distributiva, percebendo que, indiretamente, era também atingida por certas lesões irrogadas ao particular, porque perturbavam a ordem que se empenhava em manter. Resultou daí a cisão dos delitos em duas categorias: os delitos públicos (ofensas mais graves, de caráter perturbador da ordem) e os delitos privados. Aqueles eram reprimidos pela autoridade, como sujeito passivo atingido; nos últimos, intervinha apenas para fixar a composição, evitando os conflitos.⁴⁴

Subsiste o sistema do delito privado, mas a consideração da inteligência social produz seus efeitos, fazendo compreender que a regulamentação dos conflitos não era somente questão entre particulares.⁴⁵ É o direito concretizado na Lei das XII Tábuas, que não continha ainda princípio fixador da responsabilidade.

Desdobrou-se, no passo seguinte, a concepção da responsabilidade. O Estado assumiu, êle só, a função de punir: quando a ação repressiva passou para o Estado, surgiu a ação de

⁴³ MAZEAUD et MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, delictuelle et contractuelle*, 3.^a ed., t. 1, n. 19, pág. 32.

⁴⁴ MAZEAUD et MAZEAUD, *ob. cit.*, n. 20, pág. 33.

⁴⁵ ALVINO LIMA, *Da culpa ao risco*, São Paulo, 1938, pág. 11.

indenização. A responsabilidade civil tomou lugar ao lado da responsabilidade penal.⁴⁶

É na lei Aquília que se esboça, afinal, um princípio geral regulador da reparação do dano. Embora se reconheça que não contivesse ainda “uma regra de conjunto, nos moldes do direito moderno”,⁴⁷ era, sem nenhuma dúvida, o germe da jurisprudência clássica com relação à injúria, e “fonte direta da moderna concepção da culpa aquiliana que tomou da lei Aquília o seu nome característico”.⁴⁸

O conteúdo da lei Aquília se distribuía por três capítulos. O primeiro tratava da morte a escravos ou animais, da espécie dos que pastam em rebanhos. O segundo regulava a quitação por parte do *adstipulator* com prejuízo do credor estipulante. Regia casos de danos muito peculiares, que não interessa pormenorizar, salvo, para, atentos à advertência de CHIRONI, assinalar que a pena irrogada contra a ilícita disposição praticada pelo *adstipulator*, em relação ao crédito alheio, traduz o fato de já então se considerar o direito de crédito como coisa.⁴⁹ O terceiro e último capítulo da lei Aquília ocupava-se do *damnum injuria datum*, que tinha alcance mais amplo, compreendendo as lesões a escravos ou animais e destruição ou deterioração de coisas corpóreas: — *Ceterarum rerum praeter hominem et pecudem occisos si quis alteri damnum faxit quod usserit, gragerit, ruperit injuria, quanti ea res erit in diebus triginta proximis tantum aes domino dare damnos esto.*⁵⁰

Foi trabalho da jurisprudência dilatar o campo de aplicação do *damnum injuria datum*. A ação que assistia somente ao proprietário da coisa destruída ou deteriorada, quando cidadão romano, foi, graças àquela influência, sucessivamente ampliada aos titulares de outros direitos reais e aos peregrinos.

⁴⁶ MAZEAUD et MAZEAUD, ob. e loc. cit. O direito romano, entretanto, jamais chegou a separar a indenização do primitivo conceito de pena.

⁴⁷ ALVINO LIMA, ob. cit., pág. 13; cfr. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, 8.^a ed., pág. 412.

⁴⁸ CHIRONI, *Colpa extra-contrattuale*, n. 5, pág. 22.

⁴⁹ CHIRONI, ob. cit., pág. 23.

⁵⁰ L. 27, § 5.^o, *D. ad legem Aquiliam*, IX, 2.

Os casos de aplicação, por igual, logo exorbitaram dos textos, por extensão aos ferimentos produzidos em homens livres e a quaisquer danos irrogados às coisas em geral, contemplando os imóveis e atos instrumentários, na ausência de outro meio de prova. ⁵¹

Evoluindo o conceito do dano, por intervenção do pretor e dos jurisconsultos, mitigou-se, no sentido de favorecer o prejudicado, o primitivo rigor do texto aquiliano. Nele se exigiam numerosas condições para o exercício da ação. Foi abrandado, para concedê-la, não apenas ao dano, *corpore corpori datum*, exigindo contacto material entre o autor do dano e a coisa por êle atingida, mas também ao *damnum non corpore datum*. ⁵²

Refere FLINIAUX, citado por MAZEAUD, ⁵³ que, provavelmente, a extensão do domínio de aplicação da lei Aquília ao *damnum non corpori datum* só se operou sob JUSTINIANO, a quem se deve, igualmente, a classificação quaternária das obrigações: delituais, contratuais, quase-delituais e quase-contratuais. ⁵⁴

Criada a ação de dolo, opinam os MAZEAUD, adquiriria a teoria da responsabilidade parte da envergadura de que carecia, estabelecendo que todo dano causado por fato doloso deve ser reparado. Como êste princípio jamais foi sancionado, permaneceu a ação de dolo no caráter de ação subsidiária, ⁵⁵ fora da qual existiam no Edito outras cláusulas com a mesma finalidade, tais como as *damni hominibus coactis dati*, as *damni in turba dati*, as *arborum furtim caesarum*, as de *servo corrupto*, as de *sepulchro violato* e os *interdictos quod vi aut clam*. ⁵⁶

⁵¹ ALVINO LIMA, *Da culpa ao risco*, São Paulo, 1938, pág. 13.

⁵² MAZEAUD et MAZEAUD, *Traité* cit., t. 1, n. 23, pág. 36.

⁵³ Ob. cit., loc. cit., nota 4.

⁵⁴ Ob. cit., n. 25, nota 1, pág. 38.

⁵⁵ Ob. cit., n. 24, pág. 37 : a evolução da noção de *dolus* operou-se do sentido subjetivo para o objetivo, ao contrário da noção de *fraus*, que caminhou do polo objetivo para o subjetivo (MAZEAUD et MAZEAUD, ob. e loc. cit., nota 1).

⁵⁶ ALVINO LIMA, *Da culpa ao risco*, São Paulo, 1938, pág. 14.

Traçada em síntese, é esta, pois, a evolução da responsabilidade civil no direito romano: da vingança privada ao princípio de que a ninguém é lícito fazer justiça pelas próprias mãos, à medida que se afirma a autoridade do Estado; da primitiva assimilação da pena com a reparação, para a distinção entre responsabilidade civil e responsabilidade penal, por insinuação do elemento subjetivo da culpa, quando se entremostra o princípio *nulla poena sine lege*. Sem dúvida, fora dos casos expressos, subsistia na indenização o caráter de pena. Mas os textos autorizadores das ações de responsabilidade se multiplicaram, a tal ponto que, no último estágio do direito romano, contemplavam, não só os danos materiais, mas também os próprios danos morais.⁵⁷

11. No Código Civil francês, tem a legislação moderna o seu modelo e inspiração. Antes, porém, que surgisse êsse monumento jurídico, o direito francês já exercia sensível influência nos outros povos. De interêsse geral, portanto, recordar que, aperfeiçoando, a pouco e pouco, as idéias românicas, êle estabeleceu nitidamente um princípio geral da responsabilidade civil, abandonando o critério de enumerar os casos de composição obrigatória. Os MAZEAUD, ressaltando a conquista francesa, fazem o confronto: a lei Aquília nunca pôde abranger senão o prejuízo visível, material, causado a objetos exteriores, ao passo que daí em diante se protege a vítima também contra os danos que, sem acarretar depreciação material, dão lugar a perdas, por impedirem ganho legítimo. A *actio doli* exigia a culpa caracterizada. No direito francês evoluído, a reparação independe da gravidade da culpa do responsável. DOMAT, referido pelos mesmos tratadistas, precisa seu pensamento ao estabelecer a categoria da culpa de que pode provir o dano: a que acarreta, a um tempo, a responsabilidade penal do agente, perante o Estado, e a responsabilidade civil, perante a vítima; a das pessoas que descumprem as obrigações, culpa contratual; e a que não se liga nem a crime nem a delito, mas se origina da negligência

⁵⁷ MAZEAUD et MAZEAUD, ob. cit., n. 26, pág. 38; GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, 8.^a ed., pág. 419; ALVINO LIMA, ob. cit., p. 17.

ou imprudência. Era a generalização do princípio aquiliano: *In lege Aquilia et levissima culpa venit.*⁵⁸

Veio o Código Napoleão e bebeu nas lições de DOMAT e POTHIER inspiração para seus arts. 1.382 e 1.383. A responsabilidade civil se funda na culpa, foi a definição que partiu daí para inserir-se na legislação de todo o mundo. A evolução do direito francês nos tempos modernos dispensa considerações mais longas. Basta recordar que se deu através da mais extraordinária obra de jurisprudência de todos os tempos. A tarefa dos tribunais franceses, atualizando os textos e criando um direito rejuvenescido, foi tão impressionante que não há quem a desconheça, na audácia fecunda que é um dos encantos do gênio francês.

12. Do primitivo direito português são raras as referências. A mais remota notícia do instituto localiza na invasão dos visigodos a origem da primitiva legislação soberana de Portugal, com acentuado cunho germânico, temperado pelo influxo do cristianismo e por injunções do meio ambiente. No reinado de Fernando III, converteu-se o Código visigótico no *Fuero Juzgo*, fonte do direito peninsular, especialmente para a Espanha, onde prevaleceu como fundo da sua legislação, até o século XIX. O Código visigótico, participando daquelas influências, refletia um sistema de caráter misto, acolhendo, a um tempo, a *composição* germânica e o critério penal dos romanos.⁵⁹

VICENTE DE AZEVEDO diz que os visigodos, ao contrário do que já foi sustentado, não conseguiram jamais estabelecer a diferença entre responsabilidade civil e responsabilidade criminal, embora considerassem o homicídio involuntário, não sujeito a pena alguma, como gerador de reparação civil, em favor dos parentes da vítima, porque a *composição* era considerada como pena.⁶⁰

⁵⁸ MAZEAUD et MAZEAUD, ob. cit., n. 36, pág. 48; cfr. COLIN et CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, 8.^a ed., t. 2, n. 181.

⁵⁹ DIAS DA SILVA, *Estudo sobre a responsabilidade civil conexa com a criminal*, apud VICENTE DE PAULO VICENTE DE AZEVEDO, *Crime-Dano-Reparação*, São Paulo, 1934, n. 9, pág. 27.

⁶⁰ Ob. cit., n. 8, pág. 29.

No direito consuetudinário, predominante em seguida à invasão árabe, a reparação pecuniária teve constante aplicação, mas tanto a composição, como a satisfação de custas (correspondente ao *fredum* ou *banum* germânico) e os tributos admitiam, paralelamente, as penas corporais, verificando-se, não obstante, a sobrevivência do uso da vingança privada.⁶¹

Subsiste no Fuero Juzgo o critério germânico em toda sua primária brutalidade. A compensação, na sua avaliação, é mesmo subordinada à maior ou menor gravidade da lesão,⁶² enquanto o talião é consagrado na lei 3.^a do título IV do livro IV.⁶³

Nas Partidas, vários textos, denunciadores da influência romana, contemplam casos de responsabilidade civil, entre eles, um de responsabilidade de terceiros por pessoas “que no puedan ser acusadas de ningun yerro”, a saber, os parentes das pessoas privadas de discernimento, quando os não fizessem guardar “de guisa que no puedan fazer mal a otri.”⁶⁴

As diferenças de classe influíam no direito de reparação do dano. Com o aperfeiçoamento das instituições municipais, no século XII, marcando o princípio da emancipação do trabalhador em Portugal, algumas brechas foram abertas nesse sistema de iniquidades. Destas, porém, outras permaneciam vigentes, como expressões curiosas dos costumes: em Santarém, não era obrigado a reparação quem maltratava o criado ou dependente de outrem, se o não tolhia de algum membro.⁶⁵

⁶¹ VICENTE DE PAULO VICENTE DE AZEVEDO, *Crime-Dano-Reparação*, n. 8, pág. 30. Lembra este autor, como expressões da persistência do costume bárbaro, as cartas de perdão outorgadas pelos parentes do morto aos matadores, as cartas de inimizade (Ord., liv. I, tit. 3.^o, § 5.^o) e as seguranças reais (Ord., l. V, tit. 128).

⁶² VICENTE DE AZEVEDO, ob. cit., n. 8, bis, págs. 31 e segs.

⁶³ VICENTE DE AZEVEDO, ob. e loc. cit.

⁶⁴ VICENTE DE AZEVEDO, ob. e loc. cit.

⁶⁵ PONTES DE MIRANDA, ob. cit., n. 19, pág. 51. Adverte este autor, com seu agudo senso filosófico, que devemos ver nesse exemplo uma expressão da evolução intrínseca do direito, dando a medida da realidade do julgamento humano contingente, quando o não orienta o método científico, sempre capaz de devassar horizontes não previstos no presente. Assim, preceitos que nos parecem justos e estáveis, talvez se inscrevam, no futuro, como iniquidade, ao lado dos costumes do Portugal

As Ordenações do Reino, direito vigente no Brasil colonial, encerravam a tradicional confusão entre a reparação, a pena e a multa, “não visando claramente à indenização, nem mesmo quando os bens do criminoso sofriam confiscação pela coroa.”⁶⁶

Um alvará de 1668, citado por PONTES DE MIRANDA, tratava, entretanto, regulando caso particular, da culpa extra-contratual, acatando o princípio da solidariedade na reparação, e inspirando-se no direito romano.⁶⁷

13. O Código Criminal de 1830, promulgado seis anos após a Constituição do Império, correspondeu, fielmente, à recomendação contida no art. 179, n. 18, da lei fundamental, quanto à organização de um “código civil e criminal fundado nas sólidas bases da justiça e da equidade”, de modo a merecer, ainda hoje, dos especialistas, as mais entusiásticas referências. VICENTE DE AZEVEDO o considera “monumento de saber que... ainda hoje nos honra” e mostra que, relativamente à reparação do dano, encerrava “idéias cujos apanágios GARÔFALO pretendeu, meio século depois, atribuir à Escola Positiva.”⁶⁸

Em nada exagera o douto escritor paulista, quanto ao mérito do Código de 1830, diploma que, nas linhas gerais, se antecipava ao que até hoje domina o assunto, enfeixando, no Capítulo IV, intitulado *Da satisfação*, regras a que os tribunais brasileiros, mesmo nos nossos tempos, poderiam recorrer, como orientação segura para apreciar os casos de responsabilidade civil.⁶⁹

medievo, que distinguiam, para efeito, por exemplo, de punição de crimes contra a honra, entre o senhor e o peão.

⁶⁶ VICENTE DE AZEVEDO, ob. cit., n. 9, pág. 33.

⁶⁷ VICENTE DE AZEVEDO, ob. cit., n. 10, pág. 36. Segundo LAFAYETTE, o legislador de 1830 buscou inspiração para essas normas em BENTHAN, *Princípios do Código Penal*, cap. 9 (*Direito das Coisas*, v. 2, § 2.º, nota 1).

⁶⁸ Ob. cit., n. 28, pág. 64.

⁶⁹ Art. 21. O delinqüente satisfará o dano que causar com o delito.

Art. 22. A satisfação será sempre a mais completa que fôr possível e, no caso de dúvida, a favor do ofendido. Para êsse fim, o mal que

Aí estavam estabelecidas: a reparação natural, quando possível, a garantia da indenização (o legislador não hesitou

resulta à pessoa do ofendido será avaliado em tôdas as suas partes e consequências.

Art. 23. No caso de restituição, far-se-á esta da própria coisa, com indenização dos deterioramentos e, na falta dêle, do seu equivalente.

Art. 24. Se a própria coisa estiver em poder de terceiro, será êste obrigado a entregá-la, havendo indenização pelos bens do delinqüente.

Art. 25. Para se restituir o equivalente, quando não existir a própria coisa, será esta avaliada pelo seu preço ordinário, e pelo de afeição, contanto que êste não exceda a soma daquele.

Art. 26. Na satisfação se compreenderão, não só os juros ordinários, os quais se contarão na proporção do dano causado e desde o momento do crime, mas também os juros compostos.

Art. 27. Quando o crime fôr cometido por mais de um delinqüente, a satisfação será à custa de todos, ficando, porém, cada um dêles solidariamente obrigado, e para êsse fim se haverão por especialmente hipotecados os bens do delinqüente, desde o momento do crime.

Art. 28. Serão obrigados à satisfação, pôsto que não sejam delinquentes :

§ 1.º — O senhor pelo escravo, até o valor dêste;

§ 2.º — O que gratuitamente tiver participado dos produtos do crime até concorrente quantia.

Art. 29. A obrigação de satisfazer o dano, na forma dos artigos antecedentes, passa aos herdeiros dos delinqüentes até o valor dos bens herdados, e o direito de haver a satisfação passa aos herdeiros dos ofendidos.

Art. 30. A completa satisfação do ofendido preferirá sempre o pagamento das multas, a que também ficarão hipotecados os bens dos delinqüentes, na forma do art. 27.

Art. 31. A satisfação não terá lugar antes da condenação do delinqüente por sentença em juízo criminal, passada em julgado. Excetua-se :

§ 1.º — O caso de ausência do delinqüente em que se poderá demandar e haver a satisfação por meio da ação civil;

§ 2.º — O caso em que o delinqüente tiver falecido depois da denúncia, no qual poderá haver-se dos herdeiros a satisfação por meio da ação civil;

§ 3.º — O caso em que o ofendido preferir usar da ação civil contra o delinqüente.

Art. 32. Em todo o caso, não tendo o delinqüente meio para a satisfação, dentro em oito dias, que lhe serão assinados, será condenado

em ir a extremos, na preocupação de assegurá-la), a solução da dúvida em favor do ofendido, a integridade da reparação (até onde possível), a contagem dos juros reparatórios, a solidariedade, a hipoteca legal, a transmissibilidade do dever de reparar e do crédito de indenização aos herdeiros, a preferência do direito de reparação sobre o pagamento das multas, etc.

Os avisos de 12 de janeiro de 1854 e 13 de abril de 1855, refletindo romanismo anacrônico, interpretaram o art. 28, que estabelecia para o senhor a obrigação de reparar o dano cometido pelo escravo, até o valor dêste (até nisto se pode ver o acêrto do critério do legislador de 1830), no sentido de que facultava ao amo abandonar o escravo, para furtar-se à obrigação de indenizar, numa autêntica revivescência da *noxal* do direito romano. A êsse abandono, por interpretação pacífica, na via administrativa ou judiciária, foi atribuída a significação de outorga de liberdade ao escravo.⁷⁰

Só em um ponto destoava o sistema da sua superior inspiração: em subordinar a reparação, em princípio, à condenação, critério expressamente eliminado pelo art. 68 da lei n. 261, de 3 de dezembro de 1841,⁷¹ que adotou o princípio da independência dos dois juízos.

A respeito do art. 32, que, no interêsse da reparação, impunha ao responsável, se não tivesse meios, a prisão com trabalho, observou judiciosamente o insigne PIMENTA BUENO que essa conversão só teria lugar quando houvesse condenação no crime, não nos casos de absolvição no crime ou de simples condenação unicamente no cível, por danos decorrentes de uma culpa civil.⁷²

VICENTE DE AZEVEDO, no completo histórico em que traça a evolução do problema da responsabilidade civil, regista o imerecido abandono a que foram votadas as salutares dispo-

à prisão com trabalhos, pelo tempo necessário para ganhar a quantia da satisfação. Esta condenação, porém, ficará sem efeito, logo que o delinqüente, ou alguém por êle, satisfizer ou prestar fiança idônea ou pagamento em tempo razoável, ou o ofendido se der por satisfeito.

⁷⁰ VICENTE DE AZEVEDO, ob. cit., n. 10, pág. 40.

⁷¹ VICENTE DE AZEVEDO, ob. cit., n. 10, pág. 40.

⁷² *Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro*, 5.^a ed., Rio, 1922, n. 387, pág. 270.

sições do Código Criminal sôbre a reparação de dano, indicando como causas dessa ineficácia o excessivo rigor das normas aí compendiadas ou o desconhecimento, por parte do legislador, das necessidades do país.⁷³

A Consolidação de TEIXEIRA DE FREITAS,⁷⁴ e a Nova Con-

⁷³ Ob. e loc. cit., pág. 41.

⁷⁴ Sob o título *Do dano e esbulho*, dizia a Consolidação :

Art. 798. Todo delinqüente está obrigado a satisfazer o dano, que causar com o delicto.

Art. 799. A indenização em todos os casos será pedida por ação civil. Não se poderá mais questionar sôbre a existência do fato, e sôbre quem seja seu autor, quando estas questões se acharem decididas no crime.

Art. 800. A indenização será sempre a mais completa que fôr possível; em caso de dúvida, será a favor do ofendido.

Art. 801. Para êsse fim, o mal, que resultar à pessoa e aos bens do ofendido, será avaliado por árbitros em tôdas as suas partes e consequências.

Art. 802. No caso de restituição, far-se-á esta da própria coisa, com indenização dos deterioramentos; e, na falta dela, do seu equivalente.

Art. 803. Se a própria coisa estiver em poder de terceiro, será êste obrigado a entregá-la, havendo a indenização pelos bens do delinqüente.

Art. 804. Para se restituir o equivalente, quando não existir a própria coisa, será esta avaliada pelo seu preço ordinário, e pelo de afeição, contanto que êste não exceda a soma daquele.

Art. 805. Na satisfação se compreenderão, não só os juros ordinários do valor do dano causado desde o momento do crime, como também os juros compostos.

Art. 806. Quando o crime fôr cometido por mais de um delinqüente, a satisfação será à custa de todos, ficando, porém, cada um dêles solidariamente obrigado.

Art. 807. Será obrigado à satisfação, pôsto que não seja delinqüente, o que gratuitamente tiver participado dos produtos do crime até a concorrente quantia.

Art. 808. Serão igualmente obrigados à satisfação do dano, pôsto que não possam ser punidos :

§ 1.º — Os menores de quatorze anos;

§ 2.º — Os loucos de todo gênero;

§ 3.º — Os que cometerem crimes, violentados por fôrça ou medo irresistíveis;

§ 4.º — Os que cometerem o crime casualmente no exercício de qualquer ato lícito, praticado com atenção ordinária.

Art. 809. A indenização do dano causado pelos loucos estão igualmente sujeitos seus respectivos curadores no caso do art. 320. (Se o de-

solidação de CARLOS DE CARVALHO⁷⁵ marcam novas fases da evolução do direito brasileiro. Revelaram o interêsse cres-

mente fizer mal a outrem, o curador é responsável pela indenização tendo havido culpa ou negligência).

Art. 810. A obrigação de satisfazer o dano passa aos herdeiros até o valor dos bens herdados, e o direito de haver a satisfação passa aos herdeiros do ofendido.

⁷⁵ Depois de definir, no art. 222, o ato ilícito que não produz direito, mas apenas acarreta obrigações ao agente, estabelecia, sob o título "Da responsabilidade civil e da reparação do dano":

Art. 1.001. A obrigação de indenizar o dano, tratando-se de infração de contratos, fatos ou quase-contratos, fica subordinada às disposições legais ou convencionais que os regerem, dando-se mora, culpa ou dolo.

§ 1.º — Imputa-se o dolo e a culpa assim com relação à coisa principal como à accessória.

§ 2.º — Havendo culpa ou falta de cumprimento de contrato, são devidos os frutos percebidos e os que o devedor deixou de receber.

§ 3.º — Não haverá falta senão desde o dia em que o devedor ficar constituído em mora, se a lei não dispõe o contrário.

§ 4.º — O caso fortuito e a força maior excluem a obrigação de perdas e danos, salvo:

- a) — se o contrato determina o contrário;
- b) — se o caso fortuito ocorreu por culpa do devedor;
- c) — se ocorreu estando já o devedor em mora sem ser também por caso fortuito.

.....

Art. 1.005. Para os efeitos da responsabilidade proveniente de ações ou omissões contrárias à lei penal são equiparadas a intenção criminosa, a negligência, a imprudência, a imperícia na arte ou profissão, a inobservância de alguma disposição regulamentar.

Art. 1.006. A satisfação será sempre a mais completa que for possível e, no caso de dúvida, a favor do ofendido.

Parágrafo único. — O mal será avaliado em tôdas as suas partes e consequências.

Art. 1.007. No caso de restituição, far-se-á esta da própria coisa, com indenização dos deterioramentos e, na falta dela, do seu equivalente.

§ 1.º — Se a coisa estiver em poder de terceiro, será êste obrigado a entregá-la, havendo a indenização pelos bens do responsável.

§ 2.º — Para se restituir o equivalente, quando não existir a própria coisa, será esta avaliada pelo seu preço ordinário e pelo de afeição, contanto que êste não exceda a soma daquele.

Art. 1.008. Na satisfação se compreenderão não só os juros ordinários, os quais se contarão na proporção do dano causado e desde o

cente pela solução e, até, em certos casos, principalmente o

momento da violação, mas também os juros compostos, acumulados os saldos de ano a ano.

Art. 1.009. A completa satisfação do ofendido preferirá sempre ao pagamento das multas por efeito de condenação penal.

Art. 1.010. A obrigação passa aos herdeiros até o valor dos bens herdados, e o direito de havê-la passa aos herdeiros do ofendido.

Art. 1.011. A anistia e a remissão da pena por indulto não eximem o agraciado de satisfazer a indenização do dano.

Art. 1.012. A indenização independe de propositura de ação criminal e deve ser pedida por ação cível.

§ 1.º — Se a existência do fato e quem seja o seu autor já se acharem decididos no juízo do crime, não se poderá mais questionar sobre uma e outra e a ação cível se limitará à liquidação das perdas e danos.

§ 2.º — Sòmente quanto a êsses pontos faz coisa julgada a sentença de absolvição do acusado proferida em juízo criminal.

§ 3.º — A ação penal e a ação cível podem ser intentadas simultânea ou sucessivamente.

Art. 1.013. A isenção da responsabilidade criminal não implica a da responsabilidade civil.

§ 1.º — Aquêles que a lei criminal considera não criminosos, isto é, que não podem ser punidos nos têrmos do art. 27 do Código Penal, ficam por seus bens sujeitos à satisfação do mal causado.

§ 2.º — Das ações ou omissões que, embora contrárias à lei penal, são justificáveis, não resulta obrigação de indenizar o dano.

Art. 1.014. À obrigação de indenizar o dano fica sujeito o autor ou causador, provando-se que houve de sua parte negligência, culpa ou falta que constitua, segundo direito, quase-delito.

§ 1.º — A falta de diligência consiste em deixar de empregar as precauções praticadas em circunstâncias idênticas por pessoa diligente e acautelada.

§ 2.º — A imperícia na arte ou profissão equivale à negligência.

Art. 1.015. Procede a obrigação de indenizar o dano ainda que resulte de ato de outrem :

- a) se alguém tinha obrigação de impedi-lo e não o impediu;
- b) nos casos de representação;
- c) se, escolhendo pessoa para praticar o ato, escolheu pessoa inhábil.

Art. 1.016. O dano que o pupilo ou curatelado receber em ação judicial por culpa ou negligência de seu tutor ou curador, dará direito à indenização pelos bens do tutor, e, na falta, pelos do juiz que o nomeou ou de seus herdeiros.

Art. 1.017. O estalajadeiro é obrigado à indenização do dano causado ao hóspede pelos criados ou empregados.

Art. 1.018. O dano causado por animais dará lugar a indeniza-

trabalho genial do primeiro, levavam vantagem sôbre o Código Civil: pelo menos não continham como dispositivo o

ção segundo as posturas municipais, sem prejuízo da responsabilidade resultante do quase-delito.

Art. 1.019. O desmoronamento de edifícios e de construções obriga à indenização do dano que causar, se constituir quase-delito ou violação de postura municipal ou de mandado de autoridade pública.

Art. 1.020. No dano causado por coisas inanimadas presume-se a culpa sempre que ocorrer infração de postura municipal ou regulamento de higiene pública.

Art. 1.021. Os funcionários públicos são estritamente responsáveis pelos abusos ou omissões em que incorrerem no exercício de seus cargos, assim como pela indulgência ou negligência em não responsabilizarem efetivamente os seus subalternos.

§ 1.º — A União não responde pelos danos provenientes de erros ou abusos de funcionários ou empregados públicos.

§ 2.º — Em tempo de perturbações intestinas ou de guerra civil a República não é responsável pelos prejuízos que sofrerem os particulares.

Art. 1.022. A sentença de reabilitação do condenado reconhecerá o direito a uma justa indenização por todos os prejuízos causados com a condenação.

§ 1.º — Essa sentença será liquidada em execução.

§ 2.º — Por ela responderá a União ou os Estados, conforme a condenação tiver sido proferida pela justiça federal, compreendida a local do Distrito Federal, ou pela dos Estados.

§ 3.º — Não será, porém, devida pela União ou pelos Estados :

a) se o erro ou injustiça da condenação do réu reabilitado proceder de ato ou falta imputável ao mesmo réu, como a confissão ou ocultação de prova em seu poder;

b) se o réu não houver esgotado os recursos legais.

c) se a acusação houver sido meramente particular.

§ 4.º — A União ou o Estado em todo caso terá ação regressiva contra as autoridades e as partes interessadas que forem convencidas de culpa ou dolo.

Art. 1.023. E' reconhecido e garantido o direito de justa indenização, em favor de quem sofrer constrangimento ilegal verificado pela soltura do paciente em recurso de *habeas-corpus*, contra o responsável pelo abuso do poder.

Art. 1.024. A lesão de direitos individuais ou subjetivos por ato, medida, decisão ou resolução inconstitucional ou ilegal de autoridade administrativa, obriga a União a assegurar o direito do ofendido, de seus

art. 1.523 da lei codificada, fonte de uma jurisprudência anacrônica.

representantes ou sucessores, já submetendo-se ao julgado que anular o ato, medida, decisão ou resolução.

§ 1.º — A Fazenda Nacional terá direito regressivo contra o funcionário público para haver as custas que pagar em ação fundada neste artigo.

§ 2.º — A violação do julgado por parte da autoridade administrativa induz em responsabilidade civil e criminal.

Art. 1.025. A obrigação de indenizar o dano causado é especialmente reconhecida :

a) no que levanta injusta oposição a casamento, alegando impedimento;

b) no caso de turbação ou esbulho, atendendo-se, porém, à boa ou má fé;

c) no confinante que se apossa de terras, derruba matas ou lança-lhes fogo;

d) no que levanta infundada oposição à matrícula, transferência ou outro ato concernente ao registo *Torrens*;

e) no credor que dolosa ou falsamente requer a declaração da falência de seu devedor;

f) no credor que com má fé requer mandado de embargo ou arresto;

g) no juiz e escrivão, *in solidum*, que tiverem passado e assinado ordem ou mandado de levantamento do preço de venda judicial, fora dos casos do art. 477 do Código Comercial, de embarcação, cujo registo acuse a existência de crédito privilegiado, cabendo o direito de haver a indenização ao credor prejudicado;

h) nos louvados que estimarem com fraude ou lesão enorme os bens, coisas e direitos que houverem de concorrer para a formação do capital de sociedades anônimas e em comandita por ações;

i) no adquirente de imóvel hipotecado, quando omisso na remissão da hipoteca;

j) em matéria hipotecária e no que se refere ao registo *Torrens* nos casos expressamente declarados nos respectivos capítulos;

k) nos empregados do registo civil e nos municipais que extraviam documentos e processos a êles referentes sob a sua guarda e responsabilidade.

Art. 1.026. A obrigação de prestar perdas e danos não ficará

O Código Penal de 1890, salvo raros dispositivos,⁷⁶ limitou-se a reproduzir os princípios do Código Criminal do Império,⁷⁷ com prejuízo para a sua clareza, em regras de redação infeliz. Em 17 de dezembro de 1912, foi promulgado o decreto legislativo n. 2.681, regulador da responsabilidade das estradas de ferro. Sua influência capital na solução do problema da responsabilidade contratual exige uma referência em qualquer notícia, por mais resumida que seja, da evolução da responsabilidade civil no direito brasileiro.

O Código Civil já é antiquado, em relação ao problema da responsabilidade civil. Procura-se atualizar o nosso direito das reparações com o projeto do Código das Obrigações.⁷⁸

excluída pela força maior e pelo caso fortuito, havendo culpa, e nos casos expressos em lei.

Parágrafo único. — Caso fortuito é o superior às forças naturais, à prevenção dos homens, e não se compreende na disposição da lei.

Art. 1.027. Os atos impostos pela necessidade excluem a obrigação de reparar o dano, salvo os expressos em lei.

Parágrafo único — Ficam salvos os casos de risco comum em que a indenização entrará em rateio com os mais que tiraram proveito do sacrifício ou danificação da propriedade de outrem.

Art. 1.028. A força maior exclue a obrigação por parte dos responsáveis à Fazenda Nacional, de indenizá-la dos prejuízos resultantes de extravio de dinheiro e valores a seu cargo e, uma vez provada a alegação, deverão ser truncadas as contas, se por êsse motivo tornarem-se iliquidáveis.

Art. 1.029. O dano causado no exercício de um direito não obriga à indenização, como no caso de desfôrço *in continenti*, salvo excesso.

Art. 1.030. O segurador que paga o dano acontecido fica subrogado em todos os direitos e ações do segurado que competirem contra terceiro, e o segundo não poderá praticar ato algum em prejuízo do direito adquirido pelo segurador.

⁷⁶ Assim, o art. 31 : A isenção da responsabilidade criminal não implica a da responsabilidade civil. Arts. 69 e 70, sôbre os efeitos da condenação civil.

⁷⁷ VICENTE AZEVEDO, ob. cit., n. 13, pág. 49.

⁷⁸ No que respeita à matéria de nosso estudo, o projeto de Código das Obrigações procura dotar o país de um regime legal à altura das modernas concepções do problema. A orientação, salvo ligeiros pontos em que a Comissão se mostrou menos ousada, de certo para não estuporar o misonéismo dos juristas reacionários, só merece aplausos.

Justificando os dispositivos que no projeto contemplam a responsabilidade civil, disse a ilustre Comissão : “Na reparação civil, predomi-

Enquanto isso, o Código Penal de 1940, conservando, em termos gerais, a tradição do direito brasileiro, quanto à ir-

nou, ainda, o conceito de culpa, que por sua elasticidade permite extensão suficiente no enfrentar as exigências atuais do comércio jurídico (artigo 151).

Acentuou-se, por isso, que a reparação não resulta apenas de procedimento contrário à lei, mas de qualquer procedimento desviado dos bons costumes e das normas de vida social, princípio que, com destimulação, se afeiçoa à mudança contínua das exigências da atividade moderna (art. 152).

Ressalvados ficaram, todavia, os preceitos especiais reguladores da reparação civil em matéria de acidente de trabalho, transporte e concorrência desleal, onde a responsabilidade puramente objetiva já tomou definitivamente o campo ou vê crescer cada dia sua influência dominadora (art. 185).

Os absolutamente incapazes ficaram obrigados, em termos, à reparação, quando, sem prejuízo de sua subsistência, possam atendê-la, na falta de outro responsável (art. 153); os menores de mais de dezesseis anos assumem as consequências do dano, ao lado dos que por eles têm responsabilidade subsidiária (art. 154).

Os atos prejudiciais, praticados em estado de necessidade, foram atendidos em termos mais simples, substituindo-se as reclamações em série por uma fórmula de litisconsórcio necessário (art. 155), também aplicável na hipótese de haver pluralidade de responsáveis pelo dano decorrente da ruína de construções (art. 165).

O abuso de direito passou da fórmula indireta, extraída por argumento *a contrario sensu* do art. 160 do Código Civil, para uma conceituação expressa, que prescindirá, em regra, da prova do elemento subjetivo (art. 156).

A responsabilidade indireta é construída de maneira oposta à estabelecida no art. 1.523 do Código Civil, só se tolerando a exoneração em face de prova de não concorrência, para o dano, deferida exclusivamente ao réu (art. 162).

Ao princípio de solidariedade, que pesa sobre os que concorreram para o dano, se juntou o que acentua a repartição de responsabilidades, em caso de concorrência de culpas, por parte do ofensor e da vítima (art. 173).

Quanto à responsabilidade civil do Estado, a Comissão se limitou a transcrever o texto constitucional, deixando ao direito administrativo a tarefa de regular o desenvolvimento do princípio; a esse ramo da ciência jurídica foram também abandonados outros preceitos relativos a direitos e obrigações do Estado, ora constantes do Código Civil, como em matéria de prescrição e compensação.

Acolhendo certa corrente de opinião, que, embora ainda não predominante, atende a necessidade de ordem prática, ficou acentuado que o

fluência da sentença criminal no juízo da indenização, trouxe novidades, dentre as quais se destacam a exequibilidade, na instância cível, da condenação proferida no crime contra o causador do dano; o efeito preclusivo da sentença criminal que reconhece o estado de necessidade; a intervenção do Ministério Público na exigência da reparação ao responsável, quando seja pobre a vítima do dano. Da legislação atual, trataremos detidamente no desenvolvimento de nosso trabalho. O que se observa, em conclusão, no direito brasileiro, é que, libertando-se das fórmulas confusas das Ordenações, e estabelecendo-se, por certo tempo, em um plano de melhor compreensão da responsabilidade civil, efetuou evidente retrocesso, por intermédio de várias disposições do Código Civil.

juiz fixará a indenização, de acôrdo com a gravidade da culpa (art. 172), precisando-se, embora, os limites da reparação nos casos de ofensa à pessoa, como no Cód. Civil.

Preferiu-se, nesses casos, a fórmula da pensão, garantindo o capital por títulos inalienáveis, que reverterão, todavia, à livre disponibilidade do prestador, quando cessada a percepção do auxílio. Fazer passar êsse capital aos herdeiros da vítima não pareceu razoável à Comissão, por envolver enriquecimento sem motivo. Em verdade seria criar um capital, que o *de cujus* não possuía e, por outro lado, aplicar uma pena, além da justa indenização, ao responsável por simples reparação civil (art. 178).

Adotou-se, ainda, a reparação do dano moral, arbitrado com moderação, não só cumuladamente com o de caráter patrimonial, mas também nos casos em que êste não se verifica ou surge com importância insignificante (arts. 181-2).

Os honorários de advogado foram atendidos, não só nos casos de culpa aquiliana, como nos de infração contratual (arts. 185 e 320)".

CAPÍTULO II

TEORIAS. CLASSIFICAÇÃO. CRÍTICA

SUMÁRIO: 14 — A responsabilidade civil é pura resultante do equilíbrio violado pelo dano. 15 — Teoria da culpa. A fórmula de VON IHERING. 16 — A culpa no direito romano. 17 — A teoria de DOMAT e POTHIER. A elaboração do Código Civil francês. Direito italiano. 18 — Direito alemão. 19 — Direito brasileiro. A conclusão de ALVINO LIMA. 20 — Crítica da teoria da culpa. Assimilação da noção de responsabilidade pela de culpabilidade. 21 — A doutrina do risco e a análise de MARTON. 22 — Precursores da doutrina do risco: THOMASIIUS e HEINECCIUS. BINDING. VENEZIAN. 23 — Tentativas para sistematizar a doutrina do risco na literatura germânica: MATAJA. OS MERKEL. UNGER. Princípio do interesse ativo, da prevenção e da equidade ou interesse preponderante. A inspiração de BENTHAN. 24 — Os franceses como lançadores da idéia do risco. /A influência do positivismo penal e suas verdadeiras proporções. 25 — A doutrina de SALEILLES. 26 — As idéias de JOSSERAND. 27 — As soluções subsidiárias. 28 — Crítica da teoria do risco. Os ataques de H. e L. MAZEAUD. 29 — Defesa da teoria objetiva. 30 — Refutação das doutrinas extremistas. Direitos do homem e direitos da sociedade devem orientar-se para o equilíbrio. 31 — Os verdadeiros defeitos da teoria objetiva. 32 — Os sistemas de conciliação e sua crítica. 33 — Aceitação da doutrina objetiva na legislação russa. 34 — Os projetos de código civil húngaro. 35 — Outras consagrações da teoria objetiva: México, Espanha, Portugal. 36. Legislação especial fundada na doutrina objetiva.

14. O interesse em restabelecer o equilíbrio econômico-jurídico alterado pelo dano é a causa geradora da responsabilidade civil. Seu fundamento deveria, pois, ser investigado em função daquele interesse, que sugere, antes de tudo, o princípio da *prevenção*, sem excluir, naturalmente, outros princípios, que o completam. Encontram-se, portanto, em suas raízes, a razão primeira da responsabilidade penal e da responsabilidade civil.

Entretanto, as doutrinas vagam em outros terrenos, forjando concepções estreitas que envelhecem prematuramente, surpresas e aniquiladas ante o desenvolvimento da civilização. Em tôdas as teorias, guiadas, inconscientemente, salvo a verificação de alguns autores, pelo referido princípio, o que se procura é escolher quem deve suportar o dano. Daí a coincidência de tôdas as doutrinas, mesmo as mais antagônicas, nas soluções fundamentais. A culpa e o risco não são mais que critérios possíveis, mais ou menos freqüentes. A distribuição do onus do prejuízo atende, primordialmente, ao interêsse da paz social. ⁷⁹

PONTES DE MIRANDA, com impecável sentido científico, observou, à margem de exposição sôbre as diversas doutrinas da responsabilidade civil, que deve ser essencialmente flexível o caráter a emprestar à sua teoria. Deve esta variar de acôrdo com o conceito do dano, com as necessidades gnoseológicas, econômicas e políticas. Ilustra sua opinião com expressivo depoimento sôbre as mudanças radicais a que assistiu, em nossa época, em matéria de responsabilidade, vistas em três cortes temporais: a) *individualismo*, assente no princípio do atomismo social e expresso na fórmula: autonomia de vontade + culpa extracontratual = teorias clássicas da responsabilidade civil; b) *transição*, por influência da máquina e do aumento dos sinistros. Suas conseqüências-ensaios são o mutualismo, a responsabilidade por acidentes, com interpretação semi-clássica (responsabilidade pela causa final, invocação ao *ubi emolumentum, ibi onus*) e interpretação moderna (responsabilidade sem culpa); c) solução científica, expressa na responsabilidade social e individual pelo dano. ⁸⁰

15. A teoria da culpa, resumida, com alguma arrogância, por VON IHERING, na fórmula "sem culpa nenhuma repara-

⁷⁹ MATAJA, *Das Recht des Schadenersatzes vom Standpunkt der Nationalökonomie*, Viena, 1888, pág. 19; TEISSEIRE, *Essai d'une théorie générale sur le fondement de la responsabilité civile*, tese, Aix, 1901, pág. 154; PONTES DE MIRANDA, *Manual*, cit., n. 20, págs. 53-54.

⁸⁰ Ob. cit., n. 69, pág. 143.

ção”,⁸¹ satisfaz por dilatados anos à consciência jurídica, e é, ainda hoje, tão influente que inspira a extrema resistência oposta por autores insignes aos que ousam proclamar a sua insuficiência em face das necessidades criadas pela vida moderna, sem aludir ao defeito da concepção em si mesma.

16. Os MAZEAUD, indagando qual teria sido, no sistema do direito romano, o lugar reservado à culpa, opinam a seguir que foi somente no fim da República, sob influência das idéias gregas, que surgiu a concepção da culpa aquiliana. Negam, pois, que a noção de culpa se contivesse na lei Aquília como elemento constitutivo do delito.⁸² Com êles, estão vários autores, como BETTI, COZZI e PEZELLA. Do lado oposto, sustentando a indispensabilidade da culpa como elemento caracterizador do delito, e repelindo a hipótese de que seja mera interpolação o princípio famoso — *In lege Aquilia et levissima culpa venit*, estão GIRARD, GASTON MAY, CUQ, IHERING e outros. A discussão, posta em foco em a erudita monografia de ALVINO LIMA, tem, como salienta êste ilustre autor, mero interesse teórico,⁸³ “sem nenhuma influência sobre os problemas da responsabilidade civil.”

De qualquer modo, acreditamos, com os MAZEAUD, que a noção da culpa sempre foi precária no direito romano, onde jamais chegou a ser estabelecida como princípio geral ou fundamento da responsabilidade, o que de nenhum modo exclue a convicção de que a evolução se operou definitivamente nesse sentido.⁸⁴ A concepção do direito justiniano era já a da culpa subjetiva: representava progresso em relação à lei Aquília; mas seria arriscado identificá-la com a moderna noção do instituto, não obstante constituir a origem comum de legislações atuais fundadas na culpa.

17. Sobre a noção ainda insegura recolhida do direito romano clássico, DOMAT e POTHIER construíram a teoria ins-

⁸¹ *Schuldmoment*, pág. 50, apud PONTES DE MIRANDA, ob. cit., n. 66, pág. 140.

⁸² MAZEAUD ET MAZEAUD, n. 27, pág. 38.

⁸³ *Da culpa ao risco*, pág. 15.

⁸⁴ Ob. cit., n. 28, pág. 41.

piradora do Código Civil francês é de tôdas as legislações modernas.

Com a codificação, torna-se possível fixar a tradição clássica num princípio geral capaz de abranger aplicações ilimitadas, afirmam os MAZEAUD, recordando o dito de BERTRAND DE GREVILLE: "Todo indivíduo é garante de seus atos, é uma das primeiras máximas da sociedade; segue-se daí que, se esse ato causa dano a outrem, aquêle fica obrigado a repará-lo".⁸⁵

Os redatores do Código, conforme testificam os mesmos autores, ocupavam-se do problema da responsabilidade sob o duplo aspecto da inexecução dos contratos e das obrigações estabelecidas sem convenção, isto é, delitos e quase-delitos. Em relação à segunda espécie, não houve discrepância, no estabelecer a necessidade da culpa para criar a responsabilidade do autor do dano. Aliás, não poderiam pensar de outro modo. Ao homem de procedimento irrepreensível jamais se poderia, nesse sistema, impor a reparação do dano que tivesse causado. Apoiando a asserção, os ilustres autores invocam TARRIBLE: "*le dommage, pour qu'il soit sujet à réparation, doit être l'effet d'une faute ou d'une imprudence de la part de quelqu'un; s'il ne peut être attribué à cette cause, il n'est plus que l'ouvrage du sort, dont chacun doit supporter les chances; mais s'il y a une faute ou imprudence, quelque légère que soit leur influence sur le dommage commis, il en est dû réparation*". Queria isso dizer que, se era necessária a culpa para estabelecer a responsabilidade, qualquer culpa era suficiente. Não era preciso que o autor do dano tivesse vontade de causar o dano (culpa delitual); bastava a imprudência ou negligência (culpa quase-delitual). A orientação se expressa no art. 1.382 do Código Civil: "*Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer*". Mas o ato a que se referiam os redatores do Código era o que, em confronto com aquêle dispositivo, estabelece contraste entre *fait* e ato intencional. Prova-o o art. 1.383: "*Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par son négli-*

⁸⁵ Ob. cit., n. 43, pág. 56.

gence ou par son imprudence.” Mas a redação traduzia mal a intenção, dizem MAZEAUD ET MAZEAUD; a idéia de que no art. 1.382 se contém princípio exorbitante da simples culpa intencional é autorizada pela redação, suficientemente clara, para prevalecer sôbre a vontade dos elaboradores do Código. Mas, então, consideram, a culpa não é, nos têrmos do art. 1.382, condição necessária da responsabilidade? Sem dúvida que sim. Jamais foi intenção dos redatores estabelecer responsabilidade sem culpa.⁸⁶

Ao pôr em relêvo o desacôrdo entre o direito positivo francês e sua teoria, G. MARTON frisa o desenvolvimento da legislação e jurisprudência francesas em contraste com a alemã.

O código francês consegue assegurar, com seus artigos breves, precisos, proteção muito mais completa que os prolixos e minuciosos dispositivos do código alemão, que ocupam o centro, entre os preceitos da doutrina tradicional e as exigências da vida econômica.

Em compensação, porém, é chocante a maneira por que a massa dos doutrinadores resiste, fiel às idéias hereditárias, contra aquêles dois elementos constitutivos do direito, não querendo aceitar senão a culpa como princípio natural e legítimo da responsabilidade civil. Sua ingênua convicção é de que a culpa, encarada nos artigos do Código Civil, é a mesma culpa subjetiva do direito justiniâneo. Essa interpretação errônea se deve ao uso ambíguo, mais ou menos inconsciente, dos dois sentidos da palavra *faute* (senso objetivo: infração à maneira de agir de um tipo-modêlo determinado; e senso subjetivo: censura moral imputável ao agente), e nesse equívoco incorre o próprio legislador. Acresce que essa interpretação se opera por um sistema artificial de presunções, as mais das vêzes de ficções de culpa. Assim, tem-se como estabelecida a culpa a cargo de pessoas ou grupo de pessoas a quem não se poderia formular a menor censura. No sentir de MARTON, essa maneira de ver, alheia ao espírito científico, baseada no duplo sentido de uma expressão, não se poderia explicar sem se recordar que ela se prende à tradição da antiga literatura ju-

⁸⁶ Ob. cit., n. 47, págs. 60 e segs.

rídica, sob a influência da escola do direito natural, mas forçada a satisfazer as necessidades urgentes da vida quotidiana.⁸⁷

Ao ter de incorporar o princípio à legislação, os franceses procederam de maneira curiosa: enunciaram o princípio sob a influência de seu magnífico senso prático, mas, em questões de pormenor, dispuseram precisamente o oposto ao princípio que professavam.

Essa construção é, ainda hoje, mantida por eminentes autores franceses, ao sustentar que a base única, e teoricamente a única admissível, da responsabilidade civil é a culpa, e que esta se estabelece com a menor infração a padrões abstratos de procedimento. De forma que a culpa se torna uma noção objetiva, que em nada se relaciona com a capacidade individual do agente.

Com rigorosa exatidão, pôde observar, a respeito, a aguda sensibilidade jurídica de GASTON MORIN, que, atualmente, com os artifícios de que se cercou, a culpa não é senão “uma mentira jurídica destinada a *camouflar* a realidade”.⁸⁸ MARTON, por seu lado, mostra como é falho o critério, cuja persistência atribue à omissão do elemento *ilicitude* no art. 1.382 do Código. Compelida a fazê-lo presente, de uma ou outra maneira, a teoria tinha fatalmente de alcançar uma concepção objetiva da culpa. Ora, êsse ponto de vista é profundamente censurável. Porque, se a ilicitude do ato é o elemento objetivo da responsabilidade, a culpa, encarada no sentido ético, é o seu elemento subjetivo. “O primeiro elemento mostra somente que o ato é *contrário ao direito* — independentemente da questão de saber se se pode ou não censurar o autor; o segundo elemento, ao contrário, se relaciona diretamente com êsse caráter censurável. O primeiro elemento não é senão simples verificação

⁸⁷ Ob. cit., n. 17, pág. 41.

⁸⁸ Ob. cit., pág. 117. Nada mais expressivo nesse sentido do que as palavras de SALEILLES: “*On qualifie d'imprudence ce qui est le fait ordinaire de tous ceux qui agissent : le malheur qui a fait qu'un accident est survenu devient une faute et un délit. En réalité, neuf fois sur dix, ceux qui parlent de faute, et les magistrats les premiers, savent que tout le monde en aurait fait autant. . .*” (*Accidents de travail*, pág. 74). Tradução fiel do Evangelho: “O justo peca cem vezes ao dia”.

do fato; o segundo, contrariamente, implica numa apreciação moral.”⁸⁹

No direito italiano, não obstante a pujante força criadora dos juristas da península, a culpa é encarada em moldes semelhantes.

18. O sistema alemão, assevera MARTON, foi o que mais fiel permaneceu ao direito justiniano. Na sua concepção, ninguém é responsável senão quando procede com culpa, que emerge sempre que se violam obrigações contratuais ou legais, seja de forma consciente (*dolo malo*) seja deixando de empregar o zelo com que teria agido um bom pai de família (culpa *in abstracto*) ou a diligência que teria empregado o agente nos seus próprios negócios (culpa *in concreto*). Passando a focalizar os vícios dessa doutrina, salienta a sua desharmonia, traduzida no fato de apresentar uma noção subjetiva e uma delimitação objetiva da culpa. Sistema estruturado em moldes subjetivos, efetiva-se, contraditoriamente, de maneira objetiva. “Do momento em que não se procura investigar a culpa íntima, que é a única verdadeira, não se pode mais encarar essa noção como elemento constitutivo da responsabilidade. Tal responsabilidade nada mais é senão responsabilidade objetiva dissimulada.”⁹⁰

Foi sob essa impressão que na doutrina alemã se inaugurou a tendência subjetiva, por analogia com o direito penal, reivindicando a aplicação individual da culpa. Ora, se o sistema da culpa objetiva já encontra dificuldades insuperáveis, a sua apreciação conduziria incontestavelmente à supressão da responsabilidade.⁹¹

Contraria também a aplicação do sistema alemão a dificuldade quanto à prova da culpa. Para remediá-la, tentou-se:

a) Inverter o *onus probandi*. À parte o fato de sua incongruência, êste recurso só aligeira o encargo do autor, que continua, principalmente se o dano não foi cometido em sua

⁸⁹ Ob. cit., n. 19, pág. 46.

⁹⁰ Ob. cit., n. 2, pág. 13.

⁹¹ Ob. e loc. cit.

presença, na impossibilidade de verificar as provas apresentadas pelo réu, no sentido de desobrigar-se.

b) Objetivar a noção da culpa. Seu efeito é fixar um padrão de procedimento, a ser exigido de todos, o que, certamente, sana as dificuldades que se oporiam à verificação das faculdades individuais em cada caso concreto. Em compensação, importa, nem mais nem menos, no descrédito do próprio sistema, e é, com efeito, a prova de sua insuficiência.⁹²

O sistema tradicional da culpa é incapaz, por outro lado, de resolver o problema da responsabilidade por fato de outrem. As soluções que nesse sentido se apresentam são insuficientes.⁹³ MARTON chega, enfim, à conclusão de que não pode ser reputada como princípio diretor uma regra sujeita a tantas exceções: "O sistema alemão não pode ser considerado como suficiente, nem teórica, nem jurìdicamente."⁹⁴

19. O nosso direito, em tese, adota o princípio da culpa como fundamento da responsabilidade.⁹⁵ Entretanto, não se filiou, decisivamente, nem a um nem a outro dos sistemas já apreciados. Aliás, o princípio influe nessa instabilidade, porque a sua insuficiência está, a cada passo, em qualquer dos sistemas, impondo temperamentos, exceções, derivações, que o inutilizam como regra fundamental.

ALVINO LIMA, no magnífico estudo que faz sôbre o assunto, apresenta, a respeito, a conclusão de que "o legislador brasileiro, consagrando a teoria da culpa, nem por isso deixou de abrir exceção 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."⁹⁶

Aceitando, em têrmos, a opinião, é conveniente ponderar que, naquilo em que não seguiu a orientação moderna, o nosso

⁹² Ob. cit., n. 5, pág. 14.

⁹³ Ob. cit., n. 6, pág. 19.

⁹⁴ Ob. cit., n. 16, pág. 38.

⁹⁵ ALVINO LIMA, *Da culpa ao risco*, pág. 176.

⁹⁶ *Da culpa ao risco*, pág. 215.

legislador ficou extremamente aquém das conquistas do direito da responsabilidade. Nele, predomina o critério da culpa, e nas suas exigências mais retrógradas, porque as presunções que se admitem não alcançam a extensão com que, na maioria das legislações modernas, se procurou facilitar, aliás pouco cientificamente, em proveito do prejudicado, a caracterização da culpa.

20. Em resumo, e com relação ao problema da culpa em geral, fica positivada a necessidade de uma revisão no conceito da responsabilidade. A campanha inaugurada por SALEILLES corresponde a êsse imperativo, no propósito de estabelecer uma teoria da responsabilidade que se pudesse classificar de científica e também de sincera, em contraposição à teoria da culpa, em que se aferrenham, por mero misoneísmo, homens do mais alevantado valor das letras jurídicas. Damos nosso apoio às conclusões de ALVINO LIMA: "Foram os próprios defensores da teoria subjetiva que, verificando a impossibilidade de resolver o problema da responsabilidade e o da reparação dos danos nos acanhados limites da culpa subjetiva, exigindo a impossibilidade moral, materializaram a noção da culpa."⁹⁷

MARTON, na percuciente crítica formulada à teoria da culpa, põe de manifesto que "a doutrina subjetiva da culpa, originária de Bizâncio, aparecendo sob a capa de um aspecto falseado da culpa moral, como consequência das dificuldades inerentes à sua realização, não conseguiu corresponder à idéia de uma responsabilidade sã e vigorosa, mas, bem ao contrário, conduz, pelos seus efeitos, a inconvenientes desmoralizadores."⁹⁸

O reputado professor de Budapest, investigando a causa que teria levado a ciência jurídica ao acolhimento de construção teórica tão defeituosa, como é o princípio da culpa subjetiva, chegou à conclusão de que o fenômeno tem uma explicação histórica, contida no fato de que a ciência do direito se

⁹⁷ Ob. cit., pág. 217.

⁹⁸ Ob. cit., n. 58, pág. 151.

inspira no direito romano, onde a responsabilidade extra-contratual nunca foi um problema. A imposição do ressarcimento sempre teve caráter penal: delito e reparação se identificavam de tal modo que a ação aquiliana era a única via judiciária por que se podiam estabelecer as obrigações de um e outro caráter. O grande êrro e a grave omissão da teoria moderna do direito civil consistem precisamente em que, embora assistindo à obra de distinção entre o delito e a reparação, libertando esta idéia das restrições objetivas da lei Aquília — obra realizada pelas codificações européias e, em primeiro lugar, pelo Código francês — pensava poder manter êsse ponto de vista ingênuo e antiquado, segundo o qual o fundamento da reparação não se poderia encontrar senão no delito, e que, portanto, sempre que se deparasse uma responsabilidade sem delito, conviria de qualquer forma imaginá-lo.” E prossegue: “*La culpabilité, voilà la seule raison imaginable de toute responsabilité qui doit être présente partout, dans chaque hypothèse, même dans celle où la juridiction criminelle, les cas échéant, n'a pas punis l'acte.*”⁹⁹

Realmente, assim foi. E a tal ponto que a significação de *responsabilidade* foi inteiramente assimilada pela de *culpabilidade*. Daí os artifícios, a que a própria teoria do risco não escapa, tendentes a satisfazer o requisito de rigor. Daí, talvez, a necessidade de estabelecer que o instituto chamado de *responsabilidade civil*, na realidade, pelo menos diante do valor que se atribue a essas noções, não é senão a reparação do dano: “O problema da reparação dos danos sofridos por uma pessoa”, diz MORIN, “deve ser proposto desta maneira: quem deve reparar os danos? E não assim: quem é responsável?”¹⁰⁰

21. A teoria da responsabilidade objetiva, ou doutrina do risco, tem, pelo menos, o mérito de se inteirar daquele equi-

⁹⁹ Ob. e loc. citis.

¹⁰⁰ *La loi et le contrat, la décadence de leur souveraineté*, Paris, 1927, pág. 120. Ao ilustre PEREIRA BRAGA o fenômeno sugere uma conclusão da mais singela precisão: a expressão *responsabilidade civil* nada mais quer representar senão uma antinomia com a *responsabilidade criminal* (in *Rev. de Crit. Jud.*, vol. 7, págs. 292 e segs.).

voco e, se é passível de crítica, esta por certo não reside no fato de contradição. Corresponde, em termos científicos, à necessidade de resolver casos de danos que pelo menos com acerto técnico não seriam reparados pelo critério clássico da culpa. É visível, a êste respeito, o erro das soluções encontradas pelos partidários da doutrina tradicional, e notória a artificialidade de suas construções.

“Dentro do critério da responsabilidade fundada na culpa” — pondera com justeza ALVINO LIMA — “não era possível resolver um sem-número de casos que a civilização moderna criava ou agravava; imprescindível se tornava, 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 ângulo até então não encarado devidamente, isto é, sob o ponto de vista exclusivo da reparação, e não interior, subjetivo, como na imposição da pena. Os problemas da responsabilidade são tão somente os da reparação de perdas. Os danos e a reparação não devem ser aferidos pela medida da culpabilidade, mas devem emergir do fato causador da lesão de um bem jurídico, afim de se manterem incólumes a interesses em jôgo, cujo desequilíbrio é manifesto, se ficarmos dentro dos estreitos limites de uma responsabilidade subjetiva.”¹⁰¹

Como era natural em teoria inovadora, a doutrina do risco se comprometeu no extremismo. O fenômeno não é raro. A resistência tem, muitas vezes, exatamente o efeito de conduzir a idéia nova para além dos limites que ela originariamente se traçara. Vejamos o que ocorreu em relação à teoria da responsabilidade objetiva.

22. Refere MARTON que os precursores da doutrina do risco foram alguns partidários da escola do direito natural no século XVIII, em particular THOMASIIUS e HEINECCIUS, que

¹⁰¹ Ob. cit., pág. 87. Não é outra a lição do Ministro OROZIMBO NONATO: “O problema da responsabilidade civil nunca pôde encontrar base segura na teoria da culpa” (Voto na Ap. n. 7.127, ac. do Supremo Tribunal Federal, de 18-8-42, no *Diário da Justiça* de 2-2-43).

sustentavam a opinião de que o autor de um dano deve ser responsabilizado independentemente da existência de culpa de sua parte. Fizeram-no para estabelecer a responsabilidade de pessoas privadas de discernimento e, pois, incapazes de culpa, princípio consagrado na codificação alemã, mas isolado e afinal desvanecido, praticamente sem deixar vestígio, na expansão universal tomada pelo direito romano na Alemanha, durante o século XIX. "Foi o legislador alemão que, embora mantendo a noção da culpa determinada pelo grau de diligência do *bonus paterfamilias*, não somente nas relações contratuais, mas também nos casos da chamada responsabilidade delitual, em lugar de procurar dissimular sob a capa da culpa, pelo emprêgo de presunções, a exemplo dos redatores do Código francês, os poucos casos em que, por exigência das necessidades da vida, se viram obrigadas a admitir a responsabilidade sem culpa, confessou-o francamente."¹⁰²

O autor alude ao § 16 do título 6 da 1.^a parte do Código prussiano, de 1794, onde se falava de *zufülhger Schaden* que obriga o autor a reparação, em dados casos, e ao § 72, *ibidem*, onde se estabelecia explicitamente que aquêle que guarda animais que, embora perigosos por seu caráter, não são utilizados, ordinariamente, na economia rural ou urbana, responde também "sem culpa especial de sua parte."

O mesmo sucedeu ao Código austríaco de 1811, em cujo § 1.310 se instituía a reparação por ato praticado sem culpa ou involuntariamente e a influência da fortuna de uma e outra parte na atribuição do ressarcimento.

Não deixa de ter certa ironia o fato de haver sido um criminalista, KARL BINDING, o primeiro a se ocupar com o exame científico das bases teóricas da responsabilidade civil, pondo em contraste a pena, sempre e necessariamente consequência de um delito, e a obrigação da reparação, originada em fatos diversos, que nem sempre constituem delitos. Sua construção era errônea. Mostra-o MARTON, frisando: a) que a ciência penal desautoriza, de há muito, o formalismo da noção do delito preconizada por BINDING e assentada exclusivamente no artifício da infração do dever de obediência do indivíduo

¹⁰² Ob. cit., n. 60, pág. 158.

para com o Estado; mais: que é ilógico opor a noção de delito, como lesão causada ao Estado, ao conceito de violação do direito privado, como lesão infligida ao indivíduo, visto ser evidente que, “a despeito da diferença de sanção aplicada pelo legislador, as lesões da segunda categoria ofendem igualmente a ordem jurídica estabelecida pelo Estado e são, também, lesões ao Estado”; b) a falta de exata avaliação do elemento causalidade. Para BINDING, o simples fato de haver causado o dano obrigaria à reparação; mas MARTON adverte que o papel que essa relação desempenha é simplesmente o de designar o indivíduo contra o qual se deve exercer a reação correspondente à infração da norma de direito, infração corporificada no dano. A imagem de que se serve MARTON, para facilitar a compreensão do exato papel da causalidade, é esta: “assim como, no caso da iluminação elétrica, a verdadeira causa do fenômeno é o dínamo produtor da corrente, e não o fio condutor, a que a lâmpada, para acender-se, deve estar ligada, assim também é o mandamento do legislador a verdadeira força geradora da corrente da responsabilidade; a causalidade é, aí, tão somente o fio condutor, que encaminha a sua aplicação aos casos concretos.”¹⁰³

E’ a verdade salientada por uma simples indagação ao aspecto prático do problema. Estabelecer a obrigação de reparar diante do simples laço de causalidade seria tornar a vida insuportável: “O comerciante melhor aparelhado prejudica a seus concorrentes; o cidadão que procura casa e que, por suas relações com o proprietário do imóvel, obtém o apartamento vago, prejudica ao pai de família vítima da crise de habitação; o aluno que obtém um prêmio lesa os colegas; o bispo que condena o mau livro prejudica o seu autor; o educador que proíbe o cigarro aos alunos prejudica o negociante do fumo...”¹⁰⁴

GIACOMO VENEZIAN, procurando libertar a responsabilidade civil do elemento psíquico, por influência do positivismo jurídico, concebeu a reparação como consequência lógica do ato ilícito (*torto*). A reparação está para êle exatamente como

¹⁰³ Ob. cit., n. 62, pág. 168.

¹⁰⁴ H. LALOU, *La responsabilité civile*, n. 2, pág. 2.

sua outra consequência, a pena: "O porquê do ressarcimento, a razão da responsabilidade encontra-se na própria concepção do ato ilícito. O ilícito deve ter uma sanção na própria ordem jurídica, ou cessa de ser tido como tal. O direito e o ilícito são uma realidade objetiva social. Não depende da vontade do sujeito, do indivíduo, a modificação da esfera jurídica dos outros indivíduos. Não é, pois, a vontade de alguém que se deve perquirir para determinar a sua responsabilidade. Não somente suas ações involuntárias, os movimentos conscientes ou inconscientes que provenham de sua disposição física, fisiológica e psíquica, mas todos os movimentos das coisas a que se estende sua atividade, e que se destinem a produzir vantagens para êle, podem impedir o legítimo desenvolvimento de uma outra atividade. Se, quando seja possível prevenir o fato perturbador, êle é obrigado a remover a causa da perturbação à atividade alheia, quando êsse fato ocorre, êle é obrigado a compensar o dano que daí deriva. A causa natural do ilícito deve coincidir com seu efeito jurídico e dêste modo se restabelece a ordem jurídica."¹⁰⁵

A tese de VENEZIAN era errônea, o que não importa em contestar o precioso subsídio que seu êrro genial prestou ao estudo da responsabilidade civil. Pensa MARTON que a prova mais imediata do êrro de VENEZIAN, como o de BINDING, está no zelo febril com que a literatura continuou a investigar os motivos da responsabilidade sem culpa. E o fato de se limitarem a êste campo as suas pesquisas se explica em face da concepção inveterada de que a responsabilidade fundada na culpa não precisa de explicações, considerando-se como responsabilidade normal, oposta à responsabilidade anormal, a objetiva.¹⁰⁶

23. As tentativas para sistematizar a doutrina da responsabilidade sem culpa na literatura germânica podem ser sistematicamente expostas como se segue:

a) *Princípio do interesse ativo*, fundado na máxima *cujus commodum, ejus periculum*, baseada no direito romano

¹⁰⁵ Apud MARTON, n. 63, pág. 170.

¹⁰⁶ Ob. cit., n. 64, pág. 171.

(PAULO, D. 50, 17, 10). Expoente notável dessa corrente é o austríaco VÍTOR MATAJÁ. Sustentava êle, já em 1888, que as perdas e danos provenientes dos acidentes inevitáveis na exploração de uma empresa devem ser incluídos nas despesas do negócio. Imputar as perdas às vítimas dos acidentes é, sem nenhuma dúvida, falsear o balanço da empresa.¹⁰⁷ É a idéia de ADOLFO MERKEL, UNGER e RODOLFO MERKEL, que a reduziu a esta proposição: *quem desenvolve em seu próprio interesse uma atividade qualquer, deve sofrer as consequências dela provenientes.*¹⁰⁸

b) *Princípio da prevenção.* Inspirado na dificuldade da prova da responsabilidade e na insuficiência das regras processuais estabelecidas no sentido de favorecê-la, consiste em não admitir a exoneração da pessoa a quem se atribue a responsabilidade, enquanto não prove que o fato, aparentemente imputável a si, é, na realidade, resultado de uma causa exterior e estranha à sua atividade, e impossível de ser por ela afastada. Concepção de GUSTAVE RÜMELIN, a sistematização dessa doutrina acentua que o legislador pode conseguir do homem resultados melhores do que os produzidos pela sua diligência ordinária, estimulando-o com a idéia da responsabilidade: "O ideal, aos olhos do legislador, não é o *diligens paterfamilias* nem o homem dotado de *diligentia* ainda mais elevada, de natureza escrupulosa e desconfiada, que se deixa intimidar por tôdas as apreensões possíveis, e que tende a obviar a todo perigo. Bem ao contrário, é o homem que, com olhar seguro, calcula as possibilidades de bom e mau êxito, as possibilidades de acidente e os gastos de sua prevenção, e adquire, pesando fria e exatamente os diversos fatores, a garantia de acêrto de sua decisão. Seria inútil prescrever essa atitude por medidas legislativas diretas, mas o legislador pode perfeitamente indicar a atitude justa e favorecê-la, de sorte que, não se contentando em prescrever a diligência típica, faça o homem responsável pelo resultado... Esta maneira de agir normal, eficaz, útil, não podendo, de fato, ser prescrita pelo legislador,

¹⁰⁷ *Das Recht des Schadenersatzes*, Viena, 1888.

¹⁰⁸ *Apud* MARTON, ob. cit., n. 65, pág. 175.

pode muito bem ser encarada — para dizer com GOETHE — como centro negro do alvo que se deve sempre visar, embora nem sempre se consiga atingí-lo.”¹⁰⁹ Constitue êste princípio o centro do próprio sistema de MARTON, que o aperfeiçoa e desenvolve.¹¹⁰

c) *Princípio da eqüidade* ou do *interêsse preponderante*. Segundo êle, o mecanismo da responsabilidade funcionaria conforme a situação das partes em causa. Se a pessoa que causa o dano é economicamente forte, alarga-se o campo em que se enquadra a responsabilidade, mormente se o lesado é pouco afortunado; na situação oposta, restringe-se e se exclue, até, a ação de indenização, desde que o autor do dano tenha agido sem malícia ou culpa grave. Escandalizado com a reação conservadora à idéia de utilizar a eqüidade na solução do problema da responsabilidade, MARTON mostra quanto é improcedente a impugnação, recordando, antes de mais nada, que, longe de serem hostís, direito e eqüidade são estreitamente ligados: *ars boni et aequi* é a definição que CELSO dava para o direito e que guarda ainda hoje esplêndida atualidade. E não é só: há mais de século e meio instituída nos Códigos (refere-se ao § 1.310 do Código austríaco de 1811), foi acolhida no Código suíço, reconhecido como uma das mais perfeitas obras legislativas dos nossos tempos, generalizando a admissão da eqüidade a todos os casos em que, não tendo havido falta intencional ou grande negligência por parte do autor do dano, o encargo da reparação lhe acarrete a miséria (art. 44, al. 2). Em revide, salienta o autor húngaro que a teoria da culpa recorre, ela própria, à eqüidade, para escapar ao inevitável embaraço de classificar a responsabilidade das pessoas incapazes, o que é tanto mais surpreendente por impor aos incapazes, precisamente aquêles que lógicamente não podem agir com culpa, a responsabilidade objetiva, ou seja, uma responsabilidade mais severa que a estabelecida para os homens normais: “Se parece equitativo condenar um alienado ou um menor rico à reparação, deve, ao menos *eo magis*, ser equitativo proceder de igual modo no caso do indivíduo rico, são de

¹⁰⁹ *Apud* MARTON, ob. cit., n. 66, pág. 181.

¹¹⁰ MARTON, ob. cit., n. 66, pág. 181.

espírito, que causa o dano involuntariamente, e sem que nenhuma culpa se lhe possa atribuir. Limitar êsse tratamento aos alienados é impor-lhes, de maneira injusta, um verdadeiro privilégio odioso.”¹¹¹ Não é outra a opinião de SALEILLES, que exclama: “Singular eqüidade essa, que agrava a responsabilidade material tão somente para os inconscientes!”¹¹²

Mas a eqüidade não pode, de si mesma, constituir-se em base da responsabilidade civil. Se a julgássemos suficiente, teríamos, conseqüentemente, estabelecido que o rico deveria, sempre e sempre, ressarcir o dano experimentado pelo pobre, conclusão que, por absurda, põe de manifesto a inadmissibilidade da regra. Posta no seu verdadeiro papel moderador, entretanto, a eqüidade não pode deixar de constituir princípio influente na reparação do dano. Atendendo a êle, e aperfeiçoando as fórmulas de RODOLFO MERKEL, é que MARTON defende o princípio do maior interêsse social, segundo o qual não se quer expressar que exista responsabilidade exclusivamente a título de eqüidade, mas, exatamente ao contrário, que a sua aplicação pode até não ocorrer.¹¹³

d) *Princípio da repartição do dano.* Tem seu germe na idéia de BENTHAN, que propôs a indenização do dano pelo seguro ou, caso contrário, a reparação a cargo do Estado. A êste sistema, que resulta no seguro do acidente, não importa a origem do dano. Daí o inconveniente de, talvez, prejudicar o princípio da prevenção, influenciando para que se relaxem a prudência e a diligência do segurado, sem garantia para o segurador, porque a ação oblíqua de que dispõe só se poderá exercer em face de culpa manifesta do autor. Considerando os receios nesse sentido manifestados por LUNDSTEDT, MARTON pondera que, se o segurado sabe que o segurador fará todo o possível para recuperar o que pagou a título de reparação, isso bastará, praticamente, para restabelecer a prevenção abalada.¹¹⁴

¹¹¹ Ob. cit., n. 67, pág. 186.

¹¹² *Étude sur la théorie générale de l'obligation, d'après le premier projet de Code Civil pour l'empire allemand*, 2.^a ed., Paris, 1925, nota ao art. 319.

¹¹³ Ob. cit., n. 67, pág. 192.

¹¹⁴ Ob. cit., n. 68 e nota 5, pág. 206.

e) *Princípio do caráter perigoso do ato*. Baseia-se na concepção de que o homem cria para o seu próximo um perigo particular. MARTON, que aproveita, reajustando-lhes o valor, todos os dados fornecidos pelos princípios anteriormente expostos, recusa lugar no seu sistema ao princípio do *caráter perigoso*. Nega-lhe qualquer valor atual, e não hesita em classificá-lo de falso.¹¹⁵ Com efeito, o caráter perigoso da empresa é, muitas vezes, mero pretêsto para agravar a responsabilidade, um simples expediente para iludir a necessidade de enfrentar, em outras bases, o importante problema.¹¹⁶ As locomotivas, primeiros engenhos a que se atribuiu aumento de perigo, ficaram surpreendentemente rehabilitadas dessa acusação pelas estatísticas de desastres mortais e lesões corporais nelas verificados, acusando, em relação aos caminhos de ferro, comparados com as diligências e carros de posta, uma proporção 3 a 10 vezes mais favorável.¹¹⁷

24. Aceite-se embora a primazia reclamada por MARTON para a doutrina germânica, o certo é que foram os franceses os divulgadores da teoria objetiva, devendo-se ao seu trabalho de sistematização o impulso tomado pela teoria. SALEILLES e JOSSERAND, nomes dos mais expressivos da ciência jurídica, foram os precursores da teoria do risco, nome com que se assentou na literatura francesa a ordem de idéias afins das defendidas pelos autores alemães.

Não se pode negar a inspiração do positivismo penal em alguns partidários da doutrina do risco. Mas é preciso, desde logo, estabelecer que essa influência não foi tão grande como parece aos MAZEAUD e a outros defensores da teoria da culpa,

¹¹⁵ Ob. cit., n. 69, págs. 195 e segs.

¹¹⁶ Esta verificação não importa, de forma nenhuma, em negar a esplêndida contribuição prestada pela concepção a soluções de casos emergentes, donde resultariam denegações de justiça a inúmeros prejudicados, por falta de um princípio científico a que se arrime o julgador, adstrito ao princípio da culpa. Não hesitamos, sempre guardando fidelidade ao nosso ponto de vista, em tolerar soluções que, tècnicamente defeituosas, atendam ao supremo imperativo que comanda qualquer sistema de responsabilidade civil.

¹¹⁷ MATAJA, ob. cit., n. 3, pág. 58; cfr. MARTON, ob. cit., n. 69, nota 14, pág. 204.

empenhados em atribuir à corrente objetivista¹¹⁸ uma tendência materialista, que repugna, de imediato, ao espírito jurídico. De que não é decisiva nem essencial aquela influência, temos prova no fato de ser precisamente à equidade, ao sentimento de solidariedade social, à revolta em face da desigualdade de fortuna, influenciando nos direitos reclamados pelas partes, as principais invocações com que se procura justificar a chamada teoria do risco. E, coisa curiosa, são precisamente os adeptos da doutrina tradicional, fervorosos defensores da dignidade da pessoa humana, supostamente sacrificada na teoria do risco, que chegam a escarnecer da equidade e da solidariedade social, classificadas como formas de mera caridade.

De igual modo, chega-se a negar à teoria objetiva a preocupação moral que, no entender de certos autores, só entra na construção da doutrina da culpa. Nada menos exato, como se pode ver dos próprios enunciados dos diferentes sistemas filiados ao critério objetivo. Aliás, ao crítico de má vontade, a culpa objetiva aparecerá também como doutrina de rude crueza, quando, por exemplo, considera culpado quem age mal por força de suas limitações de inteligência ou dos sentidos. Que se pode censurar, por exemplo, ao homem que, por uma fatalidade da natureza, não é tão destro, tão prudente, de raciocínio tão pronto, de vista ou ouvidos tão bons como o *average man*?

RAYMOND SALEILLES e LOUIS JOSSERAND aparecem simultaneamente como defensores da teoria objetiva. Sua vigorosa personalidade é tão influente que faz esquecer o fato de, ao tempo em que surgem os seus trabalhos, estar já desenvolvida em outros países a doutrina que apresentam e prestigiam.

25. A doutrina de SALEILLES é mais radical do que o sistema proposto por JOSSERAND. Enquanto êste se limita a aplicar a teoria objetiva ao fato de coisas inanimadas, aquêle prêga, sem rodeios, a necessidade de substituir a culpa pela causalidade, mediante a interpretação objetiva da palavra *faute* no art. 1.382 do Código francês, que, no seu entender, aí não se refere senão ao próprio fato causador do dano, sem indagação ao elemento psicológico no agente.

¹¹⁸ A denominação *doutrina objetiva* contém muito de arbitrário.

Classifica de falsa e até humilhante a idéia de culpa, e considera que é mais equitativo e mais conforme à dignidade humana que cada qual assuma os riscos de sua atividade voluntária e livre. Esta é a idéia central do seu livro *Les accidents de travail et la responsabilité civile*, onde generaliza o sistema que já propugnava para os acidentes de trabalho, no seu *Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le project du Code allemand*.

A idéia da causalidade não era nova. Mas SALEILLES não se apoiou em nenhum dos autores que o precederam (BINDING, VENEZIAN), e, segundo informa autorizadamente MARTON, na escrupulosa análise que nos proporciona a respeito das teorias da responsabilidade civil, nem sequer os teria conhecido.

Mais tarde, SALEILLES refunde o seu sistema, publicando, na *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, t. X, 1911, págs. 23 e seguintes, um trabalho sobre *La responsabilité du fait des choses devant la Cour Supérieure du Canada*. Começa recordando que o Código Civil da província de Quebec se inspira no Código francês, principalmente na matéria de atos ilícitos, e demonstra que os arts. 1.053 e 1.054 do primeiro reproduzem, com ligeiras diferenças, os arts. 1.382, 1.383 e 1.384 do segundo. Mas, precisamente nessa diferença, é estabelecido que o fundamento da responsabilidade quase-delitual é a culpa subjetiva do agente. De modo que SALEILLES confessa não ser possível, diante do texto, considerar como simples causalidade a relação entre o dano e o ato do agente, como havia raciocinado em face do Código francês.

O risco profissional já estava, em 1910, admitido na legislação canadense, a exemplo do que fizera na França a lei de 9 de abril de 1898. Mas ficavam fora de sua aplicação muitos acidentes ocorridos durante o trabalho profissional ou causados a terceiros por máquinas ou instrumentos industriais.

Estabelece, assim, o ponto interessante a discutir: o sistema adotado pela jurisprudência canadense sobre a questão capital da responsabilidade pelo fato de coisas.

A princípio, e como os tribunais franceses, os juízes canadenses admitiram a solução subjetiva. Começaram, depois,

a inverter o onus da prova. Não era, ainda, uma presunção legal e muito menos presunção insusceptível de prova em contrário. É em 1909 que a jurisprudência canadense se declara francamente pela presunção legal, na responsabilidade pelo fato de coisa. A causa em que se deu a adoção daquele princípio vem miüdamente relatada no trabalho de SALEILLES. Em resumo: tratava-se de um empregado de uma fábrica, onde era encarregado de cuidar de determinado forno, que explodira, causando-lhe cegueira. A decisão de primeira instância entendeu que o forno causador do dano estava sob a guarda da companhia e que, portanto, era esta responsável. O tribunal de revisão discordou. Encarregado da guarda da coisa era a vítima, que estava obrigada a dar prova de culpa da Companhia e não havia feito. Por sua vez, o Tribunal de Apelação, quanto ao fato, decidiu que havia culpa da Companhia e que, de direito, não havia necessidade de prová-la, porque se presume, uma vez demonstrado que o forno estava sob sua guarda.

O *Chief Justice*, Sir CHARLES FITZPATRICK, na Côrte Suprema, declarou que, em sua opinião, o forno estava sob a guarda do empregador, que o utilizava em seu proveito e que obtinha lucro do risco que havia criado. Aquêlê que percebe as utilidades no uso de máquina susceptível de causar dano a terceiros, está obrigado a reparar o prejuízo que esta máquina cause. *Ubi emolumentum, ibi onus*.

Prosseguindo, sustentava que, ao art. 1.053 do Código Canadense, para que apela os que fazem da culpa a base da responsabilidade, opunha o art. 1.054, § 1.º, *in fine*, a seu juízo o único aplicável, e segundo o qual cada um é responsável pelas coisas que tem sob sua guarda.

Mostra que é impossível conceber a culpa nas coisas inanimadas e que, assim, tal como empregada no art. 1.054, § 1.º, não pode significar exclusivamente um ato ilícito, mas expressa uma verdade jurídica encontrada em tôdas as legislações: "nada do que pertence a alguém pode impunemente causar dano a outrem." Assim, a parte que tem sob sua guarda a coisa pode não ter conhecimento do defeito de construção, nem o meio de utilizar-se dêle. Não importa: é sempre responsável pelos danos por ela causados.

Salienta que não há razão para distinguir: se se presume a culpa do proprietário do animal (art. 1.055 do Cód. Canadense) por que classe de privilégio se isenta o proprietário da coisa inanimada? Por que não aplicar ao caso a mesma presunção que existe para o daquele que tem sob sua guarda um menor, um demente, etc.?

É categórico: "Não se trata de culpa. O fato da tutela ou da vigilância é o único motivo que estabelece a responsabilidade..." Aliás, frisa, a responsabilidade sem culpa não é desconhecida do Código Civil de Quebec, cujo art. 1.487 estabelece a responsabilidade de vendedor da coisa que lhe não pertence, perante o comprador, sem aludir a qualquer espécie de culpa.

SALEILLES, transcrevendo textualmente a fundamentação articulada pelo *Chief Justice*, dela deduz uma série de observações: a) o valor que se pode atribuir à influência do direito francês no desenvolvimento do direito canadense se resume em ressaltar a importância que a Córte Canadense atribue à evolução daquela doutrina, considerando-a boa em si, e adotando-a em plena independência; b) o juiz canadense admite que a interpretação dos textos, em lugar de se fazer conforme à vontade literal do legislador — supondo que realmente se conheça — deve ter em conta o conjunto dos princípios jurídicos adotados na legislação do país, com os quais aquêles textos se devem harmonizar; c) em matéria de responsabilidade indireta, a presunção cede ante prova em contrário, se se trata apenas de guarda ou vigilância.

No caso de empresa, de utilização de serviços, de exploração do trabalho alheio, a presunção legal de responsabilidade é absoluta e consagra um verdadeiro fato criador de risco (*fait de risque*). O mesmo sucede em relação às coisas cujo funcionamento pode causar dano a outrem. Isso reduz a dois os casos de isenção de responsabilidade, tanto no Canadá como em França: força maior e culpa exclusivamente da vítima.

SALEILLES contesta uma das mais freqüentes acusações ao sistema: "Jamais disse, com efeito, que já não há responsa-

bilidade subjetiva. Conservo todo o domínio do delito civil, compreendendo sob êste lema não só a culpa intencional — ou, melhor, para ser exato, o dano consciente, o fato de haver sabido e previsto — mas, também, a culpa de negligência grave. E não formulei esta consequência: que em todos êsses casos haverá reparação integral. Pelo contrário, declarei que em todos os casos de culpa leve — para os nove décimos de nossos quase-delitos — era presunção artificial e verdadeira denegação de justiça falar de culpa moral, tôda vez que fôsse necessário prever tudo e jamais ir adiante, uma vez que, do momento em que é possível prever riscos, nenhuma pessoa no mundo se atreveria a agir, a tomar iniciativas.”

É em tom apaixonado que desarticula o critério tradicional da culpa aplicado aos resultados inevitáveis da atividade humana. Riscos da liberdade, teem, na realidade, tão pouco de culpa, que a jurisprudência, para fazer reparar os danos que causam, evita verificar se o seu autor tinha inteligência bastante desenvolvida ou conhecimentos suficientes ou a qualidade moral de evitar o prejuízo ou de abster-se do ato de que resultou dano.

E mais: quando ocorre culpa e responsabilidade moral, é de justiça reconhecer as circunstâncias atenuantes. Quem já o propôs, acaso, para o delito civil?

SALEILLES analisa a objeção de PLANIOL, quanto ao suposto efeito desastroso da teoria objetiva sôbre as iniciativas e esclarece seu pensamento. O que pretende é que, sempre que haja duas atividades em jôgo, as duas se exponham aos riscos. A questão, pois, é de imputação de riscos, e deve resolver-se segundo a natureza objetiva do fato e não pelos elementos subjetivos. “Há fatos criadores de riscos, fatos que objetivamente e por si mesmos se afastam da *normal*, como diriam os matemáticos, e que, portanto, implicam aceitação dos riscos.”

Ora, por aí se evidencia que a concepção de PLANIOL não é diferente da sua, ambos sustentando os mesmos resultados, mas desavindo, pelo menos na impressão comum, em mera questão de palavras.

Num ponto, entretanto, confessa seu desacôrdo com PLANIOL. É quando êste, não querendo admitir responsabilidade fora da culpa senão por violação de obrigação legal, sustenta que tôdas as iniciativas atrevidas e tôdas as utilizações de meios perigosos se chocam com a lei.

Recorda o caso das fagulhas das locomotivas. As estradas de ferro, por mais que se esforcem, não podem impedir que elas, às vêzes, causem dano aos proprietários marginais. A estrada, na opinião de SALEILLES, não incide em culpa. Deve, não obstante, indenizar. PLANIOL entende, igualmente, que a reparação é devida. Mas funda essa obrigação na violação da obrigação legal decorrente do próprio fato de servir-se de aparelho mecânico. Com isso é que não está de acôrdo SALEILLES, que não pode aceitar, como fato infrator de obrigação legal, movimentar locomotivas ou automóveis. Isso recorda certo julgado dos tribunais alemães: querendo, a todo o custo, manter o princípio da culpa subjetiva, em matéria de responsabilidade das estradas de ferro, teve de declarar que o simples fato de empregar tração a vapor constituía culpa...

E aquí está uma síntese do pensamento de SALEILLES: "A lei deixa a cada um a liberdade de seus atos; ela não proíbe senão aquêles que se conhecem como causa direta do dano. Não poderia proibir aquêles que apenas trazem em si a virtualidade de atos danosos, uma vez que se possa crer fundamentalmente que tais perigos possam ser evitados, à base de prudência e habilidade. Mas, se a lei os permite, impõe àqueles que tomam o risco a seu cargo a obrigação de pagar os gastos respectivos, sejam ou não resultados de culpa. Entre êles e as vítimas não há equiparação. Ocorrido o dano, é preciso que alguém o suporte. Não há culpa positiva de nenhum dêles. Qual seria, então, o critério de imputação do risco? A prática exige que aquêles que obtêm proveito de iniciativa lhes suporte os encargos, pelo menos a título de sua causa material, uma vez que essa iniciativa constitue um fato que, em si e por si, encerra perigos potenciais contra os quais os terceiros não dispõem de defesa eficaz. É um balanceamento a fazer. A justiça quer que se faça inclinar o prato da responsabilidade para o lado do iniciador do risco."

26. As idéias de JOSSERAND, expressas em vários trabalhos,¹¹⁹ estão condensadas, com metódica precisão, na sua conhecida conferência, publicada em *Evolutions et Actualités*.¹²⁰

Começa por assinalar que a palavra evolução não condiz com o movimento que vai analisar; a revolução é que deveria, com mais propriedade, aludir, tratando de assunto em que tão vertiginosamente se transformam os dados estabelecidos. Essa mutação acelerada, em face de que “a verdade de hoje, que deve, por sua vez, ceder o passo à verdade de amanhã”, se deve ao caráter cada vez mais perigoso da vida contemporânea: o século do automóvel, do avião, da mecanização universal não pode, logicamente, ser uma era de segurança material. A falta desta acarreta uma geral aspiração de segurança jurídica. Se não estamos a coberto dos riscos, tenhamos pelo menos a certeza de que não sofreremos impunemente as conseqüências da atividade alheia. À fórmula *viver perigosamente*, replicamos com esta outra, que é a sua sanção: *responder pelos nossos atos*.

Primeira causa do progresso da responsabilidade civil, constituindo o a que os filósofos chamam *razão suficiente*, é a um tempo de ordem social e de ordem científica e mecânica. À seu lado, ou melhor, acima dela, está, porém, uma razão de ordem individual e moral, expressão do aperfeiçoamento de nossas consciências. Não se pretende, por aí, negar que só agora se preocupem os juristas com a injustiça e a desgraça imerecida. “*Qui casse les verres les paye*”, diz antigo provérbio francês, que é o próprio princípio do direito e da sabedoria. E os romanos tinham já emitido êste generoso preceito assegurador do equilíbrio social: *neminem laedere*. Isso, todavia, não influíu a ponto de impedir que os nossos antepassados considerassem com resignação, e até com bom humor, a asserção de MONTAIGNE: “o prejuízo de um é proveito de outro.” Por outro lado, em face do acidente de causa desconhecida, dispunha-se de cômoda evasiva, o *damnum fatale*, o *act of God*.

Não é o que sucede em nossos tempos: “Temos sêde de

¹¹⁹ *De la responsabilité du fait des choses inanimées*, Paris, 1897; *Cours de droit positif français*, Paris, 1930.

¹²⁰ *Evolutions et Actualités*, SIREY, Paris, 1936; *Rev. Forense* vol. 86, pág. 548, tradução de RAUL LIMA.

justiça, isto é, de equilíbrio jurídico, e, quando acontece um desastre, procuramos logo o responsável; queremos que haja um responsável; já não aceitamos dõcilmente os golpes do destino e, sim, pretendemos determinar a incidência definitiva. Ou, se quiserem, o acidente já não nos aparece como coisa do destino, mas como ato, direto ou indireto, do homem. Se a palavra não fõsse um pouco forte, diria com gõsto, que secularizámos a responsabilidade, que a fizemos um caso de do tõda sorte de dificuldades. A doutrina tradicional assennidade social, na conformidade do equilíbrio dos interõsses e dos direitos e para satisfaçõ da nossa consciõncia jurõdica..."

Tudo isso se processa em menos de meio sãculo, e vencendo tõda sorte de dificuldades. A doutrina tradicional assentava na velha idãia da culpa, dogma milenãrio, herdado do direito romano e resistente a tõdas as transformações polõticas, sociais e econõmicas. A võtima de um dano, no domõnio dessa teoria, encarava onus probatõrio extremamente pesado, arrostava um *handicap* desanimador: "Como poderia o operãrio que se feriu durante o trabalho demonstrar a culpa do patrõo?" Como poderia o pedestre colhido por um automõvel, em lugar solitãrio, à noite, provar, na ausãncia de testemunhas — supondo-se que tenha sobrevivido ao acidente — que o carro estava de luzes apagadas e corria com excesso de velocidade? Como poderia o viajante que, durante o trajeto efetuado em estradas de ferro, caõu no leito da linha, provar que os empregados da estrada foram negligentes no fechamento da porta do carro, à partida da õltima estaçõo? Impor à võtima ou a seus herdeiros demonstrações dãsse gãnero é o mesmo que lhes recusar qualquer indenizaçõo: um direito sõ é efetivo quando sua prãtica estã assegurada; não ter direito e tã-lo sem o poder exercer são uma coisa sõ. A teoria tradicional de responsabilidade repousava manifestamente em bases muito estreitas: cada vez mais se mostrava insuficiente e premissa..."

Diversos processos tãcnicos se ensaiaram, sucessivamente, no sentido de assegurar a praticabilidade da responsabilidade civil: a) facilidade na admissão da culpa; b) estabelecimento ou reconhecimento de presunções de culpa; c) substituiçõo da noçõo de culpa pelo conceito de risco, ou seja, trans-

formação da responsabilidade subjetiva em responsabilidade objetiva; d) eliminação da responsabilidade delitual, por maior extensão da responsabilidade contratual, favorecendo a situação da vítima em relação à prova.

JOSSERAND desdobra, a seguir, essas diferentes soluções. Estava na tradição da lei Aquília, onde bastava a culpa levíssima para gerar responsabilidade, a facilitação da prova. A jurisprudência francesa e a belga não só a mantiveram, mas até a desenvolveram, como testemunham as teorias do *abuso de direito* e da *culpa negativa*.

A teoria do abuso de direito era já antiga, mas foi restabelecida e rejuvenescida pela jurisprudência, que lhe imprimiu surto novo e mais importante. Consiste, essencialmente, no princípio de que o exercício de um direito não é, de nenhum modo, incompatível com a noção de culpa. A velha máxima *neminem laedit qui jure suo utitur* exprime um paralogismo, na aparente feição de uma tirada de bom senso. Os direitos não nos são concedidos para que façamos uso deles discricionariamente, para prejudicar a outrem. Quando tal acontece, estão sendo desviados do seu fim, e isso é abuso de direito: “os direitos não nos são concedidos com a garantia dos governos, mas sem garantia alguma; é a nós que compete usá-los de maneira justa, social, legítima; são armas cujo manejo é delicado; devemos seguir a regra do jôgo; do contrário, incidiremos em culpa e seremos responsáveis pelos danos porventura causados.”

A teoria do abuso de direito é, numa palavra, condensação de outro princípio romano, erguido em contraposição ao *neminem laedit qui jure suo utitur* e que vem a ser o *summum jus, summa injuria*.

Está consagrada nos códigos como amplo terreno conquistado à idéia da culpa, que não recua mais diante da existência de um direito, mas investe contra o seu exercício, quando degenera em abuso: a culpa no exercício do direito fez-se noção prática e corrente.

De caráter nitidamente diverso é a teoria da culpa negativa, que vem a ser a abstenção ou inércia contrária a dever preestabelecido. Aplica-se extensivamente e seu espírito exige do proprietário da coisa susceptível de causar dano a adoção

de todos os aperfeiçoamentos sugeridos pela ciência, de forma a restringir, sempre e sempre, as possibilidades dêesses danos.

Se não atende a essa obrigação, se não se põe *em dia*, a sua responsabilidade emerge da omissão. Exemplos: a estrada de ferro que não coloca nas chaminés de suas locomotivas o dispositivo capaz de reter as fagulhas, para impedir o incêndio das propriedades marginais; o proprietário do prédio que conserva o elevador de tipo antiquado, defeituoso e perigoso, quando deveria substituí-lo pelo tipo mais moderno e mais seguro; o dono de vitrola ou aparelho de rádio que impossibilita a recepção das emissões radiofônicas pelos vizinhos... E, em suma, o regime da multiplicação de faltas. Os tribunais, não querendo retardar-se em relação à ciência, tornam-se complacentes no reconhecimento da culpa. Esse regime, eminentemente favorável à vítima, não seria possível em face do critério tradicional.

No sistema das presunções legais, a jurisprudência alivia a vítima do oneroso encargo da prova e, às vezes, até o suprime. À dura exigência da culpa provada e efetiva, substitue-se a culpa presumida e problemática: os pais, os professores, os patrões, aquêle a quem cabe a guarda presumem-se culpados, uma vez ocorrido o fato danoso. A presunção, aí, é absoluta. Importa dizer: não se admite que alguma dessas pessoas ofereça prova de que não praticou ato culposo. Êste, em face daquela presunção, é irremissivelmente dado como provado. Em contrário, só é possível prova de fôrça maior ou de culpa da vítima. De forma que a vítima só tem de demonstrar que o dano foi causado pela pessoa ou coisa sob a guarda do réu. A êste compete provar — e só se escusa por esta via — a culpa da vítima ou a fôrça maior.

Desloca-se, dêste modo, o onus da prova, retirado dos ombros do autor e lançado sôbre os do réu, proprietário, guardião, patrão, pai, professor, etc.

Na interpretação dos textos consagradores de tais presunções, agem os tribunais com amplo liberalismo.

O empregador, por exemplo, é responsável pelos atos do preposto, ainda quando se excede no exercício de suas funções, bastando a circunstância de ter praticado o ato danoso

por ocasião do trabalho. O guardião da coisa responde de pleno direito pelos danos d'ele advindos. Não se distingue: um armário, um carro de mão, um automóvel, uma locomotiva ou uma batedora mecânica, a bala de um fuzil ou a bola de tennis, até mesmo as fôlhas das árvores que delas se desprendem e vão obstruir os condutos d'água da casa vizinha, envolvem a responsabilidade do proprietário.

As presunções do homem acodem, por sua vez, para estabelecer, sem maior esforço para a vítima, a responsabilidade do réu: "há fatos que trazem em si mesmos a prova de sua origem, que são como que assinados; por sua própria natureza, excluem a culpa, intervenção ou negligência da vítima. É bastante citar, a título de exemplo, os descarrilamentos e as colisões de trens. O viajante, vítima de uma catástrofe d'esse gênero, não desempenhou senão um papel passivo; seria irrisório exigir-lhe, ou de seus herdeiros, provas da culpa da estrada; o fato danoso é *fato culposo*; o transportador é presumido em culpa, sendo-lhe ressalvado provar o caso de força maior; o onus da prova lhe incumbe integralmente."

Por essa forma, restringe-se cada vez mais o domínio da responsabilidade sem culpa e se torna ponderável até mesmo um *fantasma de culpa*.

Diante disso, indaga JOSSERAND se não convém ir mais longe, abandonando essa noção de culpa, tão desacreditada, para admitir que somos responsáveis, não somente pelos atos culposos, mas pelos nossos atos, pura e simplesmente, desde que tenham causado um dano injusto, anormal. O *faiseur d'actes* deve responder pelas conseqüências de suas iniciativas. Por essa concepção nova, abstrai-se da idéia de culpa: aquêle que cria o risco responde, se êle se vem a verificar, pelas conseqüências lesivas a terceiros. Não comete falta quem, com licença da administração, monta um estabelecimento incômodo, insalubre, perigoso, ruído ou pestilencial. Mas é obrigado a indenizar os vizinhos prejudicados pelo seu funcionamento. A estrada de ferro, serviço de utilidade pública, que funciona mediante concessão, não pode estar em culpa, certamente, quando faz trafegar seus trens. Mas se as fagulhas da locomotiva incendiam as plantações, se a fumaça prejudica, por exemplo, a lavanderia instalada, precedentemente, à margem

da linha férrea, teem as vítimas dos prejuízos direito à reparação e a estrada o dever de satisfazê-la.

JOSSERAND se reporta a SALEILLES, cuja "visão profética encontrou numerosas consagrações parciais de ordem legislativa": a lei de acidente no trabalho; a que estabelece a indenização a terceiros prejudicados com a explosão, deflagração, emanação de substâncias explosivas, corrosivas, tóxicas, nos estabelecimentos do Estado ou privados que trabalhem para a defesa nacional, em tempo de paz; a que trata dos danos resultantes dos delitos praticados por força armada, por violência ou por tropa ou ajuntamentos; a da responsabilidade das emprêsas de navegação aérea.

Tôdas essas leis realizam verdadeira revolução. Afastam-se da idéia de culpa. Em seu lugar se impõe o princípio do risco: "a força da iniciativa, a ação consideram-se em si mesmas geradores da responsabilidade."

Finalmente, JOSSERAND estuda o último processo de reação da jurisprudência contra o sistema tradicional da responsabilidade: a substituição da responsabilidade delitual pela responsabilidade contratual. Particularmente engenhoso, êsse sistema tira partido da privilegiada situação do credor que exige o cumprimento de uma obrigação. Não lhe cabe demonstrar a culpa do devedor, mas somente a invocação do contrato. Assim, em matéria de transportes: o transportador é considerado como tendo assumido a obrigação de conduzir o passageiro em segurança. Se não o faz, está, *ipso facto*, violando o contrato: "é a assimilação jurídica do viajante a um fardo de mercadoria, o que pode não ser muito lisonjeiro para o seu amor próprio, mas que o beneficia em caso de acidente." Aliás, êsse critério está consagrado em diversas legislações.

Não só nos transportes, porém, se recorre a essa técnica. Aos empresários de diversões públicas e de campo de esporte, aos hoteleiros se aplica a exigência de garantia absoluta aos espectadores ou hóspedes.

Afirmando o progresso da responsabilidade contratual, conclue JOSSERAND, talvez com alguma inquietação, que "é lícito perguntar se, um dia, os tribunais não declararão o médico ou o cirurgião responsáveis *contratualmente*, pelos danos

causados aos seus clientes, por um tratamento contraindicado, por uma intervenção intempestiva ou infeliz..." Mas a sua expansão é também a da responsabilidade em geral, porque orientada no sentido de facilitar a reparação devida à vítima do dano.

27. Em essência, as diversas soluções propostas se filiam aos dois sistemas-troncos: o de SALEILLES-JOSSERAND, ou do risco-proveito, e o de RIPERT, esboçado na sua tese "*De l'exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines*" e mais tarde ampliado à responsabilidade em geral: "O ato realizado nos limites legais estabelece, não obstante, a responsabilidade de seu autor, que, tirando proveito do seu direito, lhe deve suportar os riscos. Mas o titular do direito não se pode considerar como autor responsável do ato senão quando age em contrário às condições normais de seu tempo e de seu meio... "A irresponsabilidade é criada, não pelo exercício do direito, mas pelo fato de agir o autor de acôrdo com as condições normais de sua época e de seu meio... ¹²¹ É a teoria do ato normal, de efêmero prestígio, até para o seu autor, que desertou o campo da teoria do risco, para regressar à doutrina tradicional, onde se encouraçou do mais decidido espírito reacionário, para enfrentar o assunto. ¹²²

Não se limitam, porém, a SALEILLES e JOSSERAND os autores objetivistas. Sem falar nos autores alemães e italianos, será omissa e defeituosa uma análise que relegue a imerecido esquecimento as idéias de GAUDEMET, VENIAMIN, TEISSEIRE, SAVATIER, BETTREMIEUX, DEMOGUE, GENY, LECLERQ e EMMANUEL LEVY. É possível dizer que suas construções não constituem ponto de partida, e que, a êsse título, só podemos considerar a obra dos dois grandes precursores franceses da doutrina do risco. Isso não retira o valor da contribuição que trouxeram, de modo a deixar aumentado o subsídio à disposição de quem precisa estudar a matéria.

¹²¹ Aix, 1902.

¹²² Ver, especialmente: *La règle morale dans les obligations civiles*, 3.^a ed., n. 123.

A concepção de GAUDEMET admite o risco criado pela atividade anormal e previne a objeção de que isso, afinal, é a própria culpa, advertindo que o ato socialmente anormal dela se distingue em que, se se considera proibido, não é porque contenha ilicitude, como sucede na culpa, situação criada pelo ato ilícito, mas porque assim se revela em face dos usos e costumes. Mais: o ato socialmente anormal independe de qualquer elemento subjetivo, ao passo que a noção de culpa não o pode dispensar.¹²³

Para VENIAMIN, prepondera o fator econômico. O risco deve ser reconhecido como fundamento das responsabilidades, sempre que se possa considerar como essencial à atividade econômica.¹²⁴

EMMANUEL LEVY propôs o critério da confiança. Seu sistema considera que somos responsáveis para com os outros na medida em que eles têm necessidade de confiar em nós para agir, e vice-versa: "Na medida em que, para agir, necessitamos de confiar em nós mesmos, não somos responsáveis perante outrem; a relação de que nasce a responsabilidade é uma relação de confiança necessária; a obrigação que ela cria é uma obrigação que gera a confiança e, quando essa obrigação não é executada, quando há confiança legítima enganada, há culpa."¹²⁵

GENY sustenta, em face do art. 1.382 do Código Civil francês, que, se esse dispositivo se liga a uma responsabilidade positiva, não prescreve formalmente qualquer outro critério, e não declara, de modo nenhum, que o risco não é capaz de gerar responsabilidade. Sua opinião é compartilhada por DEMOGUE.¹²⁶

¹²³ *Traité générale des obligations*, 2.^a ed., Paris, 1927.

¹²⁴ *Essais sur les données économiques dans l'obligation civile*, tese, Paris, 1930.

¹²⁵ *Responsabilité et contrat*, em *Revue critique de législation et de jurisprudence*, Paris, 1899, vol. 28, págs. 373 e segs.; PONTES DE MIRANDA louva o engenho e habilidade de LÉVY em procurar a razão de ser da responsabilidade (ob. cit., n. 9, pág. 29), mas parece que esse é o único mérito da doutrina, que atrai o problema a um plano em que se perdem de vista os seus dados essenciais.

¹²⁶ GÉNY, *Risques et responsabilité*, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1902, pág. 846; DEMOGUE, *Obligations*, t. III, n. 293

Não pode passar sem referência, num trabalho sôbre responsabilidade civil, a tese de TEISSEIRE,¹²⁷ inspirada na doutrina de SALEILLES, mas enriquecida de indiscutível contribuição pessoal. Para êsse autor, o dano é, ordinariamente, não a expressão de um fato isolado, mas um fenômeno derivado da colisão de atividades de uma e outra parte. Em consequência, deve ser repartida entre as partes, na medida em que tenham concorrido para êle. Partindo do princípio da causalidade, evidencia, de pronto e insensivelmente, a insuficiência do fundamento, aliás já pôsto em xeque, pelo menos como enunciado de teor absoluto, em face daquele princípio de colisão de atividades: é aí que se insinuam na sua construção aquêles dados sôbre os quais a doutrina vinha tentando, sem êxito, edificar uma teoria racional da responsabilidade, o que se dava principalmente porque os tomava insuladamente: equidade, interêsse prevalente, prevenção, repartição de danos, etc..¹²⁸

28. Cremos ter dado, sublinhando os pontos capitais da teoria do risco no direito francês, noção fiel do seu conteúdo. Vejamos agora como a combatem.

Depois do aparecimento do livro monumental dos irmãos MAZEAUD, torna-se desnecessário compulsar a literatura adversa à teoria objetiva, por isso que condensa, sem exagêro, todos os argumentos lembrados contra ela. Na sua crítica à teoria do risco, começam aquêles autores por declarar que são insuficientes todos os critérios propostos em substituição ao da culpa, acrescentando que, quando se descobrisse um, deveria ser de imediato rejeitado. Baseiam esta asserção em que todos os partidários do risco começam por negar a necessidade da culpa.¹²⁹ Uns se limitam a isso, outros tentam oferecer um substitutivo ao sistema; ambos os grupos estão em êrro,

¹²⁷ *Essai d'une théorie générale sur le fondement de la responsabilité civile*, tese, Aix, 1901.

¹²⁸ G. MARTON, *Les fondements de la responsabilité civile*, 1938, n. 70, nota 6, pág. 208.

¹²⁹ A asserção é infundada. O que sempre se pôs em foco, no campo objetivo, foi a insuficiência e não a desnecessidade da culpa.

porque é falso o seu ponto de partida: "a culpa é condição necessária da responsabilidade civil." Para demonstrar que não há um argumento convincente entre os expendidos para justificar o abandono da teoria tradicional, analisam, uma a uma, as tendências responsáveis pela doutrina do risco, em seu aspecto negativo. Em primeiro lugar, classificam de fundamentalmente inexata a concepção materialista do direito. Este não pode eliminar a pessoa, com sua alma e sua vontade. Seu objetivo não é regular as relações patrimoniais, mas, bem ao contrário, unicamente as relações entre as pessoas. Ele é o mais puro resultado do espírito humano, e não pode renegar seu criador, para atender tão somente à relação material. Quando se preocupa com as coisas materiais, não o faz porque elas constituam a sua finalidade, mas, sim, em função das pessoas: "uma coisa não existe para o jurista se não constitue um objeto de direito cujo sujeito é sempre uma pessoa." Prossequindo nesta ordem de idéias, delas derivam esta indagação: Como negar a culpa, sob o pretêsto de que o patrimônio não pode incidir em êrro de procedimento? A prova da falsidade da concepção objetiva, êles a enxergam em atitude que classificam de contraditória, porque reconhece a ressarcibilidade do dano moral, o que, longe de apoiar o ponto de vista materialista, vem demonstrar que o problema exorbita do campo patrimonial e penetra no domínio da pessoa, de seu pensamento, de seus sentimentos, de suas afeições. Com uma a propósito citação de HAURIU e RICOL, insistem no aspecto materialista da doutrina do risco, que, em derradeira análise, é contraposta à teoria tradicional como sombria ameaça de uma era de conservantismo e de regresso às idéias clássicas, ou como fruto das forças obscuras do materialismo.

Os MAZEAUD não são menos impiedosos para com os que chegaram à doutrina do risco através do positivismo penal: "É possível, de certa maneira, compreender o critério positivista em matéria de responsabilidade penal; êle se justifica pela idéia da defesa social; a pena tem por fim assegurar a defesa da sociedade contra os criminosos; os que a aplicam não teem, portanto, de se preocupar senão com o perigo corrido pela sociedade, jamais com o grau de culpabilidade do agente. Em matéria civil, porém, não pode existir semelhante

justificação: o dano sofrido por um particular não acarreta nenhum perigo à sociedade.¹³⁰ Imediatamente ligada a êsse ponto está a questão do interêsse social. Na situação em que o colocam os irmãos MAZEAUD, a doutrina do risco, quando o afirma, nega, por via de consequência, o valor do indivíduo em si mesmo. Reconhecem, reportando-se a CAPITANT, que não é possível considerar o indivíduo como um ser "abstrato e isolado" (quando acabaram de afirmar que o dano sofrido pelo particular não acarreta perigo à sociedade) e concordam em encará-lo como "elemento de uma coletividade."¹³¹ Mas isso não pode significar que só o interêsse social é digno de consideração, relegado a desprêzo o interêsse individual. Censuram os que pretendem sacrificar o indivíduo à sociedade, recordando-lhes que ela "se compõe de seres vivos e ativos" e, assim, "a primeira condição de sua existência é incontestavelmente garantir a cada indivíduo a esfera de liberdade necessária para o desenvolvimento de sua atividade pessoal."¹³² Lembram, a propósito, que o grupo só subsiste e se desenvolve, goza de plena atividade e age sôbre o mundo exterior na plenitude de suas faculdades.¹³³ Para os MAZEAUD, o indivíduo continua a ser o centro do direito e no problema da responsabilidade não pode deixar de colocar-se em primeiro plano. Se não se fizer assim, o que se põe em perigo é precisamente a sociedade, em nome da qual se preconiza a adoção da doutrina do risco: condenar-se-á o homem à inércia, tôda iniciativa seria paralisada. Arremetem

¹³⁰ MAZEAUD ET MAZEAUD, ob. cit., ns. 350-351, págs. 419 e segs. É outra afirmação temerária. Basta pensar nas consequências de um dano impune sôbre o espírito dos que calculam, prudentemente, que amanhã talvez ocupem, por sua vez, o lugar da vítima de hoje, consideração utilitária que, se quiséssemos negar qualquer sentimento de solidariedade ao meio social, seria suficiente para determinar o movimento da defesa da coletividade em face do dano. E defesa supõe perigo, o perigo de que a próxima vítima seja o espectador porventura desinteressado da desgraça alheia. O que fazem os eminentes autores, entendendo sustentarem, e sinceramente, uma concepção idealista do direito e, pois, da responsabilidade civil, é pura e simples apologia do mais aperfeiçoado egoísmo. E o direito não o prestigia.

¹³¹ CAPITANT, *Introduction à l'étude du droit civil*, 5.^a ed., n. 11.

¹³² MAZEAUD ET MAZEAUD, ob. cit., n. 351, pág. 420.

¹³³ BOURGEOIS, *apud* CAPITANT, ob. e loc. citis.

contra a opinião de SALEILLES, para quem "a certeza de ser responsável vale mais que a incerteza criada pela teoria da culpa",¹³⁴ e classificam de paradoxal o juízo de DEMOGUE, quando afirma, acorde com aquêlo, que "a certeza do mal é preferível à esperança incerta do bem".¹³⁵ Reafirmam o perigo econômico da teoria do risco, em face da asserção de DEMOGUE de que a responsabilidade paira sôbre aquêlo que tira proveito de sua atividade, como contrapartida dos riscos que engendra, imputando-lhe o esquecimento de que o produtor não pode alterar arbitrariamente e livremente os lucros de sua empresa, de onde resulta que, se seus encargos se acumulam, êle acabará por abandonar a obra que pretendia realizar.

Outro golpe desfecham os MAZEAUD contra a doutrina do risco-proveito. Segundo êles, não se pode argumentar que os receios contra a teoria do risco foram dissipados pela aplicação da lei de acidentes do trabalho, porque esta não adotou inteiramente a teoria do risco, uma vez que atribue ao patrão sômente a metade do dano sofrido pelo operário.¹³⁶

Quanto à moral e à equidade, os MAZEAUD sustentam que estão mais bem reconhecidas na doutrina tradicional. "Se é justo que o culpado de um dano seja obrigado a repará-lo, a equidade parece exigir que sômente êle seja responsável." Na sua opinião, constitue injustiça social, em face de um fato do acaso, que deve ser suportado pela vítima, imputar-lhe as consequências ao autor, quando é tão irrepreensível quanto aquêlo, e como êle digno do interêsse do jurista. Neste particular, entretanto, admitem que a teoria do risco-proveito se avantajava à tese puramente negativa. Mas, ainda aí, o máximo que concedem é que, comparada com a teoria da culpa, a situação é de equivalência, isto é, não se regista vantagem nem para um nem para outro lado: "A equidade exige que aquêlo que retira os proveitos suporte os riscos, mas exige também que não se inquiete aquêlo cujo procedimento é irrepreensível." Nesta ordem de raciocínios, admitem que, do ponto de vista da equi-

¹³⁴ *Les accidents de travail et la responsabilité civile*, Paris, 1897, págs. 76 e segs.

¹³⁵ *Traité des Obligations*, Paris, 1923, t. 3, n. 279.

¹³⁶ MAZEAUD ET MAZEAUD, ob. cit., n. 352, pág. 422.

dade, a teoria do risco tenha possibilidades no domínio do direito público. Não há nada de imoral, mesmo na ausência de culpa, em obrigar à reparação a coletividade pública causadora do dano por ato de seus agentes. Aquí já não se trata de empobrecer um particular, mas de um problema de repartição de encargos públicos.¹³⁷

Consideram, por último, os MAZEAUD, o argumento do método histórico. Segundo êste, a distinção entre responsabilidade civil e responsabilidade penal, cada vez mais precisa, conduz ao resultado inevitável de eliminar a culpa civil. O argumento, sem maior atenção ao fato de que não há razão para acreditar em evolução jurídica fatal, automática, não pode vingar, uma vez que se recorde que culpa civil e culpa penal são noções perfeitamente distintas. Para os notáveis autores, pois, o método histórico se volta contra aquêles que o pretendem utilizar, como, aliás, já opinavam PLANIOL e RIPERT, classificando a doutrina do risco de "recuo que nos transporta aos tempos bárbaros, anteriores à lei Aquília, quando atendia somente à materialidade dos fatos. Das regras formuladas por essa lei, fizeram os juristas surgir lentamente, graças a um longo trabalho de análise, que teria de recomeçar, se a idéia simplista do risco o desfizesse."¹³⁸

Rejeitando a alegada evolução, os MAZEAUD concentram seu segundo ataque sobre a pretensa influência do desenvolvimento social e econômico contemporâneo na regra de direito. As grandes iniciativas se desenvolveram, multiplicam-se os acidentes, torna-se cada vez mais necessário atender às vítimas, tudo isto é certo. Mas para isso não há necessidade de subverter noções que, como a da culpa, resultam de evolução secular. Basta encontrar o meio de saber servir-se delas: "Inteligentemente tomado, o conceito da culpa satisfaz plenamente. A jurisprudência francesa o demonstrou, conseguindo atender a tôdas as necessidades práticas, sem jamais negar a necessidade da culpa."¹³⁹

¹³⁷ MAZEAUD, ob. cit., n. 253, pág. 424.

¹³⁸ PLANIOL ET RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, vol. 2, n. 863, ter.

¹³⁹ MAZEAUD ET MAZEAUD, ob. cit., n. 354, pág. 425. Trata-se

Proclamando vitória sôbre a teoria do risco, em face das objeções que lhe opõem, os MAZEAUD teem ainda uma censura a lhe imputar: a de não ter situação verdadeira no terreno jurídico. O direito não se contenta com mal definidas noções de sabor filosófico ou econômico. Quer princípios certos e definidos. Os juízes hão de saber a que os conduz a aplicação das normas que lhes são propostas. Podem, mais ou menos incoerentemente, atender à doutrina do proveito; sem dúvida, obedecerão às regras da equidade, e assim atingirão, tanto quanto possível, aquêle que se beneficia da atividade propiciadora do dano. "Jamais, porém, se servirão de semelhante noção para fundamentar decisões, jamais proclamarão que pode ser responsabilizado aquêle que agir sem culpa." ¹⁴⁰

29. Os partidários da doutrina do risco defendem-se valentemente, refutando uma a uma as arguições levantadas pelos adversários. O eminente prof. ALVINO LIMA reúne e expõe ordenadamente os argumentos objetivistas, mostrando, em resumo: a) Que é falsa a mais não ser a acusação de materialismo irrogada à doutrina do risco. É verdade que considera o fato em si mesmo e dêle faz derivar a responsabilidade. Mas assenta nos mais lúdicos princípios de justiça e de equidade. Atende aos mandamentos democráticos fundamentais: à igualdade (que a teoria tradicional não consegue salvaguardar, na brutalidade da vida moderna, perante a qual o conceito da

de outra grande ilusão dos notáveis tratadistas. A jurisprudência francesa tem seu melhor mérito precisamente em haver *criado* um sistema de responsabilidade civil ao lado do estabelecido no *Code Civil*, para atender à necessidade da reparação.

¹⁴⁰ MAZEAUD ET MAZEAUD, ob. cit., n. 355, pág. 426. De duas, uma: ou se reconhece na expressão *responsabilidade civil* o equivalente de reparação do dano, e assim não há nenhum mal em que se considere *responsável* quem agiu sem culpa; ou se conserva ao terno sua significação estrita e, então, o sistema defendido por MAZEAUD ET MAZEAUD tem de despojar-se dos artifícios com que se arma, para solucionar casos como a responsabilidade dos menores, dos anormais, as famosas presunções absolutas, o reconhecimento dos chamados *fantasmas de culpa*, etc.

culpa se tornou irrisório), porque o risco desfaz a superioridade de condições das emprêsas poderosas; doutrina de fraternidade é ela, porque resulta do aprimoramento das consciências em movimento de solidariedade humana; não nega, portanto, a liberdade humana, porque é a sua própria proclamação, a garantia de sua estabilidade. b) Que é contraditória, além de improcedente, a afirmação de que a doutrina do risco conduzirá à inércia e paralisará a iniciativa humana. Contraditória, porque a doutrina da culpa, ao considerar os casos em que estabelece presunções *juris et de jure*, como no caso de culpa na guarda, consagra pura e simplesmente o próprio risco, uma vez que não admite a prova de ausência de culpa. E a improcedência da objeção é evidente. A doutrina do risco tem sido ampliativamente aplicada e não há sinal de que tenha afetado o desenvolvimento econômico. As grandes emprêsas, considerando os riscos uma condição de atividade, já os fazem figurar no seu próprio passivo. c) Que a alegação de ser a doutrina do risco um retrocesso às concepções primitivas da responsabilidade não pode, só por si, impressionar. Se se reporta a noções que foram um dia abandonadas, ela o faz sob plano mais perfeito e, se a sua aplicação dá bom resultado, provará que foi um êrro abandoná-las. Mas nem isso se dá, porque não há assimilação possível entre a concepção bárbara da vingança privada e a doutrina do risco. Aquela não tinha a justificá-la nenhum princípio de ordem moral. Esta é essencialmente fundada na moral e na equidade, atendendo ao imperioso clamor em favor das vítimas dos acidentes, multiplicados pela vida moderna. d) Que a ausência de proveito não influe na concepção objetivista e é superficial a objeção a êste propósito levantada. Na doutrina do risco, não se alude a proveito *in concreto*, mas como finalidade da atividade criadora do risco; êste é o mais provável, não o realizado. e) Que, se se admitir que a teoria do risco não oferece um princípio definido, igual defeito se pode atribuir à doutrina da culpa. É confissão comum de todos os seus próprios partidários que a noção da culpa é imprecisa, vaga e incerta. O que se deve recordar, porém, a êste respeito, é que “não há princípio jurídico, por mais lógico nas suas conclusões, por mais primoroso no seu conceito, por mais preciso nos seus

contornos que possa abranger todos os casos que pretende regular..."¹⁴¹

30. Acrescentaremos de nossa parte, talvez desnecessariamente, que não conhecemos, tampouco, precedência nas arguições acima resumidas contra a doutrina do risco. Não é certo que a doutrina do risco faça abstração da personalidade humana. Em nossa atormentada época, já se tornou habitual argumentar por um método que poderemos chamar de extremista. Sustenta alguém que a pessoa humana é digna de respeito e seus adversários clamam que isso é individualismo ferrenho, que a sociedade é que importa, etc.. Em compensação, quando se invocam os direitos da coletividade, não tarda o outro grupo em bradar, alarmado, que essa opinião representa desprezo da responsabilidade humana, com sua alma e seu inextinguível valor moral.¹⁴²

Parece que é tempo de desfazer êsses equívocos: nem admitir o *Leviathan*, nem reconhecer o indivíduo todo-poderoso espécie de *contradictio in adjecto*,¹⁴³ porque o exercício de direito tão vasto haveria de invadir, forçosamente, o círculo do

¹⁴¹ *Da culpa ao risco*, n. 32, pág. 142.

¹⁴² Na sua magnífica lucidez, CLOVIS BEVILÁQUA nos chama ao bom entendimento da questão, registrando a evolução da fórmula da Revolução Francesa, reconsiderada pelos sociólogos, para lhe firmarem o valor atual: "Há, no conceito de liberdade, dois elementos fundamentais: a) a expansão das energias, que deve ser orientada ético-juridicamente, para que realize o progresso dentro da ordem; b) o respeito à dignidade humana, barreira ético-jurídica contra os abusos do Poder Público, a absorção pela sociedade". "... a liberdade é base e finalidade de toda organização social justa e progressiva. Somente os governos despóticos desconhecem a significação social da liberdade; os outros, ainda que, por vezes, a conculquem ou menosprezem, procuram justificar-se, o que é modo de homenageá-la". "A igualdade, na fórmula agora considerada, é a igualdade jurídica: capacidade de direito a mesma para todos nas relações de ordem privada, extinção de privilégios..." "A fraternidade... deve ser hoje entendida como a consciência da unidade familiar, nacional e humana..." (*A fórmula — Liberdade, igualdade e fraternidade, sociologicamente considerada*, em *Jornal do Comércio*, 4 de julho de 1943, pág. 4).

¹⁴³ O individualismo integral nunca existiu. (JOHN M. CLARK, *Social Control of Business*, N. Y., 1939, 2.^a ed., pág. 32).

direito de outro indivíduo, do que resultaria ser tal concepção anti-individualista, antes de anti-social, pelo menos em relação aos indivíduos atingidos pelo absolutismo do direito daqueles.

Meditando nisso, hão de concluir os espíritos democráticos que a situação desejável é a do equilíbrio, onde impere a conciliação entre os direitos do homem e seus deveres para com os seus semelhantes. O conflito de interesses não é permanente, como quer fazer crer a doutrina extremista, mas ocasional. E quando êle ocorra, então, sem nenhuma dúvida, o que há de prevalecer é o interesse da coletividade. Não hesitamos em consentir na amputação do membro que põe em risco a nossa vida. Não podemos, por qualquer motivo, permitir que o direito do indivíduo todo-poderoso atinja, não outro indivíduo, mas tãda a coletividade. Na doutrina do risco, nitidamente democrática, não se chega jamais à consequência de afirmar o princípio, aparentemente individualista, mas, em essência, de sentido oposto, nitidamente autocrático, de que o direito de um pode prejudicar a outro, pode ultrapassar as raias da normalidade e fazer do seu titular um pequeno monarca absoluto. ¹⁴⁴

Também não pode ser aceita, nos termos em que é proposta pelos MAZEAUD, a diferença entre culpa civil e culpa penal. O argumento, a que os eminentes autores parecem emprestar tanto valor, é, na realidade, contraproducente.

Estudaremos, mais adiante, a figura da culpa, mas é conveniente adiantar algumas considerações sôbre o assunto.

Para nós, a culpa é a situação contrária ao que consideramos, recorrendo à linguagem teológica, o *estado de graça*, isto é, aquêle em que não há possibilidade de censura, em face da lei moral, da lei positiva ou de quaisquer espécies de mandamento imposto ao homem, como tal, como membro da sociedade ou como religioso. ¹⁴⁵ Ora, a teoria subjetiva admite

¹⁴⁴ Diz PONTES DE MIRANDA, muito a propósito, que: "Se todos tem de *per si* direitos, se o espaço *A* pode ser preenchido pelo exercício de mais de um direito, é de mister que se regule esta possibilidade de relação *entre direitos*" (Ob. cit., n. 83, pág. 160).

¹⁴⁵ A engenhosa criação do *bonus paterfamilias*, do homem prudente e diligente, do *average man* não resiste a um confronto com o prin-

a responsabilidade quando não há possibilidade de semelhante censura. Para fugir à dificuldade, proíbe a prova em contrário. Exatamente como o ditador que, não querendo admitir que seu povo passa fome, começa por fuzilar os famintos...

O argumento de que a adoção da teoria do risco condenaria o homem à inércia está desmoralizado pelos fatos. E tão desmoralizado, que os irmãos MAZEAUD, dispondo de fascinantes recursos para sustentar sua tese, invocam simplesmente a circunstância de, em seu país, atribuir a lei de acidentes do trabalho tão somente a metade do dano ao operário prejudicado. O argumento se desfaria com a recordação de que na maioria dos países vigora outro critério, se não fôsse de si mesmo insubsistente, porque o que se discute é o princípio e não a sua aplicação quantitativa.

31. A doutrina do risco não está, porém, isenta de crítica. A começar pela denominação. Se o que se quer determinar é o fundamento da responsabilidade, é bem de ver que a expressão *teoria do risco* não compreende o que pretende exprimir. Muito mais precisa, se bem que limitada ainda pela relativa pobreza da linguagem técnica, é a expressão *teoria do risco criado*. Ambas deixam sem resposta a questão capital da *causa*: por que deve o homem arcar com o risco ou, ainda, por que deve suportar o risco que criou? Esta palpitante indagação não é satisfatoriamente respondida pelo princípio do interesse, *ubi emolumentum, ibi incommoda*, que, certamente, tem seu lugar na consideração do problema, mas, de si só, se mostra insuficiente. ESMEIN o proclama como sinal de que a responsabilidade objetiva acaba em um beco sem saída.¹⁴⁶ MARTON, no entanto, repõe a situação nos seus devidos termos, esclarecendo não haver como concluir daí que a doutrina é viciosa. A conclusão única que daí se pode extrair é que os autores teem sido mal sucedidos no propósito de proporcionar uma justa interpretação dos fenômenos. A observação de ESMEIN não deve ser considerada, portanto, senão

cípio de que parte a teoria da culpa: *in lex Aquilia et levissima culpa venit.*

¹⁴⁶ *Revue trimestrielle de droit civil*, 1933, pág. 65.

como estímulo para a procura das razões suficientes, que, com toda a certeza, existem.¹⁴⁷

Para MARTON, outro vício fundamental da doutrina francesa do risco reside na concepção que admite dois polos da responsabilidade civil, em derradeira homenagem à doutrina tradicional. Classifica-a de "política de compromisso", inaceitável do ponto de vista científico. As censuras de MARTON ao sistema objetivo são resumidas em três conclusões:

a) *Falta de visão de conjunto.* Se a teoria do direito penal pesquisa, há mais de um século, os fundamentos da responsabilidade penal, a mesma coisa se deve dar em relação à responsabilidade civil. A punição é noção complexa como a reparação e esta não pode, sem explicação mais precisa, considerar-se como consequência quase mecânica da culpa, tanto mais que sem ela também ocorre a obrigação de indenizar.

b) *Falta de análise suficiente dos elementos de fato da responsabilidade.* A omissão repercute desfavoravelmente ao sistema, por influência, ainda, da doutrina da culpa. É indispensável afastar a confusão criada pela abstração dos elementos de fato que concorrem na configuração dos diversos casos de responsabilidade civil. Só depois de os distinguir e analisar é possível estabelecer uma concepção unitária.

c) *Falta de síntese dos motivos da responsabilidade civil.* Os juristas que se teem ocupado da responsabilidade civil ora se limitam a referir alguns ou quase todos, sem conceber a sistematização, ora nem sequer alcançam êsse ponto, ficando no enunciado de algum motivo isolado, que se revela naturalmente incapaz de satisfazer o requisito de base da responsabilidade civil.¹⁴⁸

32. Os sistemas de conciliação, resguardando a noção da falta, mas instituindo, a seu lado, certo campo de ação para a concepção objetiva, sugerem uma responsabilidade ordinária de par com uma responsabilidade extraordinária, de que já era sinal a expressão de JOSSERAND, quando se referia aos dois polos da responsabilidade civil. A teoria apresentada por

¹⁴⁷ MARTON, ob. cit., n. 70, nota 5, pág. 212.

¹⁴⁸ MARTON, ob. cit., n. 72, pág. 215 e seguintes.

DEMOGUE é dêsse teor. Verificando que a idéia do proveito econômico não é, apesar de sua importância, a chave das dificuldades, sugere que a teoria do risco só deve ser invocada quando há, por parte do autor do dano, emprêgo de um organismo perigoso. ¹⁴⁹

BETTREMIEUX, outro conciliador, mantendo quanto às mais a teoria da culpa, propõe duas esferas de influência para a teoria do risco: a do fato danoso, anormal e a do fato danoso normal, quando resulte de exploração instrumental que coloque a vítima e o autor do dano em momentânea situação de desigualdade material desfavorável àquela. ¹⁵⁰

SAVATIER concebe uma teoria que distingue o risco e a culpa como fontes da responsabilidade civil, e fá-lo com o aplauso de RIPERT, que, em prefácio a seu livro, considera: "O grande mérito de M. SAVATIER é haver mostrado em seu livro que, sob o mesmo nome de responsabilidade civil, há duas instituições jurídicas bem diferentes. Sem dúvida isso já havia sido notado, mas êle é o primeiro a apresentar uma teoria completa, distinguindo como fontes da reparação e, sobretudo, relacionando na teoria do risco, regras tradicionalmente ligadas à idéia da culpa, como, por exemplo, a responsabilidade do comitente. Mostra, aliás admiravelmente, que a idéia da culpa deve conservar o seu primado no direito e que substituir a culpa pelo risco seria consagrar a vitória da matéria sôbre o espírito. ¹⁵¹

Combatendo vivamente essas teorias, dizem os MAZEAUD que caem tôdas sob os golpes desferidos contra a teoria do risco. A necessidade da culpa para estabelecer a responsabilidade permanece em todos os sentidos. Em situações excepcionais, bem definidas, é possível admitir derrogações ao princípio. Nunca, porém, mesmo em campo restrito, se o risco é aí susceptível de aplicação ilimitada. ¹⁵²

¹⁴⁹ DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. 3, n. 286.

¹⁵⁰ *Essai historique et critique sur le fondement de la responsabilité civile en droit français*, tese, Lille, 1921, n. 55.

¹⁵¹ *Traité de la responsabilité civile en droit français*, prefácio, XII.

¹⁵² MAZEAUD ET MAZEAUD, n. 360, pág. 2.129.