

Pasta 124
13 copias
VOL. LXXXVI

Texto 1

ANO XXXVIII

FASCÍCULO 454

RIO DE JANEIRO — ABRIL DE 1941

REVISTA FORENSE

MENSÁRIO NACIONAL DE DOCTRINA, JURISPRUDÊNCIA E LEGISLAÇÃO

Fundadores

MENDES PIMENTEL e ESTEVÃO PINTO

Diretor

BILAC PINTO

Professor catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais

Redator-chefe

CARLOS MEDEIROS SILVA

Redatores-secretários

A. PEREIRA PINTO e VÍTOR NUNES LEAL

Redatores

C. A. LÚCIO BITTENCOURT — A. GONÇALVES DE OLIVEIRA — JOSÉ DE AGUIAR DIAS — OSVALDO MAGON — J. GUIMARÃES MENEGALE — OSCAR DE OLIVEIRA CARVALHO

Administração

Avenida Erasmo Braga, 12 — Caixa Postal 269

Rio de Janeiro

BRASIL

Evolução da Responsabilidade Civil

LOUIS JOSSERAND

Conselheiro da Corte de Cassação de França
— Professor de Direito Civil na
Faculdade de Lyon.

SUMÁRIO: — *Causas da evolução acelerada da responsabilidade — Culpa e onus da prova — Teoria do abuso do direito — Falta ou culpa negativa — Sistema das presunções legais — Doutrina do risco — Responsabilidade contratual e responsabilidade delitual — Conclusões.*

(*) A palavra “evolução” caracteriza palidamente o fenômeno que me proponho analisar diante de vós: é antes de “revolução” que conviria falar, tão rápido, tão fulminante se evidencia o movimento que leva a teoria da responsabilidade a novos destinos; nessa matéria, a verdade de ontem não é mais a de hoje que deverá, por sua vez, ceder o lugar à de amanhã.

Ao tempo em que eu era estudante, o meu professor de direito civil tratava da responsabilidade numa só e única lição, como dum assunto inteiramente secundário; e os repertórios de jurisprudência eram então bem pobres em decisões referentes aos delitos ou aos quase-delitos civis. Atualmente, dez ou doze lições são apenas suficientes para o professor dar aos seus alunos uma idéia do assunto em si; e, quanto às nossas coleções de jurisprudência, regorgitam, em todo o país, de julgamentos e de arestos proferidos em processos de responsabilidade; há mesmo várias revistas que são especializadas na matéria. Na verdade, a responsabilidade se tem elevado ao primeiro plano da atualidade judiciária e doutrinária: é a grande sentinela do direito civil mundial; é a primeira entre todas.

Além disso, a responsabilidade não é somente desenvolvida e intensificada, ela ocupa postos de mais a mais numerosos, deriva de várias fontes que brotam de todas as partes, em todos os pontos do campo jurídico — responsabilidade *contratual* e responsabilidade *delitual*; responsabilidade do *ato pessoal* do homem, ou do *ato de outrem*, ou do *ato de animais*, ou do *ato de coisas inanimadas*; responsabilidade *objetiva* ou *subjetiva*; responsabilidade baseada na idéia de *culpa* ou no conceito de *risco*; responsabilidade *individual* ou *coletiva*, conjunta ou *solidária*. O tronco primitivo, o tronco romano, desdobrou-se numa porção de ramos, e a responsabilidade tornou-se todo um mundo jurídico, mundo em movimento, em incessante gestação, sempre a começar; não é somente no sentido *quantitativo* que ela evoluiu, é também *qualitativamente*; a responsabilidade não se realiza só mais frequentemente que outrora, mas também se realiza de outros modos; apresenta-se com múltiplas faces, desconhecidas da sociedade romana, desconhecidas mesmo — algumas dentre elas, pelo menos, — de nossos avós, e cujos traços às vezes fugidios não são sempre fáceis de fixar no papel ou pela palavra. Eu quero entretanto esforçar-me para precisá-los, na medida do possível; se a empresa é temerária, ao menos me será facilitada, eu o sei, pela simpatia dum auditório culto e distinto, que me abre um largo crédito que me esforçarei por justificar; assim, tendo plenamente consciência de minhas próprias responsabilidades, terei em mente não abusar da vossa atenção e da vossa benevolência, sob cuja proteção e signo ousou realizar esta modesta palestra.

CAUSAS DA EVOLUÇÃO ACELERADA DA RESPONSABILIDADE

Antes, porém, uma questão preliminar deve ser elucidada: a que se deve a evolução constante e acelerada da responsabilidade? Como explicar seu vôo tão

(*) Conferência pronunciada em Faculdades de Direito e Institutos de Lisboa, Coimbra, Belgrado, Bucarest, Oradéla, Bruxelas, Madri, Rabat e Casablanca — Publicada em “Evolutions et Actualités” (Sirey, 1936, Paris) e traduzida por RAUL LIMA, advogado no Distrito Federal.

prodigioso? Quais são as causas profundas, sejam sociais ou individuais, materiais ou psicológicas? A causa essencial, a mais tangível e que mais toca ao espírito, é ao mesmo tempo de ordem social e mecânica, científica e material; deve ser procurada na multiplicidade dos acidentes, no caráter cada vez mais perigoso da vida contemporânea. Antes, ao tempo dos nossos antepassados, o acidente era raro, ou, pelo menos, apresentava-se sob uma feição tal que não era absolutamente gerador de responsabilidades; as guerras, o assassinato, as epidemias, a fome, faziam muitas vítimas, mas se suportava então, sem recurso, o que se chamou os riscos da humanidade, pois não se podia cogitar de pedir contas de sua desgraça a quem quer que fôsse. Numa época em que reinava só a pequena indústria, quando o operário manejava individualmente utensílios inofensivos, quando as viagens, mesmo consideráveis, eram feitas a pé ou em veículos a tração animal, os fatos suscetíveis de importar em responsabilidade delitual, puramente civil, eram pouco frequentes, e o homem se sentia em segurança, na rua como na oficina ou na loja.

Que mudanças depois dessa idade de ouro que era também a da imobilidade! Ao homem sedentário sucedeu um ser que parece pertencer a uma raça diferente, que se movimenta sem cessar, para seus negócios, para seu prazer, para vir fazer conferências diante de vós, e que recorre, para êsse fim, a engenhos maravilhosos e rápidos, mas suscetíveis de causar catástrofes medonhas; as artérias das grandes cidades, onde a erva outrora crescia discretamente, são cortadas em todos os sentidos por veículos rápidos e diversos, que se cruzam e se chocam, por vezes não sem brutalidade; ao trabalho individual, a domicílio, sucedeu o labor coletivo nas oficinas, nas usinas, que ocupam centenas, milhares, dezenas de milhares de operários; os instrumentos inofensivos de antanho foram substituídos por máquinas cujo poder é terrível; o homem captou e utiliza forças das quais êle não penetra sempre a essência íntima: a eletricidade, os raios X, o radium; multiplicam-se os acidentes, muitos permanecem anônimos e sua causa verdadeira fica desconhecida; os acidentes de locomoção alimentam a crônica dos jornais e fazem cada dia, na Europa, milhares de vítimas; a segurança na via pública, mesmo nas calçadas, onde os automóveis se arriscam às vezes em desagradáveis incursões, não é perfeita; e será menos ainda quando reinar praticamente a aviação, quando veículos aéreos circularem incessantemente acima das nossas cabeças, deixando cair sôbre o nosso planeta objetos de pesos e de dimensões variadas; então, o *homem da rua* de que falam prazerosamente os ingleses, ocupará uma posição subordinada que não será de repouso. O século do caminho de ferro, do automóvel, do avião, da grande indústria e do maquinismo, o século dos transportes e da mecanização universal, não será precisamente o século da segurança material: fiéis à recomendação de NIETZSCHE, vivemos *perigosamente*, cada vez mais *intensamente*, como nos aconselhava o ilustre presidente TEODORO ROOSEVELT.

E então, acontece muito naturalmente que, desprovidos da segurança material, aspiramos de mais a mais à segurança jurídica; uma vez que corremos sérios riscos de ser acidentados, tenhamos, ao menos, a certeza de obter oportunamente uma reparação, nós mesmos se sairmos vivos do desagradável acidente, nossos herdeiros se a nossa existência se encerra. Há, em nosso espírito e nos nossos nervos, um movimento de defesa espontâneo, uma reação instintiva; quanto mais o homem está em perigo, tanto mais experimenta a necessidade de ser protegido pelo legislador ou pelo juiz, de poder identificar um responsável; o desdobraimento da responsabilidade é assim função da insegurança e a fórmula *viver perigosamente* atrai fatalmente uma outra que lhe constitui a réplica e a sanção: *responder pelos nossos atos*.

Eis uma primeira causa do progresso da responsabilidade; é de ordem social ao mesmo tempo que de ordem científica e mecânica; e é preciso reconhecer que

ela é singularmente imperiosa e ativa; constitue o que os filósofos chamam uma *razão bastante*; mas, ao lado dela, acima dela, nas regiões mais elevadas, está uma outra, esta de ordem individual e moral, e que reside no apuro das nossas consciências de homens pensadores e cultos.

De-certo não pretendo que os juristas da Cidade antiga, ou os da idade média, ou os do século XVIII e da primeira metade do XIX, tenham sido indiferentes à injustiça, à desgraça imerecida. Já o velho direito romano se preocupava em assegurar êsse equilíbrio social que não é, em suma, outra coisa que a justiça humana; e os jurisconsultos do período clássico emitiam êste preceito animador: *neminem lædere*; são as idéias bem postas em relêvo por meu saudoso colega e amigo PAULO HUVELIN, nas suas publicações de direito romano, por meu colega de Nanci, M. FÉLIX SENN, no seu livro intitulado "De la justice et du droit", assim como por M. GEORGES CÔRNIL na sua sugestiva obra sobre o "Ancien droit romain et le problème des origines". E, na nossa velha França, se dizia já que *qui casse les verres les paye*, o que é evidentemente o comêço do direito e da sabedoria. Sim, tudo isso é exato, mas não impede que nossos antepassados tirassem bem prazerosamente seu partido do acidente ocorrido com o próximo e que não experimentassem a necessidade imperiosa de assegurar o reino dessa justiça distributiva já entrevista e desejada pelos juristas. Conhecia-se a palavra do nosso velho MONTAIGNE que, nos seus "Essais", constata que *le dommage de l'un est le profit de l'autre*, e que parecia bem aceitar essa lei natural com resignação, filosofia e bom humor. De resto, quando ocorria um acidente cuja causa permanecia desconhecida, eliminava-se a dificuldade atirando a responsabilidade ao passivo duma divindade; e tal acidente era um *damnum fatale*, era *act of God*, coisa do destino, de Deus ou dos inimigos do Rei; o melhor era então deixar as coisas em paz, não perturbar a ordem dos acontecimentos desencadeados por uma força superior a tudo: *quieta non movere*, tal parecia ser na matéria a divisa dos legisladores e dos juizes.

Mas é de um ponto de vista inteiramente diverso que nos colocamos, nós, homens do século XX, para apreciar as coisas: quando um acidente sobrevém, em que à vítima nada se pode censurar, por haver desempenhado um papel passivo e inerte, sentimos instintivamente que lhe é devida uma reparação; precisamos que ela a obtenha, sem o que nos sentiremos presos de um mal estar moral, de um sentimento de revolta; vai-se a paz da nossa alma. Talvez provenha isto da sensibilidade apurada, seja o efeito duma emotividade inerente a um excesso de cultura e de civilização; mas, em todo caso, é altruísmo; vale mais ainda, como certo personagem do teatro de IBSEN, ter uma consciência enfêrma, do que não ter absolutamente consciência. Quem, dos nossos dias, admitiria que um operário, vítima dum acidente cuja causa é desconhecida, ficasse sem reparação e que a miséria e a fome se instalassem no seu lar? Ninguém, tenho a certeza. Temos sede de justiça, isto é, de equilíbrio jurídico, e, quando acontece um desastre, procuramos logo o responsável; queremos que haja um responsável; não aceitamos mais, docilmente, os golpes do destino, e, sim, pretendemos determinar a incidência definitiva. Ou, se o quiserem, o acidente não nos aparece mais como coisa do destino, mas como ato, direto ou indireto, do homem. Se a palavra não fôsse um pouco forte, diria com gôsto que secularizamos a responsabilidade, que a fizemos um caso de pura justiça humana, para vigorar no quadro da nossa comunidade social, na conformidade do equilíbrio dos interesses e dos direitos e para satisfação da nossa consciência jurídica; e isto, convireis sem dúvida, é uma bela e nobre tarefa que foi executada no curso de menos de meio século.

CULPA E ONUS DA PROVA

Como isso aconteceu? Por quais processos o mundo dos legisladores, e sobretudo o dos juristas, conseguiu adaptar as regras do direito à sociedade mo-

derna, filha da ciência e mãe da riqueza econômica? A empresa era singularmente difícil, porque os meios jurídicos que estavam, há quarenta ou cinquenta anos, à disposição do juiz, eram duma pobreza, duma indigência desesperadora.

Tôda a teoria tradicional da responsabilidade repousava sobre a velha idéia de culpa: não há responsabilidade sem culpa provada; era um dogma milenário, herdado do direito romano, uma verdade primária que as gerações de juristas se transmitiam de século em século, e que resistia a tudo, mesmo às transformações políticas mais violentas, às revoluções, às mudanças de legislação e às codificações. Então, a vítima dum acidente, mais geralmente dum dano qualquer, devia, para obter uma indenização, oferecer uma triplíce prova; precisava estabelecer, antes de tudo, que sofrera um dano; depois, que seu adversário cometera um delito; enfim que o dano decorria do dito delito; dano, culpa, relação de causa entre esta e aquele, tais eram os três pontos sensíveis do processo, as três posições que a vítima, autora no feito, devia assumir de viva força; sem o que era a derrota, isto é, a recusa de qualquer indenização. E' com efeito ao autor que incumbe tradicionalmente o chamado onus da prova: *actori incumbit probatio*.

Ora, no caso, o onus probatório era singularmente pesado; constituía um considerável *handicap* para aquele sobre cujos ombros caía. Como um operário, que se feriu durante o seu trabalho, pode demonstrar a culpa do patrão? Como o pedestre, colhido por um automóvel, num lugar solitário, à noite, na ausência de testemunhas, pode provar — supondo-se que tenha sobrevivido ao acidente — que o carro não estava iluminado ou que corria a uma velocidade excessiva? Como o viajante que, no curso de um trajeto efetuado em estrada de ferro, cai sobre a via, pode provar que os empregados tinham negligenciado no fechamento da porta, logo depois da partida da última estação? Impor à vítima ou aos seus herdeiros demonstrações dessa natureza equivale, de fato, a recusar-lhes qualquer indenização; um direito só é efetivo quando a sua realização, a sua praticabilidade é assegurada: não ter direito, ou, tendo-o, ficar na impossibilidade de fazê-lo triunfar, são uma coisa só. A teoria tradicional da responsabilidade repousava manifestamente em bases muito estreitas; cada vez mais se mostrava insuficiente e perempta; fazia-se sentir imperiosamente a necessidade de alargar os fundamentos em que repousava o velho edifício de antanho que não correspondia mais às necessidades dos novos tempos e se tornava inhabitável.

O problema foi abordado pelo legislador, pela doutrina e pela jurisprudência, de diferentes lados; de todos o assalto foi dirigido contra a antiga regra: não há responsabilidade sem culpa provada. Os processos empregados para vencer essa luta, para dar mais ar e mais amplitude à teoria da responsabilidade, são numerosos e variados; mas gravitam todos em torno da noção da culpa aquiliana; prendem-se todos a êsse venerável bastião erguido pelos juristas da Roma antiga; a jurisprudência, notadamente, pôs, de algum modo, a culpa aquiliana em tela, submeteu-a a um duro tratamento, ora estirando-a em excesso, ora recolhendo-a, adelgçando-a a seu gosto, e chegando mesmo até a fazê-la volatilizar-se; infligiu-lhe, assim, o suplício do leito de Procusto.

Os processos técnicos a que recorreu para êsse fim, visando realizar a praticabilidade da responsabilidade e assegurar uma reparação à vítima, alinham-se nas seguintes categorias:

- 1.º Admitiu muito facilmente a existência da culpa;
- 2.º Estabeleceu ou reconheceu presunções de culpa;
- 3.º O legislador francês, também, substituiu por vêzes a noção de culpa pelo conceito de risco: daí, a responsabilidade, de subjetiva que era, tradicionalmente, tornar-se objetiva;
- 4.º Enfim, a jurisprudência estendeu outra medida à responsabilidade contratual, eliminando assim a responsabilidade delitual e colocando a vítima numa situação mais favorável quanto à prova.

Retomo estes diferentes pontos.

TEORIA DO ABUSO DO DIREITO

1. De início, é muito facilmente e sempre mais prazerosamente que a jurisprudência admite a existência da culpa; mostra-se verdadeiramente acomodaticia nessa matéria. A tradição é, aliás, neste sentido, desde o direito romano: *in lege aquilia et culpa levissima venit*; a culpa mais leve, mínima, basta para determinar, no domínio delitual ou quase delitual, a responsabilidade do seu autor. Ora, essa tradição foi, não somente mantida, mas desenvolvida pela jurisprudência francesa moderna, como também pela jurisprudência belga; duas teorias, notadamente, veem testemunhar êsse desenvolvimento: a do *abuso do direito* e a das *culpas negativas*.

A. A *teoria do abuso do direito*, que é muito antiga, mas que teve, nos últimos anos e na maioria dos países, um progresso rápido e considerável, veio alargar o domínio da culpa, admitindo que o exercício de um direito não é absolutamente incompatível com o conceito da culpa e que é cometer um delito civil exercer seu direito de certa maneira, por um motivo qualquer, notadamente se visando prejudicar a outrem. Os juristas romanos diziam que quem exerce um direito não comete falta e não está sujeito a nenhuma responsabilidade; tal era o sentido do antigo adágio: *neminem laedit qui jure suo utitur*, que parecia ser a expressão do bom senso, mas que constitui na realidade um paradoxo, uma contra-verdade; é preciso compreender, efetivamente, que os direitos não são concedidos pelos poderes públicos, não para que façamos uso deles discricionariamente, a torto e a direito, mas visando um motivo determinado; instituídos pela sociedade, têm missão social a cumprir, uma aspiração, um destino de que não devemos afastá-los. Se, por exemplo, nós os exercemos para prejudicar a outrem, fazêmo-lo desviar-se de seu caminho, cometemos uma falta que importa em responsabilidade. Não é exato dizer que somos responsáveis apenas quando agimos sem direito; seria mais certo dizer, ao contrário, com EMMANUEL LÉVY, que a nossa responsabilidade entra em ação no momento do exercício de nossos direitos; é porque fazemos mau uso deles, porque abusamos, que a nossa responsabilidade se estabelece. Noutros termos, os direitos não nos são concedidos com a garantia do governo, mas sem garantia nenhuma; é a nós que compete usá-los de maneira justa, social, legítima; são armas cujo manejo é delicado; devemos seguir a regra do jogo, senão caímos em falta e somos responsáveis em relação aos danos que podemos causar.

Essa teoria do abuso do direito encontra cada dia aplicações múltiplas; aplica-se ao proprietário que eleva maliciosamente um muro alto ou que constrói uma absurda chaminé, afim de obscurecer os fundos do prédio vizinho;¹ ou ao que levanta num terreno obras formidáveis, erçadas de pontas destinadas a prejudicar os vôos dos dirigíveis saídos do hangar contíguo;² ou ao litigante de má fé que sobrecarrega de processos seu inimigo ou sua sogra, pondo assim a ação da justiça a serviço de seus rancores;³ já o direito romano instituíra penalidades contra litigantes temerários; não se deve abusar das vias judiciárias; ou ainda ao credor que abusa das vias de execução, penhorando, para a cobertura de crédito módico, todos os bens do devedor;⁴ ou que procede a penhoras num momento inoportuno, obrigando o devedor a apresentar o balanço e provocando a abertura da falência, enquanto que, esperando um pouco, lhe teria permitido um reajustamento e a satisfação dos seus compromissos.⁵ Todos estes e muitos outros ainda abusam de seus direitos; fazem mau uso deles e os encaminham em direção

¹ Colmar, 2 de maio de 1855 (D.P. 1856, 2, 9).

² Req. 3 de agosto de 1915 (D.P. 1917, 1, 79).

³ Req. de 11 de junho de 1890 (D.P. 1891, 1, 193); 26 de dezembro de 1893 (D.P. 1895, 1, 529); Civ. 8 de junho de 1926 (S. 1926, 1, 252).

⁴ Paris, 26 de julho de 1919 (D.P. 1920, 2, 104).

⁵ Montpellier, 18 de março de 1930 (S. 1930, 2, 105, nota HÉMAR; D.P. 1930, 2, 145, nota J. PERCEROU).

errada; assim, cometem uma falta e incidem em responsabilidade. Não se enganavam os romanos que, em face da máxima *neminem lædit qui jure suo utitur*, ergueram êste outro adágio: *summum jus, summa injuria* que concretiza, em fórmula mais reduzida, mais condensada, tôda a teoria do abuso do direito, a qual, como há pouco vos disse, não é nova senão pelo prodigioso impulso que tomou há alguns anos e pela importância de que é objeto tanto na jurisprudência como da parte dos legisladores recentes; por exemplo, o código civil federal suíço proclama que *o abuso manifesto de um direito não é protegido pela lei*,⁶ encontram-se disposições da mesma natureza no código civil alemão,⁷ no código civil dos soviets,⁸ no código civil da República da China,⁹ no código das obrigações da República da Polônia¹⁰ como no do Líbano,¹¹ enfim no projeto de código das obrigações franco-italiano.¹² (*) A teoria do abuso do direito conquista assim foros de cidade na jurisprudência, na legislação e mesmo na doutrina e, com ela, é um campo imenso que se abre à culpa, que não recua mais diante da existência de um direito mas investe contra o seu exercício, se êle degenera em abuso: a culpa no exercício de um direito torna-se noção prática e corrente.

FALTA OU CULPA NEGATIVA

B. Totalmente diversa é a teoria que chamei de teoria das faltas negativas. Cada vez mais se admite que a nossa responsabilidade pode surgir, não somente pelo nosso procedimento ativo, como se atropelamos um pedestre ou difamamos nosso próximo, mas também de nossa abstenção, de nossa inércia: à culpa positiva vem opor-se e juntar-se a culpa negativa, que consiste em nos abstermos dum ato, dum intervenção, dum iniciativa considerados como obrigatórios; podemos pecar por omissão, tal como por ação, por imobilidade como por agitação. O art. 1.383 do código civil francês o decide expressamente; e a jurisprudência dá a êsse texto uma interpretação também larga, tão extensiva quanto possível. Ela descobre, lança a cargo de certas pessoas e de certas empresas, obrigações positivas em relação ao público, obrigações cuja inobservância tem um caráter culposo e, como tal, gerador de responsabilidade. Notadamente quer que o proprietário dum coisa suscetível de causar dano a outrem dote essa coisa de todos os aperfeiçoamentos sugeridos pelas últimas descobertas da ciência; se não o faz e se o aparelho permanece em atraso, a responsabilidade de seu proprietário corre sério risco de ser invocada. Desgraçado daquele que não está *em dia*. Seu espírito de rotina lhe será talvez fatal; segundo a fórmula empregada por M. PIERRE DE HARVEN, num excelente artigo aparecido recentemente na "Revue générale des assurances et des responsabilités", "está em falta quem não se adapta ao progresso";¹³ por exemplo, a companhia de estrada de ferro que não coloca nas chaminés de suas locomotivas o dispositivo capaz de reter as fagulhas e de prevenir os incêndios das florestas marginais da linha férrea; por exemplo, o proprietário dum casa que conserva um elevador de velha fabricação e perigoso, quando poderia substituí-lo por um aparelho mais moderno e mais seguro; por exemplo, ainda, e a decisão é recentíssima, o proprietário dum fonógrafo elétrico que torna impossível, para os vizinhos, qualquer recepção das

⁶ C. civ. suíço, art. 2.

⁷ C. civ. alemão, art.

⁸ Código civil da República dos Soviets, art. 1.º.

⁹ Código civil da República da China, art. 148: "O exercício de um direito não pode ter por fim principal prejudicar a outrem".

¹⁰ Código das obrigações da República da Polônia, art. 135: "Aquele que, intencionalmente ou por negligência, causa um dano a outrem exercendo um direito, é obrigado a repará-lo, se ultrapassou os limites fixados pela boa fé ou pelo fim em vista do qual êsse direito lhe foi conferido".

¹¹ Código libanês das obrigações, art. 124.

¹² Projeto franco-italiano dum Código de obrigações, art. 74.

(*) N. do T. — Código de Processo Civil Brasileiro, art. 3.

¹³ P. DE HARVEN, "Rev. belge des assurances et des responsabilités", janeiro de 1930.

emissões radiotelefônicas, ao passo que êsse inconveniente poderia ser evitado substituindo o motor ruidoso por um motor silencioso; nessa luta entre o telefone e o T. S. F. a última palavra será dêste, como o decidiu a Côrte de Amiens.¹⁴ Com essa jurisprudência, eis-nos emaranhados numa rede de obrigações inúmeras, na qual nos teremos de debater do melhor modo, dando prova de iniciativa e de modernismo; sem o que, no caso de causar dano a alguém, a nossa responsabilidade será ligada ao fato dessa culpa preconstituída, dessa culpa antecipada, que representa a nossa rotina. Depois disso, não se poderá mais dizer que o direito se retarda; êle segue a ciência passo a passo e exige que cada um faça outro tanto; é cometer um erro ater-se ao passado e não viver com o seu tempo: o modernismo é erguido em estado de obrigação jurídica e o misoneísmo torna-se um quase-delito civil.¹⁵

Eis aquí um primeiro processo a que as jurisprudências francesa e belga recorrem, para melhorar a situação da vítima dum dano; com uma complacência extrema, elas descobrem faltas por tôda parte, sem qualquer texto legislativo a consagrá-las e ainda que o autor do dano esteja a arguir a existência de um direito em seu favor: é o regime da multiplicação das culpas, assim instituído pelos tribunais e eminentemente favorável à vítima.

SISTEMA DAS PRESUNÇÕES LEGAIS

2. A êsse processo vem superpôr-se um outro que constitue o triunfo da técnica e que assenta no sistema das provas, ou mais precisamente no das presunções: a jurisprudência alega o onus da prova que repousa muito pesadamente sobre os ombros da vítima, e às vêzes mesmo ela o suprime pura e simplesmente, utilizando tôda uma gama de presunções. Substitue a culpa provada e efetiva pela culpa presumida e problemática.

Uma presunção é a indução dum fato desconhecido tirada de um fato conhecido; esta indução é portanto obra da lei, e a presunção é então *legal*, e às vêzes do juiz, sendo nesse caso *presunções do homem*.

A. Ora, as presunções legais abundam em matéria de responsabilidade; estão inscritas nos artigos 1.384, 1.385 e 1.386 do Código civil francês, — ou pelo menos a jurisprudência considera que estão inscritas nesses textos.

Nos têrmos do artigo 1.384, somos responsáveis pelos atos de certas pessoas por quem devemos responder: os pais respondem pelo dano causado por seus filhos menores que habitam com êles; os professores e mestres de officios durante o tempo em que êles estão sob sua vigilância; os patrões e empregadores pelos danos causados por seus criados e prepostos nas funções em que se ocupam.

Doutro lado, e segundo o artigo 1.335, o proprietário dum animal, ou quem dêste se serve, e enquanto sob sua guarda, é responsável pelo dano que o animal, selvagem ou doméstico, causou a outrem, mesmo que se haja desviado ou escapado.

Em seguida, é o artigo 1.386 que determina seja o proprietário de um edificio responsável pelo dano causado pela ruína dêste, ao menos quando essa ruína é motivada por falta de conservação ou vício de construção.

Enfim, e sobretudo, a disposição famosa do artigo 1.384, parágrafo I, dispõe, nos têrmos mais amplos, que somos responsáveis por fatos resultantes de coisas que temos sob nossa guarda.

Assim, responsabilidade pela culpa de outrem, responsabilidade pelo fato de animais, responsabilidade pelo fato de um prédio caído em ruína, responsabilidade

¹⁴ Amiens, 21 de dezembro de 1932 (S. 1933, 2, 45; D.H. 1933, 123).

¹⁵ P. DE HARVEN, op. cit.; SOLUS, "Rev. trim. dr. civ.", 1933, p. 516; SAVATIER, nota D.P. 1933, 1, 116; CAMPION, "La théorie de l'abus des droits"; H. E. L. MAZEAUD, "Traité théorique et pratique de la responsabilité", 2.^a ed. t. I, ns. 524 e segs..

de pelo fato das coisas inanimadas, outras causas de responsabilidade que se verificam de pleno direito, porque, diz a jurisprudência, os pais, os professores, os mestres, os empregadores, o proprietário ou o guarda são presumidos em culpa; e essa presunção legal é absoluta, menos a que pesa sobre os patrões e os guardas de animais ou de coisas inanimadas; ela exclue qualquer prova contrária, exceção feita dos casos de força maior e de culpa da vítima. Por exemplo, o guarda de um cão que mordeu alguém não seria admitido a provar que não cometeu falta; a presunção que pesa sobre ele é irrefutável; essa presunção não cederá senão diante da prova de que o dano é devido a um caso de força maior, o que é muito raro, ou, eventualidade mais prática, à culpa da vítima que, por exemplo, tenha irritado ou molestado o animal. Daí, ser extremamente favorável a situação dessa vítima; basta-lhe demonstrar que o dano foi exatamente causado pelo animal ou pela coisa ou pelo preposto; e é ao acusado que cabe esquivar-se, provando o caso de força maior ou a culpa da vítima; de modo que, na realidade, o onus da prova é deslocado; é sobre os ombros do demandado, do proprietário, do guardião, do empregador, que ele pesa, e não mais sobre os ombros da vítima que, permitam a expressão, *joue sur le velours* e ganha na certa.

Ora, os textos que estabelecem essas presunções legais são interpretados pela jurisprudência com enorme liberalismo. Por exemplo, tem sido julgado muitas vezes que o empregador responde pelos atos de seu preposto, não somente quando este se limita às funções que lhe tenham sido destinadas, mas ainda quando as excede; basta que tenha agido na ocasião do seu trabalho. Por exemplo, um viajante, descendo num hotel a uma hora avançada da noite, confia seu dinheiro ao plantão do estabelecimento, o qual foge em seguida com a fortuna inesperada; o hoteleiro será responsável perante o viajante espoliado? Poder-se-ia duvidar, pois o plantão não recebera a incumbência de aceitar depósito de dinheiro do viajante e, portanto, excedera suas funções. Entretanto a Corte de Apelação de Lião,¹⁶ e, depois dela, a Corte de Cassação, julgou doutro modo, porque, simplesmente, o plantão agira por ocasião do trabalho: não era ao viajante que cabia delimitar exatamente os poderes desse empregado; um *mandato aparente* basta para abranger a responsabilidade do empregador.¹⁷ E' um dos numerosos casos em que a aparência equivale, em direito, à realidade.

Mas é sobretudo a disposição do art. 1.384, parágrafo I, que a jurisprudência francesa considera com uma completa largueza de vistas: o guarda de uma coisa qualquer responde de pleno direito pelos danos que ela causa. Depois de vivas controvérsias, hoje quase esgotadas, não se distingue mais entre os móveis e os imóveis, nem a importância, o volume da coisa, nem que ela seja ou não perigosa, nem mesmo se, na ocasião do dano, estava abandonada ou manejada pelo homem; e é assim que a Corte de Cassação foi chamada a decidir se um *chauffeur* respondia de pleno direito, em virtude do artigo 1.384, parágrafo I, por acidentes causados pelo seu carro, mesmo que não se achasse ao volante: o ato do homem se integra por assim dizer no da coisa que é preponderante e que é o único a ser considerado. De-certo a questão foi discutida e asperamente: as companhias de seguros resistiram corajosamente a essa corrente jurisprudencial; mas a causa foi julgada e definitivamente pelas Câmaras reunidas da Corte de Cassação, no aresto solene proferido em data de 13 de fevereiro de 1930.¹⁸

Tôdas as coisas estão compreendidas no artigo 1.384, parágrafo I, e dão lugar, em cada caso, a responsabilidade de pleno direito: assim um armário, um carro de mão, como um automóvel, uma locomotiva ou uma batedora mecânica;

¹⁶ Lyon, 24 de junho de 1920 (D.P. 1922, 2, 40).

¹⁷ V. Crim. 23 nov. 1928 (S. 1931, 1, 153); 11 julho 1931 (D.H. 1931, 493); 22 de junho 1933 (D.P. 1934, 1, 5, nota L. JOSSEKAND); Req. 30 Jan. 1935 (S. 1935, 1, 144).

¹⁸ Câm. reun. 13 fev. 1930 (S. 1930, 1, 121 nota P. ESMEIN; D.P. 1930, 1, 57, nota RIPERT, com o relatório do conselheiro LE MARC'HADOUR e as conclusões do Procurador geral P. MATTER).

a bala dum fuzil¹⁹ ou a bola de tenis;²⁰ os gases deletérios como os corpos sólidos;²¹ e até as fôlhas das árvores envolvem de pleno direito a responsabilidade do proprietário quando, destacando-se da árvore, em massa, vão obstruir os condutos d'água da casa vizinha.²² a responsabilidade do fato das coisas tende à universalidade, e se pode mesmo dizer que essa universalidade já se verifica desde já.

As presunções legais de responsabilidade se desenvolvem assim sôbre um campo imenso.

B. Mas há também presunções do homem, deixadas às luzes do juiz. Acontece frequentemente que, em vista das circunstâncias da causa, o tribunal considera firmada a prova da culpa do réu em presunções suficientemente graves, precisas e concordantes: e não há aí mais do que a aplicação duma regra contida no artigo 1.353 do Código civil; há fatos que trazem em si mesmos a prova de sua origem, que são por assim dizer assinados; por sua natureza mesma, êles excluem a culpa, a intervenção, a negligência da vítima. E' bastante citar, a título de exemplo, os descarrilamentos e as colisões de trens. O viajante, vítima duma catástrofe dêsse gênero, não desempenhou senão um papel passivo; seria irrisório exigir-lhe, ou a seus herdeiros, provas da culpa da companhia; o fato danoso é um *fato culposo*; o empresário de transportes é presumido em culpa, sendo-lhe ressalvado provar o caso de força maior; o onus da prova lhe incumbe inteiramente.²³

Assim, graças ao jôgo das presunções legais ou judiciárias, o domínio do adágio "não há responsabilidade sem culpa provada" está singularmente restrito; a culpa presumida toma o lugar da culpa efetiva e demonstrada, para maior proveito da vítima cuja situação, na luta judiciária, está bem melhorada. Contenta-se com uma culpa provável, mesmo uma culpa hipotética, um fantasma de culpa.

DOUTRINA DO RISCO

3. Ora, não convém ir mais longe e banir completamente do domínio da responsabilidade, pelo menos do número das eventualidades, essa noção de culpa, tão delgada, tão desprezada, tão relegada; não convém admitir que somos responsáveis, não somente por nossos atos culposos, mas pelos nossos atos pura e simplesmente, pelo menos, bem entendido, se causaram um dano injusto, anormal a outrem? O *fazedor de atos*, como dizem os americanos, não deve ser responsável por seus atos? Problema capital, que é o da objetivação da responsabilidade, da substituição do ponto de vista subjetivo pelo ponto de vista objetivo, da noção de culpa pela do *risco*. Por essa concepção nova, quem cria um risco deve, se êsse risco vem a verificar-se à custa de outrem, suportar as consequências, abstração feita de qualquer falta cometida. Assim, não é cometer uma falta criar, com autorização dos poderes públicos, um estabelecimento incômodo, insalubre ou perigoso, ruidoso ou pestilencial; entretanto, não é obrigado a indenizar os vizinhos, lesados pelo funcionamento dêsse estabelecimento, danos e juros? Não é cometer uma falta fazer uma companhia ferroviária transitarem seus trens nos trilhos: ela obteve para êsse fim uma concessão dos poderes públicos e realiza um serviço público: não obstante, se as trepidações dos trens comprometem a solidez das casas marginais, se o fumo das locomotivas enegrece uma lavanderia estabelecida precedentemente perto da via férrea, se as fagulhas das locomotivas ateam fogo às florestas e às plantações, não será de tôda justiça conceder uma reparação às vítimas dêsses prejuízos? *Qui casse les verres les paye*; quem cria um risco deve

¹⁹ Civ. 25 de julho 1927 (S. 1928, 1, 89, nota P. ESMEIN); 25 julho 1934 (D. H. 1934, 473).

²⁰ Poitiers, 25 out. 1926 (S. 1927, 2, 73, nota H. MAZEAUD).

²¹ Civ. 7 dez. 1931 (S. 1932, 1, 55).

²² Limoges, 20 jun. 1921 (D.P. 1922, 2, 49).

²³ V. L. JOSSERAND, "Les Transports", 2.^a ed., n.º 937.

suportar a efetivação dele. Assim o ponto de vista objetivo toma o lugar do ponto de vista subjetivo, e o risco toma o lugar da culpa, essa espécie de pecado jurídico.

Tal era bem a concepção do eminente jurista M. SALEILLES, que a desenvolveu notavelmente na sua brochura "Les Accidents du Travail et la Responsabilité Civile", aparecida em 1897. E essa visão profética encontrou numerosas consagrações parciais, de ordem legislativa. E' a legislação sôbre os acidentes do trabalho, que, a partir de 1898, veio consagrar a noção do *risco profissional*, segundo o qual o patrão responde pelos danos ocorridos ao operário em consequência ou por ocasião do trabalho, independentemente de qualquer culpa de sua parte; é uma lei de 3 de maio de 1921 que visa os danos causados, não mais aos operários, mas a terceiros, em consequência de explosão, deflagração, emanção de substâncias explosivas, corrosivas, tóxicas, que se encontrem nos estabelecimentos do Estado ou nos estabelecimentos privados que estejam trabalhando para a defesa nacional, desde que em tempo de paz; é a lei de 16 de abril de 1914, visando os danos resultantes de crimes ou de delitos cometidos a fôrça armada ou por violência no território duma comuna, por tropas ou ajuntamentos, e pondo a reparação a cargo do Estado e, relativamente, a cargo da comuna, abstração feita de qualquer culpa de sua parte; é a lei de 31 de maio de 1924 sôbre a navegação aérea, levando à conta do explorador da aeronave os danos causados às pessoas e às coisas que se achem na superfície, responsabilidade de pleno direito, isenta de qualquer idéia de culpa e repousando exclusivamente na noção do risco criado.

Tôdas essas leis, e muitas outras ainda, preparam e consagram uma verdadeira revolução, dissociando completamente a responsabilidade da culpa, erigindo o patrão, a comuna ou o explorador da aeronave em seu próprio segurador por motivo dos riscos que criou; a idéia de mérito ou de demérito nada tem a ver no caso; a lei impõe o princípio justo e salutar "a cada um segundo seus atos e segundo suas iniciativas", princípio valioso para uma sociedade laboriosa, princípio protetor dos fracos: a fôrça, a iniciativa, a ação devem ser por si mesmas geradoras de responsabilidade.

RESPONSABILIDADE CONTRATUAL E RESPONSABILIDADE DELITUAL

4. Resta-me expor um último processo que se tem utilizado para reagir contra o sistema tradicional da responsabilidade, para ir em socorro da vítima de um dano, processo particularmente engenhoso que consiste em substituir pela responsabilidade contratual a responsabilidade delitual, e ao qual a jurisprudência, e certos legisladores também, tem recorrido desde há uns vinte anos.

E' preciso saber que o credor, em virtude de um contrato, se acha, quanto à prova, numa situação bem superior à do credor delitual, por exemplo, à da vítima dum acidente; porque, ao contrário dêste, não tem a fazer a prova da falta cometida por seu adversário, réu no processo. Assim, se tratei com um empreiteiro a construção duma casa que deveria ser concluída em data prefixada, posso, se essa obrigação não é executada no dia determinado, constituir em mora o empreiteiro e reclamar-lhe perdas e danos, sem ter de demonstrar que êle cometeu uma infração; ou, se quiserem, a só inexecução do contrato constitue uma falta pela qual o devedor deve reparação, salvo se provar o caso de fôrça maior. Em tais condições, é evidente que a vítima dum dano tenha interesse em apresentar-se como credor contratual e não delitual; lançaria então sôbre seu adversário o onus da prova.

A jurisprudência francesa tem compreendido muito bem a importância do problema, e se tem esforçado no sentido de resolvê-lo do melhor modo para os interesses da vítima, fazendo os contratos produzirem obrigações tão numerosas quanto possível, de sorte que o dano sofrido tenha outras tantas *chances* mais

de coincidir com a inexecução de uma das obrigações: graças a esse processo técnico, ela fez passar, tanto quanto possível, o delitual sobre o contratual.

Assim procedeu em relação ao transporte de pessoas: desde 1911, a Côte de Cassação francesa decide que o transportador, por exemplo a companhia ferroviária, assume, perante o viajante, uma obrigação de segurança absoluta; ela deve restituí-lo a si mesmo, são e salvo, no ponto de destino; senão, violou o contrato; é então responsável de pleno direito, contratualmente, salvo se provar a culpa da vítima ou caso de força maior: é a assimilação jurídica do viajante a um fardo de mercadorias, assimilação que não é talvez muito lisonjeira para ele, para seu amor próprio humano, mas que lhe é benéfica em caso de acidente.²⁴ Em certos países, na Bélgica por exemplo, é a lei mesma que consagra a teoria da responsabilidade contratual em matéria de transporte de pessoas (Lei de 25 de agosto de 1891).

Os acidentes ocorridos por ocasião dos *jeux forains* são tratados como de transporte: o empresário, o responsável pelo estabelecimento, garante, também, a segurança de seus clientes, e é assim contratualmente responsável pelos acidentes sobrevindos no decorrer dessas recreações movimentadas.²⁵

A Côte de Apelação de Lião tratou mesmo dos acidentes que se verificam num Prado durante uma lição de equitação; a vítima pode invocar a responsabilidade contratual do diretor do campo, cuja culpa não precisa provar.²⁶

A mesma Côte estabeleceu, em princípio, que "um dos deveres essenciais do hoteleiro é assegurar a segurança absoluta dos viajantes que se confiam aos seus "cuidados", o que pode ir muito longe.²⁷

A responsabilidade contratual está em marcha: ela afasta do seu caminho a responsabilidade delitual, e é lícito perguntar se, um dia, os tribunais não declararão o médico ou cirurgião responsável *contratualmente* pelos danos causados aos seus clientes por um tratamento contra-indicado, por uma intervenção intempestiva ou infeliz.²⁸ A responsabilidade contratual ganha terreno; espalha-se como a mancha de óleo e não se sabe onde se deterá, na sua marcha progressiva; ora, os seus progressos são também os da responsabilidade em geral, pois, graças a ela, a vítima dum dano obtém mais facilmente, mais seguramente, uma justa reparação. A teoria dita da responsabilidade contratual opera à maneira dum transformador de alta tensão; intensifica a corrente da responsabilidade, cuja natureza modifica.

CONCLUSÕES

Depois dessa exhaustiva conferência, é tempo de fazer ponto, de traçar a clássica linha do horizonte e de concluir. As constatações a que conduz um estudo de conjunto da responsabilidade, são as seguintes:

1.º Preliminarmente — e é o fenômeno mais marcante, mais surpreendente —, o problema da responsabilidade revestiu-se de amplitude, atualidade, e interesse doutrinário e prático, de que os juristas dos séculos precedentes não faziam nenhuma idéia: domina todo o direito das obrigações, toda a vida em sociedade;

2.º Em segundo lugar, o legislador, a jurisprudência e a doutrina se esforçam, por meios variados e processos técnicos apropriados, por vir em socorro das

²⁴ Civ. 21 nov. 1911 (S. 1912, 1, 73, nota CH. LYON-CAEN); 27 jan. 1913 (S. 1913, I, 177, nota CH. LYON-CAEN); 24 de julho de 1930, S. 1930, 1, 368, 6 dez. 1932 (D.H. 1933, 35).

²⁵ V. Nancy, 26 junho 1925, Paris, 22 fev. 1926 (D.P. 1927, 2, 25, nota LALOU); LYON, 7 dez. 1928 (D.P. 1929, 2, 17, nota L. JOSSERAND); Toulouse, 23 março 1934 (D.P. 1935, 2, 49, nota LÉON MAZEAUD).

²⁶ Lyon, 1.º abril e 21 out. 1922 (D.P. 1924, 2, 51).

²⁷ Lyon, 24 junho 1920 (D.P. 1922, 2, 40).

²⁸ V. a tese de PAUL DURAND sobre "Les Conventions d'irresponsabilité, n.º 56, e a nota de M. LÉON DENISSE, D.P. 1920, 1, 30; comp. Aix, 16 julho 1931 (D.P. 1932, 2, 5, nota crítica M. NAST).

vítimas, notadamente assegurando-lhes, do ponto de vista da prova e da luta judiciária, uma situação tão favorável quanto possível;

3.º Doutro lado, — e é uma terceira conclusão — a responsabilidade tende a objetivar-se; o risco se opõe à culpa e a afasta da sua dianteira. Isto não é dizer que a velha teoria da culpa aquiliana esteja condenada, mas que sua insuficiência é certa e se acusa cada vez mais. A responsabilidade moderna comporta dois polos, o polo objetivo, onde reina o risco criado e o polo subjetivo onde triunfa a culpa; é em tórno d'esses dois polos que gira a vasta teoria da responsabilidade;

4.º Enfim, uma última constatação se impõe e é uma homenagem à jurisprudência: como pudestes notar, a evolução da responsabilidade se tem produzido com o mínimo de intervenção legislativa: ela foi sobretudo obra da jurisprudência que, na França, na Bélgica e noutros países, tem sabido tirar partido maravilhoso dos textos e dos princípios que tinha à sua disposição e os tem acomodado ao gôsto do dia, com uma oportunidade, um senso das realidades práticas e uma engenhosidade verdadeiramente admiráveis; graças a ela, viu-se — segundo a palavra de JEAN CRUET, um dos melhores juristas franceses, prematuramente roubado à ciência — viu-se “o direito evoluir sob uma legislação imóvel”, e o juiz foi a alma do progresso jurídico, o artífice laborioso do direito novo contra as fórmulas velhas do direito tradicional.

A história da responsabilidade é a história e é o triunfo da jurisprudência, e também, de alguma forma, da doutrina; é, mais geralmente, o triunfo do espírito, do senso jurídico, e por haver pensado que tal assunto não era indigno de reter a vossa benevolente atenção, — que vos agradeço de todo coração ter-me concedido — e da qual me escuso de haver abusado um pouco, apesar da minha promessa de início: reconheço minha responsabilidade neste caso, e estou disposto a tôdas as reparações.

