

347.511
L696c

RT CLÁSSICOS

- 2.ª ed.
1998
- *Ato jurídico : Noção, pressupostos, elementos essenciais. O problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração.* Vicente Ráo. 4. ed., anot., rev. e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo : RT, 1997.
 - *Fundamentos do direito.* Miguel Reale. 3. ed. fac-símile da 2. ed. rev. São Paulo : RT, 1998.
 - *O direito e a vida dos direitos.* Vicente Ráo. 4. ed. anot. e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. V. 1 – Noções gerais. Direito positivo. Direito objetivo. V. 2 – Teoria geral do direito subjetivo. Análise dos elementos que constituem os direitos subjetivos. São Paulo : RT, 1997.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Lima, Alvino

Culpa e risco / Alvino Lima. – 2. ed. rev. e atual. pelo Prof. Ovídio Rocha Barros Sandoval. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1998. – (RT Clássicos)

ISBN 85-203-1663-8

1. Culpa (Direito) 2. Responsabilidade (Direito) 3. Risco (Direito) I. Sandoval, Ovídio Rocha Barros. II. Título. III. Série.

98-3804

CDU-347.51

Índices para catálogo sistemático: 1. Culpa : Responsabilidade : Direito civil 347.51
2. Responsabilidade civil : Direito civil 347.51 3. Risco : Responsabilidade : Direito civil 347.51

RT CLÁSSICOS

ALVINO LIMA

ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA SERGIO BERMUDEZ

BIBLIOTECA

- 286 -

CULPA E RISCO

2.ª edição revista e atualizada pelo
Prof. Ovídio Rocha Barros Sandoval

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

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

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

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

(2) Ob. cit., p. 126, nota I.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Qu’on entre maintenant au Palais!

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Cette clé, c'était l'idée de *faute*.

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

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

Que s'est-il donc passé?

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Alors le monde jurídico devint anxioso. Le ciel protecteur do direito e da morale se couvrit de nuages.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

DA RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL SEM CULPA

SUMÁRIO: 25. O movimento inovador da teoria da responsabilidade sem culpa. Suas causas. Teorias a respeito – 26. A responsabilidade sem culpa e o princípio do art. 1.384, § 1.º, do Código Civil francês – 27. Da responsabilidade decorrente da ruína de edifício – 28. Da responsabilidade dos patrões ou comitentes – 29. Da responsabilidade do proprietário ou guarda dos animais – 30. Da responsabilidade dos alienados – 31. Da responsabilidade decorrente das relações de vizinhança – 32. Da responsabilidade no estado de necessidade – 33. Crítica à teoria do risco – 34. Defesa da teoria do risco.

25. O movimento inovador da teoria da responsabilidade sem culpa. Suas causas. Teorias a respeito

Vimos que o conceito clássico da culpa, sob fundamento psicológico, exigindo do agente a imputabilidade moral, cedeu terreno às várias noções e aplicações da culpa objetiva, no sentido de eliminar da responsabilidade extracontratual o elemento subjetivo. O entrechoque, entretanto, cada vez mais crescente de interesses, aumentando as lesões de direitos em virtude da densidade progressiva das populações e da diversidade múltipla das atividades na exploração do solo e das riquezas; a multiplicação indefinida das causas produtoras do dano, advindas das invenções criadoras de perigos que se avolumam, ameaçando a segurança pessoal de cada um de nós; a necessidade imperiosa de se proteger a vítima, assegurando-lhe a reparação do dano sofrido, em face da luta díspar entre as empresas poderosas e as vítimas desprovidas de recursos; as dificuldades, dia a dia maiores, de se provar a causa dos acidentes produtores de danos e dela se deduzir a culpa,

à vista dos fenômenos ainda não bem conhecidos na sua essência, como a eletricidade, a radioatividade e outros, não podiam deixar de influenciar no espírito e na consciência do jurista. Era imprescindível, pois, rebuscar um novo fundamento à responsabilidade extracontratual, que melhor resolvesse o grave problema da reparação dos danos, de molde a se evitarem injustiças que a consciência jurídica e humana repudiavam.¹

(1) Sobre a influência destes vários fatores, vide H. De Page, ob. cit., vol. II, n. 30; Josserand – *Le livre souvenir*, art. cit., p. 40-42; Corbesco, ob. cit., p. 174 *et seq.*; Veniamin, ob. cit., na qual estuda profundamente a influência dos fatores econômicos nas obrigações civis. René Savatier (*Du droit civil au droit public*, cit., p. 89), sintetizando o sentido da evolução da responsabilidade, emite estes conceitos:

“À son origine, la responsabilité se fondait sur le responsable, et c’est en fonction de la conduite d’un homme et de sa liberté qu’on le faisait répondre de ses actes. Parmi les conséquences de la responsabilité humaine figurait la réparation due à la victime, mais la victime n’était pas au centre de la responsabilité, elle bénéficiait seulement d’une des conséquences de la responsabilité.

Aujourd’hui, c’est l’inverse. Quand on parle de responsabilité, que considère-t-on? Est-ce un devoir? Non. C’est un droit. C’est de la victime que l’on parle et du dommage. Un dommage est causé, on cherche le responsable. La victime en vient même, avec le développement accru de la responsabilité à dire, toutes les fois qu’elle subit un dommage: ‘Il n’est pas juste qu’il reste à ma charge, il doit y avoir un responsable’.

Et par définition, ce responsable, dans la conception qui tend à s’instaurer, n’est jamais la victime. C’est toujours un ‘autre’. Notre temps perd de vue, de plus en plus, la responsabilité envers soi-même. La victime, même en faute, part toujours de l’idée qu’un autre doit néanmoins payer pour elle.

La responsabilité, aujourd’hui, net part plus du responsable, elle part de la victime systématiquement créancière, elle est complètement désaxée. Et, ce qui achève de la désaxer, c’est l’assurance de la responsabilité”.

Adriano De Cupis, estudando “A posição da culpa no direito moderno”, exprime-se nestes termos:

“Il diritto moderno – si è rilevato – si ricollega, attraverso il diritto comune, alla fase evoluta del diritto romano nell’ esigere il requisito della colpa; e si è osservato altresì esser palese l’importanza della colpa, dappoiché soltanto il palpito della vita psichica di chi compie un fatto dannoso può imprimere al medesimo fatto dannoso un significato morale ed un valore sociale.

Sennonchè, il diritto, al pari di altre manifestazioni dello spirito umano, è soggetto a mutamenti che spesso sono dei ritorni, sia pure parziali, al passato.

Dentro do critério da responsabilidade fundada na culpa não era possível resolver um sem-número de casos, que a civilização moderna criara ou agravara; imprescindível se tornara, para a solução do problema da responsabilidade extracontratual, afastar-se do elemento moral, da pesquisa psicológica, do íntimo do agente, ou da possibilidade de previsão ou de diligência, para colocar a questão sob um aspecto até então não encarado devidamente,² isto é, sob o ponto de vista exclusivo da reparação do dano. O fim por atingir é exterior, objetivo, de simples reparação, e não interior e subjetivo, como na imposição da pena. Os problemas da responsabilidade são tão-somente

Così, nell’ epoca più recente (fine dell’ ottocento, secolo attuale) la colpa ha perso il valore di unico criterio regolatore della responsabilità umana. E ciò non perchè si sia verificato un imbarimento della mentalità giuridica, tale da annullare l’ interesse per quello stato d’ animo soggettivo nel quale si concreta la colpa; bensì per essersi ragionatamente ritenuto, in base alla matuta struttura economica e sociale e alla moltiplicazione delle occasioni di danno, che non sempre corrisponda alle esigenze della giustizia e dell’ opportunità il far capo alla colpa al fine di giudicare della responsabilità per danno.

Nella generale esigenza della colpa si è visto il portato do un senso attutiva della responsabilità dei propri atti e delle proprie omissioni. E nel quadro della reazione contro il criterio della colpa si è delineata anche una corrente estrema, secondo la quale quel criterio, non ché decadere dal trono che avevza occupato, dovrebbe essere addirittura abbandonato.

Ma l’ esigenza del requisito della colpa ha troppo permeato di sè la coscienza giuridica perchè esso possa essere integralmente abbandonato; la colpa, per i più continua ad essere l’ espressione di un senso giuridico raffinato: il passaggio dalla responsabilità vincolata alla colpa costituisce un grande progresso nella storia del diritto nè è lecito tornare alle rozze concezioni dei tempi primitive.

In conseguenza, prevale pienamente l’ opinione per cui non è consentito, nella materia del danno, di seguire principi assoluti ed esclusivi, affermandosi anche in questo campo l’ indole compromissoria de diritto, il quale cerca di corrispondere nella maniera più conveniente alle varie e multiforme esigenze della vita sociale. Secondo i rappresentanti di questa opinione, il criterio della colpa costituisce il ‘minimum’ della responsabilità la quale, peraltro, può spingersi oltre questo ‘minimum’ ove l’ equità lo richieda” (ob. cit., p. 66-67).

Vide Guiyénot, p. 6, n. 7 e 8 (nota 16).

(2) Muito embora a teoria da responsabilidade sem culpa, como o demonstra Cozzi (ob. cit., p. 345 *et seq.*), em longo estudo histórico, já fosse pregada e aplicada, a teoria da culpa, sob a influência do Código Civil Francês, passou a predominar nas legislações de todos os povos, como na doutrina.

os problemas de reparação de perdas.³ O dano e a reparação não devem ser aferidos pela medida da culpabilidade, mas devem emergir do fato causador da lesão de um bem jurídico, a fim de se manterem incólumes os interesses em jogo, cujo desequilíbrio é manifesto, se ficarmos dentro dos estreitos limites de uma responsabilidade subjetiva.⁴

Ao lado destes fatores de ordem material e social, fatores morais vieram influenciar no surto do movimento inovador. O crescente número de vítimas sofrendo as conseqüências das atividades do homem, dia a dia mais intensas, no afã de conquistar proventos; o desequilíbrio flagrante entre os “criadores de risco” poderosos e as suas vítimas; os princípios de equidade que se revoltavam contra esta fatalidade jurídica de se impor à vítima inocente, não criadora do fato, o peso excessivo do dano muitas vezes decorrente da atividade exclusiva do agente,⁵ vieram-se unir aos demais fatores, fazendo explodir intenso, demolidor, o movimento das novas idéias, que fundamentam a responsabilidade extracontratual tão-somente na relação de causalidade entre o dano e o fato gerador.

A responsabilidade deve surgir exclusivamente do fato, considerando-se a culpa em resquício da confusão primitiva entre a responsabilidade civil e a penal. O que se deve ter em vista é a vítima, assegurando-lhe a reparação do dano e não a idéia de infligir uma pena ao autor do prejuízo causado. Os dados econômicos modernos determinam a responsabilidade fundada sobre a lei econômica da “causalidade entre o proveito e o risco”.⁶

(3) Jossierand – *Les transports*, n. 558 et seq., *De l'esprit des droits et de leur relativité*, p. 17-19; Lisa Brunschwik, ob. cit., p. 13 et seq.; Henri de Page, *À propos du gouvernement des juges*, p. 131.

(4) Jossierand, *Livre Souvenir*, cit., p. 48 et seq.; De Page, *Tr. él. de dr. civ. belge*, vol. II, n. 30 e 934; L. e H. Mazeaud, ob. cit., vol. I, n. 344.

(5) Gaudemet, ob. cit., p. 310 et seq.; Savatier, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil aujourd'hui*, p. 182 et seq.; Demogue, ob. cit., vol. III, n. 277 et seq.; J. Charmont, *Les transformations du droit civil*, p. 239 et seq.

(6) Savatier, referindo-se à expansão da responsabilidade diz o seguinte: À quel point l'expansion de la responsabilité civile est aujourd'hui révolutionnaire, il est facile de le mettre en lumière par une simple constatation: combien existe-t-il d'articles traitant de la responsabilité civile, soit dans le Code de Napoléon, soit dans les codes dérivés de lui, par exemple, dans le code de la Province de Québec? En dehors des contrats, on en compte cinq dans le Code Napoléon: 1.382 à 1.386

No seu primeiro ímpeto, a teoria da responsabilidade sem culpa proclamara a reparação do dano, mesmo involuntário. Venezian, Cremieu e outros sustentaram a responsabilidade do agente por todo ato do qual seja ele a causa material, excetuando, apenas, os fatos exteriores ao homem.⁷ Para os defensores desta doutrina radical, influenciada pelo positivismo jurídico, no conflito de direitos só há patrimônios em presença, eliminando-se o elemento pessoal. Dizia Saleilles: “É preciso materializar o direito civil, por abaixo o lado psicológico”.⁸

Além da influência deste positivismo jurídico, pondo à margem a interferência dos elementos morais no problema da responsabilidade extracontratual, argumentava-se a favor das novas idéias em nome da necessidade da socialização do direito. A reparação não deve decorrer da culpa, da pesquisa de qualquer elemento moral, verificando-se se o agente agiu bem ou mal, consciente ou inconscientemente, com ou sem diligência; acima dos interesses de ordem individual devem ser colocados os sociais e só consultando estes interesses, e neles se baseando, é que se determinará ou não a necessidade da reparação.⁹

et quatre dans le Code de Québec, 1.053 à 1.056 sur environ 2.500. Soit, au point de vue législatif, un article à la responsabilité civile sur 500.

Qu'on entre maintenant au Palais!

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

Deux procès sur trois, alors que le législateur n'y avait consacré qu'un texte sur 500! C'est dire quelle amplitude revêt l'expansion de la responsabilité civile (*Du droit civil au droit public*, p. 81-82 – Paris – 1945).

(7) Mazeaud, ob. cit., vol. I, n. 342.

(8) Mazeaud, ob. cit., vol. I, n. 343; Demogue, ob. cit., vol. III, n. 277.

(9) Rutsaert, ob. cit., p. 141. Raymond Saleilles, na 1.ª edição de sua obra *Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le projet de Code Civil allemand*, separava a responsabilidade sem culpa dos acidentes de trabalho por exceção, como simples dever de segurança. Só mais tarde, no seu livro *Les accidents de travail et la responsabilité civile*, é que o notável jurista pregou a teoria da responsabilidade sem culpa. “Je ne sais rien de faux et parfois d'humiliant comme cette idée de faute mise en avant pour les moindres actes de notre activité et les moindres manifestations de notre liberté.” Apregoou, desta forma, o abandono da culpa, declarando que seria mais equitativo e social e mais conforme à própria dignidade humana que “chacun en agissant court des risques et que là où un

A teoria do risco integral, assim denominada na sua primitiva forma, é tachada, pelos defensores da responsabilidade subjetiva, de brutal, levando a consequências iníquas.¹⁰

malheur arrive par suite d'un fait volontaire et libre, l'auteur du fait payera les risques. C'est le prix de la liberté et c'est également la formule j'ai essayé de la démontrer, de l'article 1.382". Saleilles combate a teoria de Sauzet e Saintilette, que faziam derivar a responsabilidade do patrão, no caso de acidente do trabalho, da violação de uma obrigação contratual, que consistia em declarar o patrão garantidor da segurança do operário.

Saleilles, ao contrário de Josserand (*De la responsabilité du fait des choses* – Paris – Rousseau – 1897), que limitara sua teoria objetiva ao fato das coisas inanimadas, proclamara como princípio geral, deduzido do art. 1.382 do CC francês, a *responsabilidade extracontratual resultante do próprio fato*.

Afirmando que a idéia de culpa é “sobrevivência de longínquo sistema de penas privadas”, sustentava que não se trata senão de uma questão de riscos a regular, como preço e resgate de uma atividade do agente, que deve suportar as consequências de sua iniciativa. A atividade, o fato primitivo, eis o que aparece claramente como passível do dano. Mais tarde, no artigo “Responsabilité du fait des choses devant la Cour supérieure du Canada”, publicado na *Revue trim. de droit civil*, 1911, p. 5 *et seq.*, Saleilles faz modificação *sensível* no seu sistema anterior. No caso de responsabilidade por fato de outrem ou do fato das coisas, há uma distinção entre o caso em que o fato danoso provém de uma pessoa ou de uma coisa ou de uma pessoa de que se explora o trabalho. No primeiro caso, há presunção de culpa, podendo-se fazer a prova de ausência de culpa; na segunda hipótese há fatos do risco, sem que se possa fazer a distinção entre o patrão e comitente. São as idéias expostas no livro sobre os acidentes do trabalho (p. 33). Na doutrina exposta nesta obra, o fato em si mesmo, o fato sem outra qualificação, mesmo o fato normal de todas as manifestações da atividade emanada do homem, importa para o autor do ato a obrigação de reparar o dano. Daí as críticas de Planiol e Geny, que levaram Saleilles a declarar que não é todo fato, *o mais inocente*, que poderá acarretar a responsabilidade. O que pretende é que, todas as vezes em que *existam duas atividades em jogo*, ambas se expõem ao perigo dos danos inevitáveis, em matéria de concorrência vital. A questão é, então, de imputação de riscos e ela deve ser realizada de acordo com a natureza objetiva do fato e não segundo seus elementos subjetivos. Há fatos de riscos, fatos que por si sós se afastam, como diriam os matemáticos, do normal, e que, por consequência, implicam a aceitação dos riscos (Vide Charles Massigli – “Les travaux de Raymond Saleilles sur la théorie objective de la responsabilité extra-contractuelle”, in *L'oeuvre juridique de Raymond Saleilles*, p. 437 *et seq.*).

(10) Vide Defroidmont, ob. cit., p. 339 *et seq.*; Nast, “Le problème de la resp. civ.”, na *Rev. crit. de leg. et jur.* – 1932, p. 458.

A esta primitiva construção da responsabilidade sem culpa, sucederam novas teorias, que os irmãos Mazeaud¹¹ reduzem a duas correntes: a que baseia a responsabilidade extracontratual no ato anormal, defendida por Ripert, na sua obra sobre o fundamento da responsabilidade entre vizinhos, e a teoria do risco-proveito, da qual é Josserand o mais notável precursor.

A teoria do ato anormal, que consiste em fazer surgir a responsabilidade todas as vezes que a atividade do agente é anormal no uso da propriedade, foi arquitetada e aplicada por Ripert, para regular os distúrbios nas relações de vizinhança. Ripert, porém, abandonou-a para voltar à teoria da responsabilidade subjetiva, nas suas obras *La règle morale dans les obligations* e *Le régime démocratique et le droit civil moderne*. Aliás, criticando a teoria de Ripert, dizem muito bem os irmãos Mazeaud que o ato anormal nada mais é do que o ato culposos, ou seja, aquele que o homem diligente, como tipo de comparação, não praticaria.¹²

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

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

(11) Ob. cit., vol. I, n. 348.

(12) Ob. cit., n. 348.

A questão da responsabilidade, que é mera questão de reparação dos danos, de proteção do direito lesado, de equilíbrio social, deve, pois, ser resolvida atendendo-se somente aquele critério objetivo; quem guarda os benefícios que o acaso da sua atividade lhe proporciona deve, inversamente, suportar os males decorrentes desta mesma atividade.¹³

Eis a teoria do risco-proveito na sua concepção a que chamaremos primitiva, porque outras doutrinas consideram a responsabilidade extracontratual decorrente do risco, sem esta extensão, nos termos expostos. Assim é que Gaudemet aceita a teoria do risco criado por uma atividade anormal, sendo a anormalidade fixada pelos usos e costumes.¹⁴ Geny, embora não aceitando nas suas últimas consequências as doutrinas de Saleilles e de Josserand, aplaude o pensamento que inspirou a nova teoria, para declarar que o art. 1.382 do CC francês nada tem que fazer em presença de uma pura questão de risco; o intérprete deve regular a questão com as exigências da justiça e da utilidade social, auscultando o sentimento moral, que domina as relações humanas, examinando as condições sociais e econômicas e avaliando os interesses em jogo, segundo o estado da nossa civilização contemporânea.¹⁵

(13) Josserand, *Les transports*, n. 557 *et seq.*, Court, cit., vol. II, n. 458 e 488; vide Leon Michel, "La responsabilité des maîtres", em *Revue critique*, 1901, p. 592; Savatier, "Règles générales de la resp. civ.", em *Revue critique*, 1934, p. 409 *et seq.*; n. 34 *et seq.*; Corbesco, ob. cit., p. 181.

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

(15) Ob. cit., vol. II, n. 174, 2. ed.; "Risques et responsabilité", in *Revue trim. de droit civil*, 1902, p. 82 *et seq.* Observa De Cupis (Ob. cit., p. 73), que os casos de dano, independentemente de culpa, são vários e de diversos gêneros, não podendo enquadrar-se todos na teoria do risco e acrescenta na nota 39, da referida página: "La tendenza a ricondurre sotto un unico criterio i casi di responsabilità senza colpa è stata espressamente avvertita della dottrina (cf.

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

26. A responsabilidade sem culpa e o princípio do art. 1.384, § 1.º, do Código Civil francês

Já vimos que a interpretação extensiva do art. 1.384, § 1.º, do CC francês, pela jurisprudência, fez surgir, ao lado do princípio da culpa consagrado no art. 1.382 do citado Código, um princípio diverso que proclama a responsabilidade pelo fato das coisas inanimadas.¹⁶

Os defensores da teoria da culpa vêem, nesta interpretação, não a aplicação da teoria do risco, mas a criação da teoria da culpa na guarda, que já estudamos; anteriormente à teoria da culpa na guarda, predominara a teoria da culpa presumida *juris et de jure*.¹⁷

Os defensores da teoria do risco vêem, ao contrário, na interpretação jurisprudencial do art. 1.384, § 1.º, a consagração inconfundível da responsabilidade sem culpa, tanto mais que o legislador, para evitar a aplicação do art. 1.384, § 1.º, aos casos de incêndio que causem dano

Sperl, ob. cit., p. 3). Ora, che possa determinarsi un criterio il quale abbracci vari dei suddetti casi, è indubbio, ma è pur certo che qualcuno ne resta al di fuori". Vide Starck, ob. cit., p. 17 *et seq.*

Entretanto, Paolo Forchielli ("Intorno alla resp. senza colpa" in *Rev. trim. de dir. e proc. civ.* – dez. 1967, n. 4, p. 1387, afirma: "E qui l'accento cade inevitabilmente sulla parola 'rischio', dal momento che tutti tentativi finora compiuti per giustificare la responsabilità senza colpa, più o meno direttamente, si lasciano appunto ricondurre al concetto, più o meno lato, di rischio".

(16) Vide considerações de G. Cornu, p. 207 *et seq.* (n. 1 – *Droit privé*), relativas à insuficiência da culpa (art. 1.382 – CC fr.) e a influência do art. 1.384 e das leis especiais. Usurpação e absorção de um pelo outro (Ripert), vide Guyénot, p. 54 *et seq.*

(17) Beudant-Rodière, ob. cit., vol. IX – bis, n. 1.496 e 1.498; L. e H. Mazeaud, ob. cit., vol. II, n. 1.303; R. Chapus, ob. cit., n. 299 e 303; B. Starck, ob. cit., p. 123 *et seq.*; François Goré, "Responsabilité du fait des choses", in *Encyclopédie Juridique – Répertoire de droit civil* – Dalloz – Paris – 1954, vol. IV, n. 397, p. 683 *et seq.*

a terceiros, acrescentou ao artigo citado, pela lei de 07.11.1932, que a responsabilidade do detentor do imóvel onde se iniciou o incêndio decorre da culpa.¹⁸

Este preceito constitui, sem dúvida, uma exceção ao princípio firmado no art. 1.384, § 1.º, porquanto, vindo consagrar a responsabilidade com culpa, direta e claramente afirma que o artigo referido sanciona o princípio da responsabilidade sem culpa.¹⁹ Diz muito bem Josserand, referindo-se à lei de 7 de novembro, que não se derroga senão o que existe.²⁰

Os debates doutrinários não se arrefeceram, até que o célebre aresto de 13.02.1930 da Corte de Cassação de Paris, veio lançar mais fortes argumentos aos sustentadores da teoria do risco.

O notável aresto não poderia deixar de provocar, como provocou, a opinião de notáveis juristas franceses. Capitant, reprovando a atitude da Corte, declara que a mesma estava desempenhando as funções de legislador, enquanto Ripert²¹ procura demonstrar que no referido julgado não há aplicação da teoria do risco, não tendo a Corte de Cassação modificado a sua doutrina. Os irmãos Mazeaud declaram que o referido julgamento substitui apenas a expressão “presunção de culpa”, pela expressão “presunção de responsabilidade”, sem se ferir o princípio da responsabilidade fundada na culpa, pois, se tal pretendessem os julgadores, teriam usado das palavras “risco” ou “proveito”.²²

Josserand dedica ao aresto de 13 de fevereiro uma de suas conferências, *Les accidents d'automobile et l'arrêt solennel de février 1930*, pronunciada na Faculdade de Direito de Coimbra, a fim de demonstrar que o referido aresto consagrou integralmente a teoria do risco, aplicando o dispositivo do art. 1.384, § 1.º, do CC Francês.²³

Na referida conferência, quando estuda a natureza da responsabilidade do guarda, Josserand declara que a Corte de Cassação não tem

(18) Josserand, *Cours*, n. 553 e 559; Savatier, *Revue critique*, 1933, p. 306 *et seq.*, n. 27 *et seq.*; Demogue, *ob. cit.*, vol. V, n. 983, 1.001, 1.122; Cozzi, *ob. cit.*, n. 17.

(19) Cozzi, *ob. cit.*, n. 13; Veniamin, *ob. cit.*, p. 440; Beineix, *ob. cit.*, n. 178; vide L. e H. Mazeaud, vol. II, n. 1.365; H. de Page, *ob. cit.*, vol. II, p. 740.

(20) *Cours*, vol. II, n. 533.

(21) *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, n. 173.

(22) *Ob. cit.*, vol. II, n. 1.309.

(23) *Évolutions et actualités*, p. 52 *et seq.*; vide *Livre Souvenir*, p. 39 *et seq.*

o hábito de falar para nada dizer. Ela pesa as palavras e as fórmulas. Quando renuncia a uma fórmula consagrada no estilo, é evidentemente porque tem suas razões. A expressão “presunção de responsabilidade” é usada no aresto de 13.02.1930 e depois, pela Câmara Civil, no aresto de 24.06.1930. Não é possível que esta mudança de fórmula não corresponda a uma idéia, a uma nova orientação da Corte Suprema em matéria de responsabilidade. E adiante acrescenta que a culpa aquiliana domina sempre o debate, mas somente se contenta com uma culpa problemática, possível, provável, um fantasma de culpa. Na verdade, há uma responsabilidade sem culpa alguma, uma responsabilidade legal, objetiva, causal, baseada, portanto, na idéia de risco.²⁴

Paul Durand, na sua obra *Le droit des obligations dans les jurisprudences française et belge*, coroada pela Faculdade de Direito de Paris (Prêmio Rossi 1929), depois de estudar a aplicação, na jurisprudência belga, do art. 1.384, § 1.º, do CC francês e mostrar que na Bélgica prevalece o princípio da culpa, assimilando o fato das coisas ao fato pessoal, declara que depois do aresto de 13.02.1930, uma presunção de responsabilidade pesa sobre o guarda da coisa, salvo a prova do caso fortuito, da força maior, da culpa da vítima ou de terceiro.²⁵

Assinalemos, finalmente, para chegarmos a uma conclusão neste debate, que Jean Sapin, na sua obra *Les assurances de responsabilité professionnelle* (Sirey – Paris – 1938), referindo-se à responsabilidade do fato das coisas, declara que a jurisprudência se mostra cada vez mais severa na admissão da causa estranha não imputável ao guarda da coisa e cita um aresto da Corte de Amiens de 21.02.1934, responsabilizando o proprietário de um café pelos ferimentos causados a um consumidor, em virtude do rompimento de um sifão, ainda que o fato tenha sido ocasionando por terceiro, que desastrosamente fez cair o referido sifão. A Corte justificou esta decisão, declarando que o fato de terceiro não pode ser considerado um caso fortuito, visto como o atravancamento do café deixa prever que os vaivéns dos clientes podem provocar a queda dos objetos sobre a mesa.²⁶

(24) *Évolutions et actualités*, p. 65 *et seq.*; vide Bonecasse, *Supplément à Baudry*, vol. VI, p. 491, n. 444.

(25) Paul Durand, *ob. cit.*, n. 18, 19 e 20; Rutsaert, *ob. cit.*, p. 229.

(26) Jean Sapin, *ob. cit.*, p. 42, nota 31. René Chapus, depois de sustentar no texto (*ob. cit.*, n. 304) que a responsabilidade, com fundamento no art. 1.384, §

Enumerando diversas passagens do obra de André Besson, já citada, mostra, com razão, Paul Leyat,²⁷ que aquele escritor prega a doutrina do risco na sua construção de culpa na guarda.

1.º, na sua interpretação jurisprudencial, constitui a aplicação da responsabilidade sem culpa, rebate, na nota 4, à p. 314 *et seq.*, a opinião de Paul Esmein, sustentando que a “presunção de responsabilidade” do art. 1.384, § 1.º, do CC, é um misto de presunção de culpa e responsabilidade, e, conseqüentemente, tem um “caráter híbrido”. Chapus combate esta opinião nos seguintes termos: “Nous ne croyons donc pas que l'on puisse dire, comme le fait M. P. Esmein, que la ‘présomption de responsabilité’ de l'article 1.384, al. 1.º du C. Civ. est ‘une mélange de présomption de faute et de responsabilité sans faute’ et a, par suite, un caractère hybride. Dans l'opinion de l'éminent auteur, si la responsabilité qui découle de l'application de cet article est bien une responsabilité sans faute lorsqu'elle est déclarée alors que la cause du dommage est restée inconnue, elle doit en dehors de cette hypothèse, s'analyser en une responsabilité pour faute présumée: en effet, lorsque, toutes les causes du dommage étant connues, le gardien se démontre exempt de faute, il serait exonéré de la présomption de responsabilité. Il ne semble pas qu'il ait là une interprétation exacte des solutions jurisprudentielles. En effet, dans le cadre de la responsabilité du fait des choses, jamais, queles que soient les circonstances de l'espèce, la démonstration par le gardien de son exemption de faute ou l'impossibilité d'une telle démonstration ne modifient en quoi que ce soit l'engagement de sa responsabilité. Cet engagement tient à un autre facteur: la responsabilité est toute entière sous la dépendance du fait que la chose a causé le dommage et le seul moyen d'exonération que est offert au gardien est de démontrer que sa chose n'a pas été la cause du dommage, ce qu'il peut faire, soit en montrant que le dommage est dû à un événement qui, extérieur à la chose, a été imprévisible dans sa survenance et irrésistible dans ses conséquences, soit en établissant que la chose n'a joué dans la réalisation du dommage qu'un rôle passif, c'est-à-dire, soit par la preuve d'un lien de causalité tel qu'il annihile le lien de causalité allégué entre la chose et le dommage, soit par la preuve directe que la chose n'a pas causé le dommage. Et il faut bien voir que si la preuve de la force majeure peut équivaloir à celle de l'absence de faute, la réciproque n'est pas vraie: la preuve de l'absence de faute ne peut jamais suffire à constituer la preuve de la force majeure ou, de façon générale, de la cause étrangère qui, encore une fois, peut seule exonérer de la ‘présomption de responsabilité’”.

(27) Ob. cit., p. 95. É notável assinalar que o Projeto de reforma do Código Civil argentino, seguindo a orientação das novas idéias, dispondo no art. 899 que respondem o proprietário ou detentores pelos danos causados pelas coisas inanimadas, acrescenta, enumerando os casos, os danos causados pela explosão de máquinas ou de substâncias.

Do exame das divergências doutrinárias, verificamos que a apregoada culpa na guarda,²⁸ criando uma verdadeira presunção *juris et de jure* da culpa, sem que o autor do dano possa provar a ausência da culpa, é, irretorquivelmente, a proclamação da teoria do risco. Se na teoria da culpa na guarda, ao invés de se apreciar a conduta do agente da coisa, toma-se somente em consideração o fato prejudicial, sob a presunção irrefragável de que o guarda responde pelo fato da coisa, o que se aprecia não é a conduta do agente, o seu grau maior ou menor de diligência, mas tão-somente o fato pelo qual responde o mesmo guarda. Diz o Professor André Rouast: desde que o senhor da coisa não pode desculpar-se, abandona-se a idéia de culpa, estabelecendo-se uma responsabilidade objetiva, admitindo-se a existência de um risco.²⁹

Nas múltiplas aplicações do art. 1.384, § 1.º, quer nos acidentes de automóvel, como nos de caça, de esporte, de eletricidade e outros, verificamos que o guarda é responsável, não pela sua ação individual, pela direção dada à coisa, porque tal apreciação importaria no exame da conduta do guarda, ou seja, no exame do fato pessoal, regulado pelo art. 1.382 do CC, mas pelo do fato da própria coisa inanimada, chegando Besson a afirmar que pouco importa continue ou não o guarda a ser o senhor da coisa; ele deve não causar dano, sob pena de responsabilidade.³⁰

(28) Vide Devoto, ob. cit., p. 67 e 68, notas 29 e 30 – Barassi, ob. cit., II; Messineo § 169, p. 586 *et seq.*; Cozzi, ob. cit., p. 96 *et seq.*; Venezian, *opere Giur.* I, p. 42; De Cupis, *Il danno*, p. 72; Scogniglio, “Resp. civile”, in *Novissimo Dig. It.*, vol. XV, p. 644, n. 10.

(29) *Premier Congrès International de l'Association Henri Capitant pour la culture juridique française*, cit., p. 607-609; Marc Ancel, na mesma obra *supracit.*, p. 609-610.

(30) Ob. cit., p. 46. Além das teorias da culpa presumida e da culpa na guarda, outras doutrinas, que nos parece se revestirem do caráter da responsabilidade sem culpa, procuram determinar o seu fundamento. Paul Roubier funda a responsabilidade do fato das coisas no “poder sobre a coisa”; “onde está o poder, deve estar a responsabilidade” (vide Goldman, ob. cit., n. 108 *et seq.*). B. Starck, aplicando a sua teoria de garantia à responsabilidade do fato das coisas, afirma que a responsabilidade do guarda da coisa, causador de dano a outrem, é a sanção do direito subjetivo do homem à integridade de seu corpo e de seus bens materiais (ob. cit., p. 138 *et seq.*). Para um conhecimento resumido das várias doutrinas a respeito da responsabilidade do fato das coisas, vide François Goré (ob. e loc. cit., n. 391-399).

No domínio da responsabilidade decorrente dos acidentes de automóvel, a aplicação do art. 1.384, § 1.º, do CC francês ou da teoria do risco provocou entre os juristas os mais vivos debates, sem se poder chegar a uma solução definitiva.³¹

Chegamos, entretanto, a esta verdade incontestável, encarando não só a jurisprudência, como as legislações modernas: ou a admissibilidade de uma presunção de culpa, sem admitir a prova em contrário, a não ser no caso fortuito ou força maior,³² ou a consagração da teoria do risco; ambas as doutrinas, porém, se confundem, praticamente, nos seus efeitos.

O projeto elaborado pela Sociedade de Estudos Legislativos, redigido por Colin, consagrou, sem dúvida, no seu art. 1.º, a responsabilidade objetiva, pois concede à vítima uma indenização decorrente dos prejuízos sofridos, contra o proprietário do veículo, sem necessidade de se provar a culpa, isentando-se o proprietário, parcial ou totalmente, só no caso de ter sido o acidente provocado ou agravado por culpa da vítima.³³

O novo Código italiano fixou no seu art. 2.043 o princípio genérico e fundamental da responsabilidade, exigindo que o fato danoso decorra da culpa ou do dolo. Mas o legislador consagrou várias exceções importantes, admitindo a responsabilidade sem culpa. Trata-se, segundo a terminologia de Adriano de Cupis, de danos antijurídicos não culposos.³⁴

O Código de Estrada da Itália, regulado pelo decreto real de 08.12.1933, segundo afirma Cozzi,³⁵ consagra no art. 122 o princípio da responsabilidade sem culpa e está redigido nos seguintes termos:

(31) Frederico Pezella, *La resp. del proprietario di veicoli negli infortuni della strada e dell'aria*, n. 11 et seq.

(32) Pezella, ob. cit., nota 4, p. 88-89.

(33) Jean Loup, ob. cit., p. 287 et seq.

(34) Ob. cit., p. 71 et seq. Vide Lodovico Barassi, *La teoria generale delle obbligazioni*, vol. II, n. 200 e 210, p. 707 et seq.; Tancredo Brasiello, *I limiti della responsabilità per danni nel nuovo sistema legislativo italiano* - Nápoles - 1942, n. 12 e 13; Edoardo Bonasi Benucci, *La responsabilità civile* - Giuffrè - Milão - 1956, n. 6, p. 19 et seq.; Francesco Cigolini, *La responsabilità della circolazione stradale* - Giuffrè - Milão - 1954, p. 690 et seq.

(35) Ob. cit., n. 56 et seq.

“O proprietário do veículo é solidariamente obrigado com o condutor, a menos que não prove a sua vontade, salvo a responsabilidade que lhe possa caber segundo os princípios gerais do Código Civil”.

Dos termos do citado dispositivo legal bem se vê que a responsabilidade do proprietário surge desde que haja responsabilidade do condutor; pouco importa que a responsabilidade deste se baseie, ou não, na culpa. A responsabilidade do proprietário surgirá do fato do condutor, sem necessidade de se provar se o mesmo concorreu ou não para tal.³⁶

O atual Código Civil italiano reproduziu, no seu art. 2.054, 2.º inciso, o dispositivo do art. 122 do decreto real de 1933 citado, referindo-se também ao usufrutuário e ao adquirente com pacto de reserva de domínio.

Entende De Cupis que no caso do art. 2.054, 2.º inciso, a responsabilidade é independente de culpa.³⁷

Em contrário, entretanto, manifesta-se Francesco Cigolini (ob. cit., p. 691), Edoardo Benucci (ob. cit., p. 130 et seq.) e T. Brasiello (ob. cit., n. 23 e 24).

As considerações que a respeito da tese da responsabilidade objetiva, no caso em apreço, expõe Cozzi, parecem convincentes. Na verdade, o fato de ter entregue o veículo voluntariamente a terceiro, devidamente habilitado a conduzi-lo, não constitui ato ilícito, não configura a

(36) Em sentido contrário: Pezella, ob. cit., p. 134 et seq.; Peretti - Griva, ob. cit., n. 34 e 58; vide Vincenzo Ferriolo, *Il nuovo Codice della strada*, p. 235 et seq.

(37) Ob. cit., p. 77. Eis as suas palavras: “E secondo l'art. 2.054, 2.º cpv., ‘Il proprietario del veicolo, o in sua vece, l'usufruttuario o l'acquirente con patto di riservato dominio, è responsabile in solido col conducente, se non prova che la circolazione del veicolo è avvenuta la sua volontà’. Salvo il caso in cui la circolazione del veicolo sia avvenuta contro la volontà del proprietario (ovvero, dell'usufruttuario o dell'acquirente con patto di riservato dominio), questi è sempre responsabile, indipendentemente dalla propria colpa, del danno arrecato dal conducente; tale danno può essere colposo o anche non colposo (in quanto derivi da vizi di costruzione o da difetto di manutenzione del veicolo; art. 2.054, 3.º cpv.), ma in ogni caso il proprietario (o, in sua vece, l'usufruttuario o l'acquirente con patto di riservato dominio) ne risponde indipendentemente dalla propria colpa”. Vide Gastone Cottino, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore* - Milão - 1955, p. 345 et seq.

existência da culpa no sentido clássico. É evidente que a responsabilidade do proprietário poderá surgir, sob o fundamento da culpa, se ele agiu imprudentemente, entregando o veículo a uma incapaz, a uma pessoa sem habilitação, reconhecidamente imprudente etc.

Salvo estes casos excepcionais, a responsabilidade do proprietário, nos termos do citado art. 2.054, inciso 2.º, é realmente objetiva, decorrendo exclusivamente da responsabilidade do condutor do veículo.³⁸ Entretanto, na hipótese do último inciso do citado art. 2.054, a responsabilidade objetiva é unanimemente proclamada.³⁹

(38) Cozzi assim se pronuncia sobre o assunto:

“L’art. 120 del R. D. 8 dicembre 1933 n. 1740 (testo unico di norme per la tutela delle strade e per la circolazione), nel quale è stato trasfuso l’art. 122 del codice stradale de 1928 (D. L. 2 dicembre 1928), nell’ultimo comma dispone: ‘Il proprietario del veicolo è solidamente obbligato col conducente, a meno che non provi che la circolazione del veicolo sia avvenuta contro la sua volontà, salvo la responsabilità che a lui possa incombere secondo i principi generali del codice civile’.

È ovvio che il fondamento di simile responsabilità è *indipendente da colpa*. In proposito è decisivo il rilievo che la responsabilità del conducente, la quale talora è perfino obiettiva (si noti!), non implica affatto da colpa del proprietario; pertanto, se la legge dichiara che quest’ultimo è responsabile ogni volta che sussiste la responsabilità del primo, deve ritenersi che essa intenda imporre una responsabilità senza colpa.

Del resto ben fragili sono gli argomenti sui quali si fonda la contraria opinione, che mira a ricondurre la responsabilità del proprietario nell’orbita del principio della colpa. S’è osservato che la responsabilità del proprietario è limitata alle sole ipotesi in cui sussiste la colpa del conducente e che, di conseguenza, non può essere considerata obiettiva. Ma, replichiamo, vi sono dei casi in cui il conducente è responsabile, *pur senza aver commesso alcuna colpa* (danno da difetto di costruzione). Inoltre, anche se la responsabilità del proprietario supponesse sempre la colpa del conducente, *ne deriverebbe la sua subbieltività solo se si potesse dimostrare che il proprietario è in colpa per semplice fatto che lo è il conducente*.

S’è pure osservato che la responsabilità del proprietario di veicolo *sussistendo solo se finché il veicolo è in circolazione*, non può essere obiettivamente fondata sulla mera proprietà di questo. Simile obiezione in verità può solo ricordarci che la responsabilità in questione è stata sancita in occasione dei pericoli della circolazione, ed è quindi in modo speciale concepita, ma non può affatto distruggerne scolpito *nell’obbligazione di garantire* il fatto di in terzo, ‘sotto la cui guida il veicolo circola’” (ob. cit., n. 56. p. 209-211).

(39) Cigolini, ob. cit., p. 691 e 696; De Cupis, ob. cit., p. 73 e 89; Barassi, ob. cit., p. 710; Ferdinando di Blasi, *Il libro delle obbligazioni* – “Parte speciale” – Milão – 1943, p. 660, n. 693; Emilio Betti, *Teoria generale delle obbligazioni*,

Trata-se da responsabilidade do proprietário, do usufrutuário, do condutor do veículo, quando o dano resultar de vícios de construção ou de defeito de manutenção.

Em matéria de acidentes de eletricidade, nos quais a comprovação da culpa da empresa é difícil, senão impossível, a aplicação do art. 1.384, § 1.º, se tornou indispensável. Defendendo a opinião dos que vêm na aplicação do art. 1.384, § 1.º, às coisas inanimadas, a teoria do risco, Joseph Alibert⁴⁰ declara que à vítima compete provar tão-somente o dano produzido pela coisa inanimada, visto como há o fato da coisa que escapou à guarda.

Referir-se, como vimos, a uma culpa provável ou de causa desconhecida, para fundamentar a responsabilidade em acidentes desta natureza, é recorrer a mero subterfúgio, para mascarar com uma palavra aquilo que não é senão a responsabilidade decorrente do próprio fato, ou seja, a consequência do risco a encargo do explorador do serviço. É, como bem diz Alibert,⁴¹ “bel et bien le risque”.

Nos casos das instalações elétricas de distribuição, constituindo-se uma rede extensa que não pode ser fiscalizada perfeitamente, os acidentes decorrentes do fato da coisa, como sejam a ruptura de um fio que atinge a vítima, correm sob a responsabilidade da empresa, que só será desfeita pela prova do caso fortuito ou força maior ou culpa da vítima, apesar de ignorada a causa do acidente.⁴²

Beineix rejeita como fundamento da responsabilidade, na hipótese acima exposta, quer a culpa presumida, quer a teoria do risco. A primeira, porque permite a prova em contrário da ausência da culpa;

Giuffrè – Milão – 1954, vol. III, p. 155. Benussi, entretanto, é de opinião de que apenas no caso de vício de construção a responsabilidade é objetiva; mas na hipótese dependente de vício de manutenção há uma responsabilidade subjetiva (ob. cit., p. 134). Na verdade, a responsabilidade decorrente do dano produzido em virtude de defeito de manutenção pode resultar de culpa do proprietário ou de mais pessoas enumeradas no inciso 3.º do cit. art. 2.054, por negligência, imprudência ou imperícia. Mas, ainda que a culpa não seja provada neste caso, a responsabilidade subsiste, porquanto o próprio inciso do cit. art. 2.054 se refere a “In ogni casi...”, circunstância que De Blasi (ob. e loc. cit.) destaca em seus comentários.

(40) Ob. cit., p. 345 *et seq.*

(41) Ob. cit., p. 328.

(42) Beineix, ob. cit., n. 158.

ora, só a prova do caso fortuito, da força maior ou da culpa da vítima exoneram o guarda da sua responsabilidade.

A segunda, porque explica mal a responsabilidade do guarda que não se aproveita da coisa, seja porque a mesma não lhe oferece utilidade alguma, seja porque só um terceiro se aproveita do benefício decorrente da exploração da coisa, sem ter o direito de direção, que faz surgir a responsabilidade. Referindo-se, finalmente, à teoria da culpa na guarda, Beineix declara que ela resulta com mais exatidão das soluções jurisprudenciais do que do texto do art. 1.384, § 1.º. Ademais, a matéria é ainda muito viva para que se possa esperar enfeixá-la em uma fórmula.⁴³

Não nos parecem procedentes os fundamentos expostos.

A teoria da presunção de culpa, modernamente difundida em face do art. 1.384, § 1.º, não é de presunção *juris tantum* e sem *juris et de jure*;⁴⁴ assim, pois, não se admitindo a prova da ausência da culpa, só desaparece a responsabilidade uma vez provado o caso fortuito, a força maior, a culpa da vítima ou o fato de terceiro.

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

No estudo das várias hipóteses de responsabilidade fundada nas presunções *juris et de jure*, teremos oportunidade de demonstrar que, na realidade, se trata de casos de responsabilidade sem culpa.⁴⁵

(43) Ob. cit., n. 177.

(44) Cozzi, ob. cit., n. 17; Cocat, ob. cit., n. 77; Besson, ob. cit., p. 170; Durand, ob. cit., n. 18; René Rodière, *La responsabilité civile* – Paris – 1952, n. 1.949 et seq.

(45) Em matéria administrativa, os julgados do Conselho do Estado, na França, têm proclamado, nos casos de acidentes decorrentes da corrente elétrica, a responsabilidade resultante do risco criado, atendendo aos perigos e aos danos causados (Beineix, ob. cit., n. 98; Alibert, ob. cit., p. 322). A teoria do risco tem sido também aplicada pelo Conselho de Estado ao caso de execução de trabalhos públicos, a atos da administração pública e a outros casos (Vide Duez, *La responsabilité de la puissance publique en dehors du contrat*, p. 38, 45, 47 e 54).

27. Da responsabilidade decorrente da ruína de edifício

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

Podemos assinalar cinco doutrinas sobre o fundamento jurídico daquela responsabilidade, estudadas pelos escritores franceses, em geral:

1.ª – a responsabilidade do proprietário decorre exclusivamente da culpa; 2.ª – o fundamento da responsabilidade decorre de uma presunção *juris tantum* da culpa; 3.ª – o fundamento da responsabilidade decorre de uma presunção irrefragável de culpa, ou seja, de uma obrigação legal; 4.ª – a responsabilidade não decorre da culpa, mas da propriedade; é uma responsabilidade do proprietário e se baseia na teoria do risco; 5.ª – a responsabilidade decorre do risco.

1.ª – A primeira doutrina, sustentada pelos irmãos Mazeaud,⁴⁶ consiste em afirmar que no caso de ruína, por defeito de conservação, há culpa do proprietário, por não ter reparado convenientemente o seu prédio; o ato resulta de sua negligência, como afirmam Colin e Capitant.⁴⁷

No caso, porém, de dano decorrente de vício de construção ou de se achar o prédio em poder de outrem, o proprietário responde pela culpa de outrem, pelo fato de outrem, contra o qual tem, entretanto, o direito de reaver a indenização paga à vítima.

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

2.ª – A segunda doutrina funda a responsabilidade numa presunção *juris tantum* da culpa, a qual decorre do próprio fato da ruína, podendo o proprietário fazer a prova, em contrário, da ausência de culpa, da força maior, do caso fortuito, ou da culpa da vítima.⁴⁸

(46) Ob. cit., vol. II, n. 1.063 et seq. Conf. Savatier, *Revue Critique* – 1934 – p. 40 et seq., n. 45.

(47) *Tr. el. de derecho civil fr.*, trad. esp. de De Buen, vol. III, p. 782.

(48) Aubry e Rau, *Cours de droit civil français*, vol. IV, n. 1.225.