

Notas ao Código Civil.

O DANO SEM CULPA NAS RELAÇÕES EXTRA CONTRATUAIS

José Augusto Cesar

Diz o art. 159 do Código: «Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência violar direito ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano».

Por esse dispositivo são atos ilícitos: a) os que violam direito; b) os que causam prejuízo a outrem.

E' escusado dizer que as violações de direito que não causam dano a ninguém não originam obrigações civis, posto que possam constituir delitos penais. A ação civil resultante de um ato ilícito não tem outro objeto a não ser o resarcimento do dano. Isto está explícito no próprio art. 159, que impõe ao agente a obrigação de «reparar o dano» como consequência do ato ilícito que praticou.

A culpa é também de acordo com o art. 159 uma condição do delito civil. Para que as violações de direito ou as ações que causam prejuízo a outrem constituam fontes de obrigações é necessário que umas e outras sejam imputáveis á culpa (*lato sensu*), seja esta de intenção, ou de negligência.

Mas em que consiste a culpa, ou o elemento subjetivo do ato ilícito ?

A resposta depende da distinção entre as duas classes de ações feita no art. 159.

Si se trata de «violações do direito», o objéto da culpa é o carácter ilícito do ato, isto é, considera-se em falta a pessoa que sabia ou devia saber que com o seu ato violava direito, conquanto não previsse, nem devesse prever as consequências prejudiciais do mesmo ato. Tratando-se, porém, das ações que «causam prejuizo a outrem» a culpa consiste na previsão do dano, ou na negligencia em não o ter previsto, nem evitado. Nos casos da primeira categoria o agente em vão pretenderá excusar-se, alegando que não podia prever os efeitos danosos do seu ato e que tomou todas as cautelas para impedi-los; ele violou culposamente o direito e isto basta para acarretar a sua responsabilidade. Assim, por ex., o dono de um animal não será obrigado a indenizar o dano por este causado, si provar qualquer dos fatos mencionados no art. 1527 do Codigo Civil. Mas, si ele tiver violado qualquer preceito legal destinado a proteger os particulares contra animais, não lhe aproveitará nenhuma das defesas admitidas pela citada disposição.

Nos casos da segunda categoria, si não houver dolo negligência ou imprudência a imputar-se ao agente relativamente ao fato ou suas consequências, ele estará isento da obrigação de reparar o dano.

Na expressão «direito» o art. 159 compreende: a) os direitos subjetivos, como a vida, a integridade fisica, a liberdade, a propriedade; b) o direito objetivo, isto é, as disposições preventivas da lei dos regulamentos e das posturas municipais, sejam essas disposições proibitivas ou preceptivas. A violação do direito de outrem e a transgressão da lei são assim equiparadas pelo art. 159 como fontes de obrigações independentemente da previsão ou da negligência em não prever as consequências prejudiciais do ato.

Quais são, porém, as ações que sem violar formalmente direito causam prejuizo a alguém? Pois tais ações não se acham sob o resguardo do conhecido princípio — *qui suo jure utitur neminem laedit?*

A solução da dúvida decorre do conceito da liberdade natural.

Na esfera juridica de cada um ha direitos positivamente reconhecidos pela lei. Além deles ha as faculdades cujo complexo

constitui a liberdade natural, garantida em princípio e não em suas manifestações concretas. E' o exercicio abusivo da liberdade que o art. 159 tem em vista quando especifica os atos «que causam prejuizo a alguém», distinguindo-os dos que «violam direito».

Si, por ex., as posturas de uma cidade proibirem queimar fogos de artificio dentro do perimetro urbano, o ato praticado de encontro a essa prohibição será uma violação do direito e obrigará o agente á reparação do prejuizo causado a outrem, ainda que ele não tenha incorrido em culpa quanto aos resultados do seu ato. Si, porém, não houver a prohibição aludida, aquele que soltar os fogos não praticará uma ação em si illicita, pois apenas usará de sua liberdade; de modo que só será obrigado a resarcir o dano que os fogos causarem a pessoas ou cousas alheias, si ele o previu ou devia tê-lo previsto, por outros termos, si houver intenção de prejudicar ou pelo menos negligência ou imprudencia. Em suma, o art. 159 se compõe de duas partes: uma prevê as violações do direito subjetivo ou objetivo; a outra, os abusos da liberdade natural.

Segundo o art. 160 não constituem atos ilicitos os praticados no exercicio regular de um direito reconhecido. *A contrario sensu* são atos ilicitos os praticados no exercicio *irregular* de um direito. Os direitos reconhecidos no sentido do art. 160 são as faculdades atribuidas expressamente pela lei ao individuo e que, como já vimos, se contrapõem á chamada liberdade natural, cujo exercicio abusivo é qualificado pelo art. 159 como illicito. E' a doutrina do abuso do direito em sua expressão mais ampla que vem consagrada no Codigo.

Temos, pois, três classes de atos ilicitos: a) as violações do direito; b) os abusos da liberdade natural; c) os abusos dos direitos explicitamente consignados na lei:

O Codigo não diz si a culpa é condição necessaria para que os atos da terceira classe sejam havidos como ilicitos.

Os termos do art. 160, I, fazem supôr que o legislador prescindiu da culpa. O abuso do direito, consiste, conforme aquela disposição, no exercicio irregular (ou anormal) dele. Ora por exercicio irregular ou anormal de um direito deve entender-se aquelle que é reprovado pelos bons costumes ou pela conciencia

social, independentemente da intenção do agente. Parece, pois, que o Código considera apenas o lado objetivo dos atos. E' um sistema diverso do de outras legislações, inclusive o direito romano, o qual só reprovava o uso do direito que não oferecia nenhum interesse para o seu titular, tendo somente como fim, o prejuizo de outrem — cf. a Novella 63. E', entretanto, duvidoso que nas aplicações mais importantes da doutrina do Código se possa abstrair da culpa, salvo no exercício do direito de propriedade.

No uso das ações judiciais, por ex., o princípio da culpa e não o do risco, tem sido adotado por leis especiais como fonte da obrigação de indenizar — cf. o art. 21 da lei de falencias.

Não vamos fazer aqui a crítica do sistema do Código, pois o nosso intuito é o estudo sumario do dano sem culpa na lei positiva e na doutrina. Acentuamos apenas que na disposição fundamental a respeito dos atos ilicitos o Código exige a culpa *lato sensu* como condição da responsabilidade do agente. Sem culpa não ha obrigação de resarcir o dano, tal é a regra geral.

Seria razoavel que na verificação da culpa e na *avaliação da responsabilidade*, devendo as disposições sobre essas duas materias contêr apenas o desdobramento e as aplicações do art. 159, o Código se mantivesse fiel ao seu princípio basico. Não é, porém, isso o que resulta da análise dos titulos VII e VIII do livro III, nos quais se encontram casos de responsabilidade sem culpa.

Vamos examiná-los rapidamente, seguindo, porém, uma ordem diversa da numeração dos artigos, que não obedece á sequéncia lógica das idéas. Os arts. 1537, 1538 e 1539 regulam a indenização nos casos de homicídio e ferimento e o art. 1540 manda aplicar esses dispositivos á morte ou lesão resultantes de ato considerado crime justificavel, *si não foi perpetrado pelo ofensor em repulsa da agressão do ofendido*.

Crime justificavel é o crime cometido em legítima defesa ou no estado de necessidade — cf. o Código Penal, arts. 32-35.

Das palavras finais do art. 1540 parece á primeira vista decorrer que todos os crimes praticados por quem age em legítima defesa escapam á aplicação dos arts. 1537-1539, pois que a lei só considera como ato de legítima defesa o praticado

em repulsa de agressão do ofendido — Código Penal, art. 34. Todavia os termos restritos do art. 1540 autorizam a concluir que é devida a indenização: a) a pessoas estranhas á agressão e que são casualmente atingidas pelo ato que o agredido pratica em sua defesa; b) a todos os que sofrem dano no caso de legítima defesa de terceiro.

O estado de necessidade verifica-se muito raramente. Não obstante o Código lhe consagrou nada menos que quatro disposições (arts. 160, II, 1519, 1520, 1540). São três as formas do estado de necessidade: a) salvação da propria pessoa (ou de certas pessoas caras) com sacrificio de outra pessoa, como no exemplo classico do náufrago que para se salvar arrebatada das mãos de outro náufrago a *tabula unius capax*; b) salvação de pessoas com danificação ou destruição de cousas; c) salvação de bens com deterioração ou destruição de cousas alheis.

O art. 32 § I do Código Penal, em cujo preceito se declaram justificados em geral os crimes praticados para evitar mal maior, parece abranger todas aquelas hipoteses; mas o art. 160, II do Código Civil, onde só se alude a estrago ou destruição de cousas, não compreende a primeira especie, isto é, a salvação propria com sacrificio de outrem. Em rigor, portanto, o homicidio e o ferimento impostos pelo estado de necessidade não estariam incluídos no preceito do art. 1540, o que quer dizer que seriam considerados atos ilicitos pelo Código Civil. Acreditamos não ter sido essa a intenção do legislador; nenhuma razão plausível justificaria essa limitação do dispositivo penal sôbre o estado de necessidade.

O Código, tão exuberante em regular hipoteses raras e especiais, nada dispõe sobre a responsabilidade civil dos incapazes de imputação; materia de indiscutível interesse pratico.

No direito anterior aquelas pessoas respondiam civilmente pelos prejuizos causados por seus atos a terceiros.

Mas o Código Civil regulou ou pretendeu regular systematicamente as obrigações provenientes dos atos ilicitos. *Ex vi* do art. 1807 deve-se, pois, entender revogada a legislação antiga sobre essa materia. Ora, sendo excepcionais as disposições do Código a respeito do dano sem culpa, não podendo por isso ser ampliadas a casos nelas não especificados, daí se infere estarem

isentos de responsabilidade civil os incapazes de imputação: onde não ha imputabilidade não pode haver culpa. (Os autores dos atos ilicitos, que o art. 1518 § unico declara solidariamente responsaveis com as pessoas designadas no art. 1521, são sómente os capazes).

A respeito dos atos ilicitos de menores existe a disposição do art. 156: «O menor entre dezeseis e vinte e um anos equipara-se ao maior quanto ás obrigações resultantes de atos ilicitos, em que for culpado». Segue-se que os menores de 16 anos nunca respondem civilmente pelas consequencias dos seus atos ilicitos ?

Seria êrro afirmá-lo.

O menor de 16 anos será responsavel pelo dano que causar a outrem, sempre que agir com discernimento, o que terá de ser verificado em cada caso. Algumas legislações civis estabeleceram um periodo de irresponsabilidade certa, como o direito romano. Mas não havendo no Codigo nenhuma disposição nesse sentido, a questão da responsabilidade dos menores de 16 anos deve ser deixada á apreciação do Juiz.

Distinguem-se, portanto, dois periodos na vida do menor, sob o ponto de vista das obrigações por atos ilicitos. No primeiro, que vái até a idade de 16 anos, a responsabilidade depende da verificação do discernimento. No segundo, entre 16 e 21 anos, o menor é equiparado ao maior.

Segundo o art. 5 são absolutamente incapazes dos atos da vida civil os «loucos de todo o genero». Vigorará a mesma norma em materia de obrigações *ex delictis*? Ou ha molestias mentais compatíveis com uma semi-imputabilidade? Esta questão, mais de psiquiatria que de direito civil, escapa aos limites do presente trabalho. Diremos sómente que as pessoas privadas do uso da razão por enfermidade mental são irresponsaveis e em consequencia isentas da obrigação de reparar os danos produzidos por seus atos. Si ocorrerem dúvidas sobre a imputabilidade de algum autor de ato ilicito, será necessario apurar-se o seu estado mental na ocasião do ato, coligindo-se para esse fim todas as provas possiveis.

... Quanto aos surdos-mudos não educados, sua inaptidão para adquirir idéas morais é uma regra geral, suscetível de ex-

cêções; pelo que serão eles responsáveis todas as vezes que se puder provar que agiram com discernimento.

Além dos não imputáveis por deficiências mentais, o art. 27 do Código Penal exime da responsabilidade criminal os seguintes:

1. — Os que se acharem em estado de completa privação (ou perturbação ?) de sentidos e de inteligência no ato de cometer o crime.

E' o reconhecimento legal da irresponsabilidade por efeito de emoções, paixões. Esta dirimente dá lugar á impunidade de verdadeiros criminosos. Como, porém, a responsabilidade civil é independente da criminal (Código Civil, art. 1525,) é possível mesmo depois da sentença criminal absolutória, a instauração do juízo civil para a prova da culpa do agente, como condição da sua obrigação de reparar o dano.

2. — Os que forem impelidos a cometer o crime por violência física irresistível ou ameaças acompanhadas de perigo atual.

A violência física irresistível suprime completamente a vontade na prática do ato. E', pois, fóra de dúvida que exclui a responsabilidade civil, como a criminal.

A ameaça acompanhada de perigo atual exerce apenas uma coação moral, como o estado de necessidade (art. 32) I do Código Penal, ao qual ela é inteiramente equiparada em algumas legislações. Mas, como já vimos, o «crime justificável» do art. 1540 do Código Civil só compreende as duas espécies do art. 31 do Código Penal. Fóra daí a obrigação de indenizar dependerá da culpa.

3. — Os que cometerem o crime casualmente no exercício ou prática de qualquer ato lícito, feito com a atenção ordinária.

O ato praticado nessas condições é o exercício de um direito. Si ele, o agente, causar dano a alguém, não terá que repará-lo.

O art. 1527 prevê os danos causados por animais. Presume a culpa do proprietário ou do detentor do animal, mas permite-lhes destruir a presunção mediante a prova de qualquer dos fatos por ele enumerados.

Parece-nos defeituoso o sistema da lei. Porque, si os danos causados por animais resultam, ainda que indiretamente, de não serem eles bem guardados e vigiados, é de justiça a obrigação de resarcí-los em todos os casos.

O Código não contém disposição geral sobre os danos provenientes das cousas inanimadas. Os arts. 1528 e 1529 regulam casos particulares.

«O dono do edificio ou construção, diz o art. 1528, responde pelos danos que resultarem de sua ruína, si esta provier de falta de reparos, cuja necessidade fosse manifesta». Aqui a culpa brota das circunstancias — *culpa in re ipsa*. Na prova de que a ruína resultou da falta de reparos manifestamente necessários está implícita a prova da culpa do dono; daí a sua responsabilidade. (I).

O art. 1529 abre uma exceção ao princípio geral. A obrigação de responder pelo dano ali previsto não depende da culpa de quem habita a casa.

Mas os danos provenientes de cousas inanimadas não se reduzem aos dois previstos nos arts. 1528 e 1529. Inumeros outros casos da mesma categoria podem originar questões de indenização. Indubitavelmente todas elas (salvo talvez as que se relacionam com o exercício do direito de propriedade) resolvem-se pelo principio fundamental da culpa firmado no art. 159. Em consequencia o proprietario de cousas que directamente causam dano, será obrigado a repará-lo todas as vezes que sem culpa sua ele não se teria verificado, incumbindo ao prejudicado a prova da culpa.

(I). O art. 555 attribui ao proprietario de um predio o direito de exigir do dono do predio visinho a demolição ou reparação necessaria, quando este ameace ruína, bem como que preste caução pelo dano iminente.

Confrontando-se essa disposição com a do art. 1528, deduz-se o seguinte:

1.º — O art. 555 fala em *predio*; o art. 1528, em edificio ou construção.

2.º — O art. 555 estabelece a providencia em favor do *proprietario visinho*; o art. 1528 confere o direito de indenização a quaisquer pessoas prejudicadas pela ruína.

3.º — Pelo art. 555 o visinho pode exigir a demolição ou reparação, sempre que o predio ameaca ruína; pelo art. 1528 o proprietario só é responsavel quando a ruína provém de falta de reparos, cuja necessidade fosse manifesta (o não exigir a demolição ou a caução neste ultimo caso não é falta de diligência do proprietario?).

4.º — A caução do art. 555 é uma medida de garantia e não meramente promissoria, como era em direito romano a *cautio damni infecti* do proprietario.

Os casos de responsabilidade por fato de outrem são numerosos e agrupam-se em diversas classes. O Código dispõe sobre alguns deles nos títulos VII e VIII do livro 3. Em todos (menos o do art. 1546, que devia estar no tit. VII e não no tit. VIII) a culpa é condição da responsabilidade.

Do exposto decorre a confirmação da nossa asserção anterior: O Código só excepcionalmente manda reparar o dano sem culpa nas relações extracontratuais. A culpa figura como elemento do ato ilícito não só no princípio básico do art. 159, como em muitas outras disposições — cf. arts. 79, 80, 156, 1523, 1538, 1545.

Na hipótese do art. 1527 ela é presumida; na do art. 1528, resulta do aspecto com que se apresenta o fato; em outros casos é inerente ao caráter do ato.

Assim o princípio — nenhuma obrigação de resarcir o dano sem a culpa — domina a legislação civil em matéria de obrigações por atos ilícitos.

Dentre as exceções só uma tem relevância prática: é a concernente ao exercício abusivo do direito de propriedade. As outras constam das mesquinhas disposições dos arts. 1519, 1520, 1529, 1540, 1546.

A nenhum critério superior obedeceu o legislador nessa regulamentação: uma lei que ordena o resarcimento de prejuízos resultantes de crimes justificáveis não devia ter deixado sem reparação outros danos não culposos, contra o que dispõem quasi todos os códigos.

E' de ter-se como ideal da legislação civil, em se tratando do resarcimento de danos extracontratuais, a substituição do princípio da culpa pelo do risco ou da responsabilidade objetiva? Ou deve manter-se a culpa como fundamento da obrigação, com as exceções que as conveniências sociais impuzerem?

Como é sabido, uma forte corrente doutrinária moderna propugna a reforma do direito tradicional na matéria que nos ocupa.

A responsabilidade civil, dizem os adeptos da nova doutrina, não deve estar adstrita ás condições psíquicas do agente, porque o resarcimento tem por fim restabelecer o equilíbrio patrimonial e não punir. A lei civil infere consequências de

uma coisa, de um fato, de uma relação, independentemente das pessoas: a lei penal só contempla o homem. O direito civil estabelece presunções, parte de pontos de vista objetivos e formais, tudo em contrário ao direito penal. O mesmo fato, o homicídio, por ex., pode ser punido com a pena maxima ou com uma pena insignificante (Codigo Penal, arts. 294 e 297), sem que essa diversidade exerça influência na ordem civil. Por outro lado a multiplicação das relações sociais, os novos modos de aproveitamento dos bens, o desenvolvimento da indústria, os modernos ideais sobre o equilibrio das classes necessitam a objetivação da responsabilidade ou pelo menos providencias que não cabem nos quadros estreitos do direito classico.

E' irrecusavel a procedencia dessas considerações.

O sistema tradicional sôbre a reparação do dano não contratual não basta á complexidade da vida hodierna e conduz muitas vezes a soluções que ferem o sentimento do justo!

Sem dúvida o conceito da culpa no dominio do direito resultou de um longo processo evolutivo da cultura greco-latina. O direito romano antigo impunha penas e obrigações de resarcir danos sem atenção á culpabilidade do agente. Culpados e não culpados incorriam nas mesmas sanções legais, com que se tinha em vista sanar a injustiça objetivamente considerada.

Mas essas velhas regras juridicas não se fundavam numa racional e justa apreciação das cousas; elas emanavam de modos de ver proprios do povo primitivo para o qual eram feitas, das suas crenças, por assim dizer, instintivas e das suas paixões. A introdução da responsabilidade subjetiva numa legislação assim rude e grosseira não podia deixar de ser uma conquista da civilização. O progresso do direito romano nesta parte consistiu no desenvolvimento e aplicação da idéa de culpa, que acabou por penetrar quasi todas as relações juridicas e tornar-se a medida geral da responsabilidade.

A doutrina hodierna, porém, no formular os princípios sôbre a reparação dos danos não culposos, procura inspirar-se em razões de equidade e utilidade e na elevada compreensão das finalidades sociais.

Obviamente um sistema legislativo informado em tais motivos será muito diverso do direito da primitiva Roma.

Mas com que amplitude e efeitos deve a lei estabelecer os novos preceitos sobre o risco ou a responsabilidade sem culpa ?

Entre os fatores da doutrina moderna alguns se esforçam por justificar a obrigação irrestrita de indenizar todo e qualquer dano não culposo. E' a chamada *theoria do dano objetivo*, segundo a qual o nexo casual entre o dano de uma pessoa e a pessoa ou as cousas de outrem basta para gerar o direito á reparação.

Assim generalizada, a obrigação de indenizar os danos não culposos tornar-se-ia um flagelo para as relações sociais. Méros accidentes, de que muitas vezes as maiores vítimas são as proprias pessoas causadoras involuntarias do prejuizo, pesariam sôbre estas como fontes de obrigação. Tão exagerada doutrina ultrapassa o limite além do qual o direito, em vez de ser um princípio de harmonia, seria uma força opressiva e perturbadora. Manifestas razões de equidade e de conveniencia exigem a limitação do princípio da responsabilidade objetiva em duplo sentido.

I. — Nem todos os danos não culposos devem ser resarcidos. Certas distinções impõem-se. Nós vamos examinar os diferentes grupos de danos não culposos para destacar aqueles cujo resarcimento pode e deve ser obrigatorio.

Os danos não culposos, que direta ou indiretamente têm sua origem na individualidade humana, podem provir: a) da propria pessoa; b) dos atos que a pessoa pratica no exercicio dos seus direitos em geral; c) dos casos de responsabilidade indirecta ou por fatos de outrem; d) dos atos praticados por pessoas não imputaveis; e) dos crimes justificaveis; f) das violações de direito cometidas por êrro excusavel; g) das cousas pertencentes a alguém.

Estão em primeiro lugar nessa enumeração os danos provenientes de uma pessoa sem o concurso de um fato seu, como, por ex., a transmissão de uma molestia num encontro fortuito. Que os danos dessa especie devam ser resarcidos não nos parece justo nem equitativo. São tais eventos consequencias do simples convívio social, aos quais todos estão mais ou menos expostos e nos quais a análise juridica não descobre nenhum título ao direito de exigir reparação, não bastando para constituí-lo a existencia do dano em si. Suportar esses males é um dever de solidariedade social.

Os danos da segunda classe são os resultantes das ações que a pessoa pratica no exercício dos seus direitos sobre as próprias cousas, das suas faculdades legais ou convencionais, ou no uso das ações judiciais.

A doutrina tradicional não admite direito ao resarcimento pelos prejuizos que o exercício dos direitos e faculdades occasiona a terceiros. Ela invoca o velho princípio — *qui suo jure utitur neminem laedit*, sob cuja égide coloca a atividade exercida pelo individuo dentro da sua esfera juridica. Mas segundo as ideas modernas é preciso distinguir no exercício dos direitos o uso do abuso. O uso, isto é, o exercício regular ou normal de um direito é sempre legítimo, jamais será fonte de indenizações. O abuso ou o exercício anormal do direito pode envolver a responsabilidade do seu titular.

Isto é particularmente importante em materia de propriedade. Certos interesses individuais e sociais, a propria utilização dos imoveis, exigem que o proprietario que no exercício do seu direito excede os limites do ordinario ou normal, indenize os terceiros por esse fato prejudicados. A distinção entre os dois modos de exercer a propriedade, o normal e o anormal, deve, porém, decorrer de elementos objetivos, de pontos de vista abstratos, independentes da intenção ou da culpa do proprietario. O criterio da culpa na apreciação dos atos do proprietario é de todo falho, porque, si por um lado não satisfaz as exigencias eticas e economicas da sociedade moderna, por outro pode conduzir ao aniquilamento dos direitos dominiais.

Segue-se, pois, que não depende da culpa a obrigação de resarcir os danos emergentes do exercício anormal da propriedade. Doutrina analogica se applica ao uso das faculdades legais e convencionais e da liberdade natural. E' por dados objetivos que se deve ainda aqui discriminar o normal do anormal para o efeito de estabelecer as responsabilidades do agente.

No exercício das ações judiciais é, ao contrário, a culpa que caracteriza o abuso. Só a má fé, a imprudencia ou a negligência de quem age em juizo fundamentam o direito á indenização. A parte vencida em lide não temeraria não deve sofrer outra consequencia do seu fracasso a não ser o pagamento das

despesas do processo — cf. os arts. 1530- 1532 do Código Civil sobre a *plus petitio* e algumas leis especiais.

Na terceira classe de danos não culposos se incluem os provenientes de ações pelas quais outrem é responsável. O assunto é vasto e comporta longos desenvolvimentos. Limitamo-nos aqui a poucas observações. A responsabilidade indireta repousa sobre a existencia de certos liames legais ou convencionais entre as pessoas responsáveis e os que com seus atos causam os danos. Assim aqueles que exercem vigilância sobre outros, em razão da menoridade ou estado mental destes, são responsáveis pelas ações com que os mesmos prejudicam a terceiros. Estão neste caso os páis, tutores, curadores.

Tambem os que encarregam outros de trabalhos ou da execução de fatos determinados respondem, dadas certas condições, por essas pessoas. São igualmente responsáveis os donos de hotel, estabelecimentos de educação etc. pelos hospedes, educandos.

A responsabilidade dos páis, tutores, curadores depende da culpa pessoal, mas essa culpa é presumida em geral pela lei. Entre os demais casos de responsabilidade indireta alguns ha em que as exigencias do commercio, razões relativas á segurança das pessoas e da propriedade têm levado algumas legislações a prescindirem da culpa pessoal dos responsáveis. (Isto desde o direito romano, cujos preceitos sobre os *nautae* e *caupones* são conhecidos). Esta agravação de responsabilidade é a nosso ver justa principalmente tratando-se das grandes empresas industriais (2).

Pertencem á quarta classe dos danos sem culpa os que procedem de atos dos não imputaveis, como os loucos, os menores e surdos-mudos que agem sem discernimento. O direito romano isentava essas pessoas das obrigações *ex delicto*. Referindo-se aos loucos diz o Dg. 9, 2, 5, 2: «*Cessabit igitur Aquiliae*

(2) Não é digna de encomios a regulamentação do assunto no Código Civil, que exige a prova da culpa em todos os casos de responsabilidade por fato de outrem — cf. os art. 1521 e 1522 combinados com o art. 1523. V., entretanto, a respeito de hospedeiros e estalajadeiros o art. 1284, difficil de combinar com o art. 1523.

actio quemadmodum si quadrupes damnum dederit aut si tegula ceciderit». O Código Civil brasileiro pela disposição do art. 1524 admite a responsabilidade indireta dos tutelados e curatelados. Mas é preciso ir além e impôr aos não imputáveis a obrigação de resarcirem os prejuízos por eles causados a outrem, sempre que a indenização não possa ser obtida das pessoas incumbidas de os vigilar.

Quanto aos danos oriundos de crimes justificáveis (5a. classe de danos sem culpa), não ha dúvida sobre a obrigação de resarcir os produzidos no estado de necessidade. Mas as opiniões não são acordes, quando é a legítima defesa que justifica o crime.

Na 6a. classe compreendem-se os danos que derivam das violações do direito determinadas por êrro excusavel.

O êrro de fato, quando excusavel, exclúi incontestavelmente a culpa. Com relação aos êrros de direito, surgem dúvidas por causa do conhecido principio — *ninguem pode excusar-se com a ignorancia da lei*.

Parece-nos, entretanto, que essa maxima não é absoluta e que ha na ordem civil casos que fogem á sua aplicação. Não podendo deter-nos na explanação desse complexo têmea, dizemos apenas que o êrro, ainda quando exclúi a culpabilidade do agente, não o livra da obrigação de reparar o dano. Não vemos razão por que se deixe de aplicar aos casos de que se trata o principio da responsabilidade objetiva.

Restam os danos ocasionados pelas cousas pertencentes a alguem (7a. classe de danos não culposos).

Na opinião de muitos juriconsultos modernos o proprietario de uma cousa deve responder como tal pelos prejuízos que ela causa á pessoa ou cousas de outrem, abstração feita da culpa; salvo si provar que o fato resultou de força maior ou de imprudencia da parte prejudicada. O risco é assim erigido em fonte de obrigações para o proprietario. E justamente, parece-nos, porque é aquele a quem aproveitam todas as utilidades de uma cousa que deve suportar os prejuízos que da mesma advierem a terceiros. Em motivos analogos a esse ditame da equidade funda-se o principio — *ubi sunt commoda, ibi et incommoda*. Admitida a responsabilidade geral do proprietario pelos fatos das suas

cousas, terão de desaparecer da legislação civil as disposições especiais sobre danos causados por animais e ruína de edifícios (Codigo, arts. 1527 e 1523).

Desta serie de considerações a respeito das diferentes classes de danos não culposos, resulta que o princípio da responsabilidade objetiva ou do risco é menos extenso que o velho princípio da culpa. Que nem todos os danos não culposos devem ser resarcidos é uma verdade que deriva dos princípios superiores de direito. A propria doutrina extrema do *dano* ou causalidade *objetiva*, a qual prescinde completamente da culpa como fundamento da obrigação de reparar os danos, não ousaria formular uma disposição legislativa tão ampla como a tésé que ela sustenta.

Mas também não se justifica o sistema do Codigo Civil, que só reconhece o direito á indenização pelos danos não culposos em casos excepcionais. As especies em que a reparação é devida formam classes determinadas pelas causas dos danos. Sôbre elas terá o legislador que formular canones de generalidade relativa. De acordo com a nossa exposição deve ser obrigatorio o resarcimento dos danos sem culpa que provêm: a) do exercício anormal dos direitos; b) de certos casos de responsabilidade indireta; c) dos atos praticados por pessôas não imputaveis; d) dos crimes justificados pelo estado de necessidade; e) das violações de direito resultantes de êrro excusavel; f) das cousas pertencentes a alguma pessôa.

2. — Passemos agora á segunda limitação que a justiça e as conveniencias sociais impõem ao princípio do risco ou da responsabilidade objetiva.

A reparação dos danos culposos é devida em todos os casos e em regra mede-se pela propria extensão do dano. (Alguns propõem o equilibrio entre a culpabilidade e a reparação — cf. Codigo suisso art. 44).

Tratando-se, porém, dos danos sem culpa a obrigação de indenizar não deve ser admitida senão de acôrdo com as exigencias da equidade. Ao juiz incumbirá apreciar as circunstancias peculiares a cada caso e, segundo elas, ordenar ou negar o resarcimento, bem como fixar a medida deste. As circunstancias, que podem servir de base a essa apreciação, são multiplas; mas na grande maioria dos casos ha de preponderar a relação

entre os dois patrimonios, o da pessoa obrigada á reparação e o da vítima. Si um milionario louco incendiar a toska e pequena casa de um pobre (exemplo aduzido por varios tratadistas), será justo que o indenize cabalmente. Mas figuremos a hipotese inversa: o louco é pobre; o prejudicado, milionario. Não seria iniquo privar o pobre dos seus parcos haveres para satisfazer prejuizos que não representam para o rico senão uma exigua diminuição do seu patrimonio? Suponha-se que o prejuizo do rico seja grande e que só em parte exigua possa resarcilo o minguido peculio do autor do dano: não seria inutil rigor conferir ao rico o direito de reduzir o pobre á miseria sem proveito real para si? Não exige a justiça a reparação do dano na proporção de um patrimonio para outro, si a desigualdade não é grande?

A conhecida objeção de que assim legislar apelando para a equidade seria abrir as portas ao arbitrio não tem embaraçado os legisladores modernos. É' o que vamos mostrar com alguns codigos.

As pessoas irresponsaveis, prescreve o art. 829 do Codigo Civil alemão, devem resarcir os danos que elas causam, nos limites em que, segundo as circunstancias e particularmente segundo as relações entre os interessados, a equidade reclama uma indenização.

O Codigo Civil austriaco estabelece no art. 1310 a responsabilidade subsidiaria dos menores e enfermos de mente pelos danos por eles causados, *nos termos da equidade*, mandando que se leve em conta entre outras circunstancias a substancia patrimonial do autor do dano e da parte lesada.

Dispõe o art. 54 do Codigo da obrigações, da Suissa: «*Si a equidade o exige*, o juiz pode condenar uma pessoa mesmo incapaz de discernimento, á reparação total ou parcial do dano que ella causou».

A ciência juridica preconiza a ampliação da doutrina dessas disposições a todos os danos sem culpa que, segundo os seus ensinamentos, devem ser resarcidos. É' o meio termo entre o direito tradicional que se cinge ao princípio da culpa e a teoria da causalidade objetiva em sua expressão mais ampla, consoan-

te á qual todos os danos culposos ou não culposos, devem ser integralmente reparados.

Em conclusão:

Conquanto não seja possível prescindir da culpa em materia de obrigações por fatos ilicitos, a justiça e a utilidade social exigem o resarcimento de algumas especies de danos não culposos. Mas ainda nesses casos a prova da culpa será juridicamente relevante, porque terá por efeito afastar as soluções da equidade e determinar a applicação do direito estrito. Si, por ex., o proprietario de uma cousa que causou dano a terceiro não tiver nenhuma culpa, será responsavel nos limites da equidade; mas, si for culpado, é pelo direito estrito que se regulará sua obrigação.

Com desprezo de todas essa ideas e dos Codigos mais recentes, o Codigo Civil brasileiro, cujas disposições sempre rigidas desconhecem a equidade, seguiu a tradição, copiando legislações atrasadas. Nesta parte, como em muitas outras, ele precisa ser refundido.
